إن الله على كل شيء قدير

قد طبع المجلد الثالث من الكتاب المستطاب الذي يزري بزهوها على الانوار البهية الكاشف لمعضلات

الهداية الحاوي لمسائل الفقه الحنفية المستجمع لحقائق الرواية والمستكمل لدقائق الدراية المشهور

بالفتح العلي المجيد

مع متنه

الهداية في شرح بداية المبتدي

تأليف

للعلامة النحرير امام العلماء السيد الفقهاء كامل الكمل في الحديث والتفسير شيخ الاسلام كمال الدين محمد المعروف بابن الهمام

اسكنه الله بحبوحة دار السلام بتصحيح الفاضل العريف العلام مولانا محمد عظيم حسين النجيرآبادي حفظه الله ذو الايادي

في المطبع المتاز مطابع نولكشور الواقع لكهنو

في المطبع بين الدار المصري بمشي الواقع في مصر بحوس البيرة

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

قال البيع ينعقد بالايجاب والقبول

كتاب البيوع عرف ان مشروعات الشارع منقسمة الى حقوق الله تعالى خالصة وحقوق العباد خالصة وما اجتمع فيه الحقان وحقه تعالى غالب وما اجتمعا فيه وحق العباد غالب فحقوقه تعالى عبادات وعقوبات وكفارات فابتدأ المصنف بحقوق الله تعالى الخالصة حتى اتى على آخرانواعها ثم شرع في حقوق العباد وهي المعاملات ثم في ترتيب خصوص بعض الابواب على بعض مناسبات خاصة ذكرت في مواضعها وقع في اخرها بترتيب اول اقسام حقوق العباد اعني البيع على الوقف ووجهه ان الوقف اذا صح خرج المملوك عن ملك الواقف لا الى مالك وفي البيع الى مالك فنزل الوقف في ذلك منزلة البسيط من المركب والبسيط مقدم على المركب في الوجود فقدمه في التعليم كهذا ذكره ولا يخفى شروعه في المعاملات من زمان فان ما تقدم من اللقطة واللقيط والمفقود والشركة من المعاملات ثم البيع مصدر فقد يراد به المفعول فيجمع باعتباره كما يجمع المبيع وقد يراد به المعنى وهو الاصل فيجمعه باعتبار انواعه فان البيع يكون سلما وموبع الدين بالعين وقلبه وهو البيع المطلق وصرفا وهو بيع الثمن بالثمن ومقايضة بيع العين بالعين وبخيار ومنجزا وموجل الثمن ومرابحة وتولية ووضيعة وغير ذلك والبيع من الاضداد يقال باعه اذا اخرج العين من ملكه اليه وباعه اي اشتراه ويتعدى بنفسه وبالحرف باع زيد الثوب وباعه منه واما مفهومه لغة وشرعا فقال فخر الاسلام البيع لغة مبادلة المال بالمال وكذا في الشرع لكن زيد فيه قيد التراضي انتهى والذي يظهر ان التراضي لا بد منه لغة ايضا فانه لا يفهم من باعه وباع زيد عبده الا انه استبدل به بالتراضي وان الاخذ غصبا واعطاء شيء آخر من غير تراض لا يقول فيه اهل اللغة باعه وشرعيته البيع بالكتاب هو قوله تعالى واحل الله البيع والسنة وهي قوله عليه السلام يا معشر التجار ان بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة وبعث عليه الصلوة والسلام والناس متبايعون فقررهم عليه والاجماع منعقد عليه وسبب شرعيته تعلق البقاء المقدور فيه لله تعالى على وجه جميل وذلك ان الانسان لو استقل بانتاج بعض حاجاته من حرث الارض ثم بذر القمح وخدمته وحراسته وحصده ودراسته ثم تذريته ثم تنظيفه وطحنه وعجنه لم يقدر على مثل ذلك في الاكثر ان لم نقل في الكل وان نقول بتيسيره بانشائه من الحر والبر والى غير ذلك فلا بد من ان تدفعه الحاجة الى ان يشتري اشياء يبتدئ من اول شيء فلو لم يشرع البيع سببا للتمليك في البدلين لاحتاج

اذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والآخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به

الى ان يوخذ على التغالب والمقاهرة او السؤال او الشجاعة او غيره حتى يموت وفي كل منهما لا يخفى من الفساد وفي الثاني من الذل والصغار ما لا يقدر عليه كل احد ويزري بصاحبه فكان في شرعيته بقاء المكلفين المتحاجين ودفع حاجاتهم على النظام الحسن وشرطه في المباشر التمييز والولاية الشرعية الكائنة عن الملك او كالملك او وصية او قرابة وغير ذلك فصح بيع الصبي المعتوه الذين يعقلان البيع واثره وفي المبيع كونه مالا متقوما شرعا مقدور التسليم في الحال او في ثاني الحال فيبطل السلم وقد قالوا شروطه منها شرط الانعقاد وهو التمييز والولاية وكون المبيع متقوما ومنها شرط النفاذ وهو الملك والولاية حتى اذا باع ملك غيره توقف النفاذ على الاجازة ممن له الولاية واما ركنه فالفعل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين او من يقوم مقامهما الدال على الرضا يتناول الملك فيهما وهذا مفهوم لا اسم شرعا وقد يكون ذلك الفعل قولا وقد يكون فعلا غير قول كما في التعاطي كما سيأتي وقد يكون الرضا ثابتا وقد لا يكون فان لفظ بعت مثلا ليس علة لثبوت الرضا بل امارة عليه فقد يتحقق مع انتفائه كالقيم الرطب لا طلب فكذا يتحقق بعت واشتريت ولا رضا كما في بيع المكره وعلى هذا ما اخترناه من ان حقيقة التراضي ليس جزءا مفهوم البيع الشرعي بل شرط ثبوت حكمه شرعا قوله البيع ينعقد بالايجاب والقبول يعني اذا سمع كل كلام آخر ولو قال البائع لم اسمع وليس به صمم وقد سمعه من في المجلس لا يصدق ثم المراد بالبيع هنا المعنى الشرعي الخاص المعلوم حكمه وانما قلنا هذا الانتقال ينعقد بالايجاب والقبول فجعلهما غيره يثبت هو بهما مع ان البيع ليس الا الايجاب والقبول لانهما ركناه على ما حققناه آنفا من ان ركنه الفعل الدال الى آخره هذا ولكن الظاهر ان المراد بالبيع هنا ليس الا نفس حكمه لا معنى له ذلك الحكم هو ما قيل البيع عبارة عن معنى شرعي يظهر في المحل عند الايجاب والقبول حتى يكون العاقد قادرا على التصرف ليس غير الحكم الذي هو الملك لانه هو الذي يثبت به قدرة التصرف وللتحقق من الشرع ليس الا ثبوت الحكم المعلوم من تبادل الملكين عند وجود الفعلين اعني الشرطين بوضعهما سببا له شرعا وليس هنا شيء ثالث فالملك هو قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف فخرج نحو الوكيل فاذا امتنع ان يراد الفعل الخاص لزم الآخر والايجاب لغة الاثبات لاي شيء كان والمراد هنا اثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع اولا سواء وقع من البائع كبعت او من المشتري كان يبتدئ المشتري فيقول اشتريت منك هذا بالف والقبول الفعل الثاني وكلا منهما ايجاب اي اثبات فسمي الاثبات الثاني بالقبول تمييزا له عن الاثبات الاول ولانه يقع قبولا ورضا بفعل الاول وحيث لم يصح ارادة اللفظين بالبيع بل حكمهما وهو الملك في البدلين وجب ان يراد بقوله ينعقد يثبت اي الحكم فان الانعقاد انما هو للفظين لا للملك اي انضمام احدهما الى الآخر على وجه يثبت اثره الشرعي وقولنا في القبول انه الفعل الثاني يفيد كونه اعم من اللفظ فهو كذلك فان من الفروع ما لو قال كل هذا الطعام بدرهم فاكله تم البيع واكله حلال والركوب واللبس بعد قول البائع اركبها بمائة والبسه بكذا رضا بالبيع وكذا اذا قال بعتكه بالف فقبضه ولم يقل شيئا كان قبضه قبولا بخلاف بيع التعاطي فانه ليس فيه ايجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقد وسيأتي مثله ففي جعل مسئلة القبض بعد قوله بعتكه بالف من صور التعاطي كما فعل بعضهم نظر وفي فتاوى قاضي خان قال اشتريت منك هذا بكذا فتصدق به علي هو لا فعل البائع قبل ان يتفرقا جاز وكذا اشتريت منك هذا الثوب بكذا فاقطعه لي قميصا فقطعه قبل التفرق وقوله اذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والآخر اشتريت قال المص لان البيع انشاء تصرف اي اثبات تصرف يفيد حكما يثبت جبرا والانشاء على هذا الوجه لا يعرف الا بالشرع لما فيه من اثبات معنى يكون اللفظ علة له والعبد لا يقدر على ذلك فماله قدرة الاخبار عن الكائن او ما سيكون وطلبه فقولهم من الانشاء التمني والترجي والتقسيم والاستفهام اصطلاح في تسميته ما لا خارج لمعناه ويطابقه او لا يطابقه انشاء وهو يعم ما ذكره وغيره مما بينه الا ترى ان لفظ لعل زيدا يأتي وليت لي بالليس عند طلب ترجي ذلك وتمنيه بل دال على الترجي والتمني القائمين بالمتكلم كانه اخبر عن قيامهما به غير ان اهل الاصطلاح لا يسمونه اخبارا لما قلنا بخلاف بعت وطالق فانه علة يثبت به شرعا معان لا قدرة للمتكلم على اثباتها والحاصل ان الانشاء على هذا الوجه لا يمكن الا ممن له الخلق والامر تبارك الله رب العالمين

ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك وقوله رضيت بكذا او اعطيتك بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود

سواء سمي غيره انشاء اصطلاحا اولا واذا كان الانشاء لا يعرف الا بالشرع ولم يضع له في اللغة لفظ يخصه والشرع استعمل في اثباته من اللغة لفظ الخبر اي وضعه علة لاثباته تعالى ذلك المعنى عنده فينعقد اي يثبت به واما تعليله بان لفظ الماضي اول على الوجود فانه لا يصدق الا بتحقق الوجود سابقا فاختير له فربما يعطي قصر العلية عليه وليس كذلك بل الوجه انه تعليل اولوية لفظ الماضي بان يستعمل فيه من غيره فانه لا يقتصر عليه كما ستسمع **قوله** ولا ينعقد بلفظين احدهما بلفظ المستقبل بخلاف النكاح فانه اذا قال زوجني فقال زوجتك ينعقد بمجرد ذلك اما البيع فاذا قال بعنيه بالف فقال بعتك لا ينعقد حتى يقول الاول اشتريت ونحوه مما قال الطحاوي انه قد ينعقد بثلاثة الفاظ قال وقد مر الفرق هناك يعني قوله لان هذا توكيل يعني زوجني فاذا قال زوجتك كان ممتثلا امر الموكل مزوجا له وليا لمن زوجها والواحد يتولى طرفي عقد النكاح بخلاف البيع وقدمنا من قال ان لفظة الامر في النكاح جعلت ايجابا لان النكاح لا يصح بالخطبة فيه وطلبه الابعد مراجعات وتامل واستخارة غالبا فلا يكون لفظ طلبه اعني زوجني مساومة بل تحقيقا فاعتبر ايجابا بخلاف البيع لا يكون مسبوقا بمثل تلك فكان الامر فيه مساومة فلا يتم العقد بمجرد جوابه لآخر وعلى هذا لا يتم فرق المصنف ره لانه مبني على كونه توكيلا واما الفرق بان رد النكاح بعد ايجابه يلحق الشين بالاولياء بخلاف رد البيع فمبني على جعل الامر ايجابا ثم فيه نظر لانه لو صح لزم امتناع رجوعه بعد قوله زوجني نبتك قبل قوله زوجتك لانه ايضا شين وانكسار لمعتقده وهذه ثمانية مواضع منها البيع والاقالة لا يكتفى بالامر فيها عن الايجاب ومنها النكاح والخلع يقع فيهما ايجابا بالمخاطبة اذا قال بعبده اشتر نفسك مني بالف فقال فعلت عتق المساومة في الهبة قال هب لي هذا فقال لك وهبته منك تمت الهبة المساومة قال لصاحب الدين ابرئني عما لك علي من الدين فقال ابرأتك تمت البراءة الثامنة الكفالة قال كفل بنفس فلان لفلان فقال كفلت تمت فاذا كان زمانيا تقدم واجاز كفالته جاز واعلم ان عدم الانعقاد بالمستقبل هو اذا لم يتعارفا على نية الحال اما اذا تعارفا على اثبات البيع في الحال فينعقد به في القضاء لان صيغة الاستقبال تحتمل الحال فيثبت بالنية ذكره في التحفة في صيغة الاستقبال مطلقا وفي الكافي قصر الكلام على المضارع فقال الصحيح ما ذكره الطحاوي لان المضارع في الاصل موضوع للحال وهو حد في الاستقبال لنوع تجوز انتهى وعلى هذا ينبغي ان يقبل قوله اذا ادعاه وكذبه الآخر لانه حقيقة اللفظ بخلاف المستقبل وهو الامر فلو ادعى في قوله يعني انه اراد معنى اشتريته بكذا ينبغي ان لا يصدقه القاضي مثال ذلك ان يقول ابيع منك هذا بكذا او اعطيتكه فقال اشتريه او اخذه ونويا الايجاب للحال والحق ان المراد بالمستقبل الذي ينعقد به نية الحال هو المضارع وتسميته مستقبلا على احد القولين والا فالمختار انه موضوع للحال واما الامر فلا يوجد في شيء من الكتب التمثيل به لذلك مع انه هو المستقبل في الحقيقة وذلك لانه انشاء وبينه وبين الحال كمال الانقطاع فلا يتجوز به فيه فلا يقال بعنيه والمراد اشتريه فلا ينعقد به الا في قوله خذه بكذا فينعقد لثبوت الايجاب اقتضاء ومثل الامر المقرون بالسين نحو سابيعك فلا يصح بيعا ولا يتجوز به في معنى بعتك في الحال فان ذكر السين يناقض ارادة الحال واعلم ان كون الواحد لا يتولى طرفي العقد في البيع مخصوص منه الاب يشتري مال ابنه لنفسه ويبيع ماله منه والوصي عند ابي حنيفة اذا اشترى لليتيم من نفسه ولنفسه منه بشرط المعروف في باب الوصية وقيده في نظم الزندويسي بما اذا لم يكن نصبه القاضي **قوله** وقوله رضيت هذا بدرهم فقال بعتك وقال اشتريته بدرهم فقال رضيت وقال اعطيتك بكذا فقال فعلت او اجزت او اخذت كل هذه الالفاظ من قبل البائع او المشتري يتم بها البيع لافادتها اثبات المعنى والرضا به وكذا لفظة خذه بكذا ينعقد به اذا قبل بان قال اخذته ونحوه لانه وان كان مستقبلا لكن خصوص مادته اعني الامر بالاخذ يستدعي سابقة البيع فكان كالماضي الا ان استدعاءه الماضي سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذه سبقه بطريق الاقتضاء فهو كما اذا قال بعتك عبدي هذا بالف فقال فهو حر عتق وثبت

ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة

اشتريت اقتضاء بخلاف ما لو قال هو حر بلا فاء لا يعتق وانما صح بهذه ونحوها لانها تؤدي معنى البيع والمعنى هو المعتبر في هذه العقود الا يرى الى ما قالوا لو قال وهبت لك هذه الدار او هذا العبد بثوبك هذا فرضي فهو بيع بالاجماع قالوا انما قال في هذه العقود احترازا عن الطلاق والعتاق فان اللفظ فيهما يقام مقام المعنى وانت تعلم ان اقامة اللفظ مقام المعنى اثر في ثبوت حكمه بلا نية ليس غير فاذا فارقت هذه العقود ذلك اقتضاء ان لا يثبت بمجرد اللفظ بلا نية فلا يثبت بلفظ البيع حكمه الا اذا اراد به ح فلا فرق بين بعت وابيع في توقف الانعقاد به في النية ولذا لا ينعقد بلفظ بعت نهر لا فلا معنى لقوله ينعقد بلفظ الماضي ولا ينعقد بالمستقبل ثم يقيده بما اذا لم ينو به فانه ينعقد به في الماضي وغيره بالنية ولا ينعقد بالماضي وغيره بلا نية ومن الصور لفظة نعم تصح ايجابا في قول المستفهم ابتعني عبدك بالف فقال نعم فقال اخذته فهو بيع لازم وكذا ابيعك منها اشتريته منك بالف فقال نعم او هات الثمن وكذا اذا قال هذا عليك بالف فقال قبلت ولو قال هو لك بالف ان وافقك وان اعجبك وان اردت فقال وافقني او اعجبني او اردت انعقد ولو قال بعتكه بكذا بعد وجود مقدمات البيع فقال اشتريت ولم يقل منك صح وكذا على العكس وكذا اذا قال بعد معرفة الثمن ان ادت ثمنه فقد بعته منك فادى في المجلس جاز استحسانا **فروع** في اختلاف الايجاب والقبول قال بعتكه بالف فقال اشتريت بالفين جاز فان قبل البائع الزيادة ثم بالفين والا صح بالف اذ ليس له ولاية ادخال الزيادة في ملكه بلا رضاه ولو قال اشتريته بالفين فقال البائع بعتكه بالف جاز كانه قبل بالفين وحط عنه الف ولو ساومه بعشرة فقال بعشرين فقبضه من يده ولم يمنعه لزم بعشرة فلو كان في يد المشتري من اول الامر فذهب به الباقي بحاله فبعشرين عندهم جميعا وقال الطحاوي يلزم باحدهما كلاما مطلقا ولو قال بعتكه بالف بعتكه بالفين فقال قبلت الاول بالف لم يجز لان البائع قد رجع عنه وليس كذا في الطلاق والعتاق فان قال قبلت البيعين جميعا بثلاثة الاف فهو كقوله قبلت الآخر بثلاثة الاف يعني يكون البيع بالفين والالف زيادة ان شاء قبلها في المجلس وان شاء ردها وكذا بالف بمائة دينار انما يلزمه الثاني وقيل يلزمه الثمنان والاول في الزيادات فهو وجه واذا قبل الزيادة في المجلس لزم المشتري

قوله ولهذا ينعقد اي ولان المعتبر هو المعنى ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس قيل النفيس نصاب السرقة فصاعدا والخسيس ما دونها وقوله هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي انه انما ينعقد بالتعاطي في الخسيس فقط واراد بالخسيس الاشياء المحقرة كالبقل والرغيف والبيض والجوز استحسانا للعادة قال ابو معاذ رأيت سفيان الثوري جاء الى صاحب الزمان فوضع عنده فلسا فاخذ رمانة ولم يتكلم ومضى وجه الصحيح ان المعنى وهو الدلالة على التراضي يشمل الكل وهو المصحح فلا معنى للتفصيل وفي الايضاح هو خلاف ما ذكره محمد في الاصل في مواضع انتهى وفي شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام في رجل قال الرجل يعني هذا العبد لفلان فاشتراه له ثم انكر ان يكون فلان امره بذلك ثم جاء فلان فقال انا امرته قال باخذه فلان فان قال لم امره وقد كان اشتراه له لم يكن له الا ان يسلمه المشتري له فان سلمه واخذه الذي اشتراه له كان بيعا للذي اخذه من المشتري وكان العهدة عليه اي للاخذ على المفتري فدل على صحة التعاطي في النفيس وفي المنتقى له على آخر الف درهم فقال الذي عليه المال للذي له المال اعطيك بمالك دنانير فساومه بالدنانير ولم يقع بيع ثم فارقه فجاءه بها فدفعها اليه يريد الذي كان ساوم عليه ثم فارقه ولم يستانف بيعا جاز الساعة وكذا لو ساوم رجلا بشيء وليس معه دعاء ثم فارقه وجاء بالدعاء فاعطاه الثمن وكالى له جاز ومن صوره ما اذا جاء المودع بامة غير المودعة وقال هذه امتك والمودع يعلم انها ليست اياها وحلف فاخذها بدرهم فقال ضمنه وفي اجناس الناطفي لو قال بكم تبيع قفيز حنطة فقال بدرهم فقال اعزله فعزله له فهو بيع وكذا لو قال للقصار مثله فوزنه وهو ساكت فهو بيع

قال واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس وان شاء رجع وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فلا موجب ان يرجع لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة

حتى لو امتنع من دفع الثمن واخذ اللحم او امتنع القصاب من دفع اللحم اجبرهما القاضي وكذا اذا قال زن لي ما عندك من اللحم على حساب ثلاثة ارطال بدرهم فوزن بخلاف ما لو قال زن لي ثلاثة ارطال فوزنها له الخيار لانه ليس بمعلوم بخلاف ما لو قال من هذا الجنب ومن الفخذ فكذا قوله لمن جاء يوقر بطبخ فيه الكبار والصغار بكم عشرة من هذه فقال بدرهم فنزل عشرة اختارها فذهب بها والبائع ينظر او عزل البائع عشرة فقبلها المشتري ثم البيع واختلف في ان قبض البدلين شرط في بيع التعاطي او احدهما كاف والصحيح الثاني ونص محمد رح على ان بيع التعاطي يثبت بقبض احد البدلين وهذا نظير الثمن والمبيع ونصه في الجامع على ان تسليم المبيع يكفي لا يفي الآخر ومنها لو ردها بخيار العيب والبائع متيقن انها ليست فاخذها ورضي فهو بيع بالتعاطي

قوله واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار وهذا خيار القبول ان شاء قبل وان شاء رده وللموجب ايضا كان بائعا او مشتريا ان يرجع قبل قبول الآخر عن الايجاب لانه لم يثبت له حق يبطله الآخر بالمعارض اقوى لان الثابت له بعد الايجاب حق التملك والموجب هو الذي اثبت له هذه الولاية فله ان يرفعها كعزل الوكيل ولو سلم فلا يعارض حق التملك حقيقة الملك فلو لم يجز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك ودلالة الاجماع منفيا لا يرى ان للاب حق التملك لمال ولده عند الحاجة وقيل تملكه بالفعل كان للولد ان يتصرف فيه كيف شاء ولو صادف البائع قبول المشتري بطل واورد في المكاتب الكتابة والمبيع ليس لحق استرداده بالثبوت حق التملك للنقيض حاصل جوابه ان الاصل الموجب للدفع قائم وهو النصاب انما الغائب وهو الفاء وهو النماء وبعد اخذ السبب حكمه ثم الامر وفيما نحن لم يوجد الاصل بل شطره فلا يكون البيع موجودا وله ان يقبل ما دام المجلس قائما فان لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينعقد فاختلافا باعتراض ما يدل على الاعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه ما لو قام احدهما فلم يذهب فظاهر الهداية وعليه مشى جمع انه لا يصح القبول بعد ذلك واليه ذهب قاضي خان حيث قال فان قام احدهما بطل يعني الايجاب لان القيام دليل الاعراض فان قيل الصريح اقوى من الدلالة فلو قال بعد القيام قبلت ينبغي ان لا يثبت الاعراض قلنا الصريح انما كان اقوى وبعمل اذا بقي الايجاب بعد قيامه وهنا لم يبق فان الاصل ان لا يبقى اللفظ بعد الفراغ منه ولا يجتمع قوله قبلت به الا ان للمجلس اثرا في جميع المتفرقات وبالقيام لا يبقى المجلس وقال شيخ الاسلام في شرح الجامع اذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح واليه اشير في جمع التفاريق وهذا شرح في قوله فيما يأتي واذا قاما الى آخره وعلى اشتراط اتحاد المجلس ما اذا تبايعا وهما يمشيان او يسيران ولو كانا على دابة واحدة فاجاب الآخر لا يصح لاختلاف المجلس في ظاهر الرواية واختار غير واحد كالطحاوي وغيره انه ان اجاب على فور كلامه متصلا جاز وفي الخلاصة عن النوازل اذا اجاب بعد ما مشى خطوة او خطوتين جاز لا شك انهما اذا كانا يمشيان شيئا متصلا لا يصح الايجاب الا في مكان آخر لا شبهة له كان المخاطب في صلاة فريضة فرجع منها واجاب صح وكذا لو كان في نافلة فضم اليها ركعة لا يجاب الآخر ثم قبل بخلاف ما لو اكلها ربا في يده وكذا لو اكل لقمة لا يبدل المجلس الا اذا اشتغل بالاكل ولو ناما جالسين لا يختلف ولو مضطجعين او احدهما في فرقة والسنة كالبيت فلو عقدا وهي تجري فاجاب الآخر لا ينقطع المجلس بجريان لانها لا يملكان ايقافها وقيل يجوز في الماشيين ايضا ما لم يتفرقا بدابتيهما اما السير ملا فرق فلا وهكذا في خيار المخيرة بخلاف سجدة التلاوة ولو قال بعتك بالف ثم قال الآخر بعتك بالف فقبلا فهو للثاني لا للاول ولو قال بعتكه بكذا فلم يقبل حتى قام البائع في حاجته بطل **قوله** والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة فصورة الكتاب ان يكتب اما بعد فقد بعت عبدي منك بكذا فلما بلغه وفهم ما فيه قال قبلت في المجلس انعقد والرسالة ان يقول اذهب الى فلان وفلان فلانا باع عبده فلانا منك بكذا فجاء فاخبره واجاب في مجلسه ذلك بالقبول وكذا اذا قال له بعت عبدي فلانا من فلان بكذا فاذهب يا فلان فاخبره فذهب فاخبره فقبل وهذا لان الرسول يقبل

وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضاء الآخر بتفريق الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا

فلما قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب حكما فلو بلغه بغير امره لم يجز لانه ليس رسولا بل فضوليا ولو كان قال بلغه يا فلان فبلغه غيره فقبل جاز ولو كان المكتوب بعينه بكذا فكتب بعتكه لا يتم ما لم يقبل الاول قبلت وانما ذكر في المبسوط لو كتب اليه بعتني بكذا فقال بعته يتم البيع وليس مراد محمد بهما من هذا سوى الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود لا بيان اللفظ الذي ينعقد به البيع وقبل بالفرق بين الحاضر والغائب فيبقى من الحاضر يكون استيجابا فائدته انما من الغائب بالكتابة فيراد به احد شطري العقد هذا ويصح رجوع الكاتب والمرسل عن الايجاب الذي كتبه وارسله قبل بلوغ الآخر وقبوله سواء علم الآخر او لم يعلم حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم البيع بخلافهما لو وكل بالبيع ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع الوكيل فانه ما لم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع فبيعه نافذ وعلى هذا الجواب في الاجارة والهبة والكتابة فاما الخلع والعتق على مال فانه يتوقف شطر العقد في حق المرأة والعبد بالاجماع اذا كانا قابلين على القبول في مجلس بلوغ الخبر بخلاف العكس وهو ان تقول المرأة خالعت زوجي وهو غائب ويقول العبد قبلت عتق سيدي الغائب على الف فانه لا يتوقف بالاجماع وفي النكاح مر الخلاف فعند ابي يوسف رح يتوقف وعندهما لا **قوله** وليس له ان يقبل الخ يعني الا ان يرضى الآخر بذلك بعد قبوله في البعض فيكون البيع مما ينقسم الثمن عليه بالاجزاء كعبد واحد او مكيل او موزون فاما اذا كان مما ينقسم الا بالقيمة كثوبين وضربين لا يجوز وان قبل الآخر وليتكلم على عبارة الكتاب هذا فاضا مما وقع فيها تجاذب فنقول الظاهر من نظم الكلام ان ضمن له في قوله وليس له راجع الى احد المتعاقدين في قوله واذا اوجب احد المتعاقدين البيع او للآخر وحينئذ يكون اعم من البائع والمشتري فمعناه في البائع انه اذا اوجب المشتري البيع بان قال اشتريت هذه الاثواب وهذا الثوب بعشرة فليس للبائع ان يقبل في بعض المبيع من الاثواب والثوب لعدم رضاء الآخر بتفريق الصفقة لانه قد يتعلق غرضه بالجملة بسبب حاجته الى الكل ويتعسر عليه تحصيل باقي الاثواب لغرضها ونفعها لا لتقوم بحاجته فلو الزمنا البيع في البعض انصرف ماله ولم تندفع حاجته وتحير وذلك من الامور واما في المشتري فمعناه اذا اوجب البائع البيع فليس للمشتري ان يقبل في بعضه اذ يتضرر بتفريق الصفقة لان العادة ان يضم البائعون الجيد الى الردي ليروجوه فلو الزمناه البيع بقي الردي وذهب ما يروجه فيتضرر بذلك ومعلوم ان القبول في بعض المبيع يكون ببعض الثمن فحذفه المصنف رح لعلمه لكن على هذا لا حاجة لقوله ولا ان يقبض المشتري ببعض الثمن لان ذلك يستفاد من العبارة الاولى بطريق الدلالة فلزم كون التعبير للبائع ولفظ المشتري بالتبادر للفاعل لتصحيح كلامه انتهى وليس للبائع ان يقبل في بعض المبيع الذي اوجبه المشتري البيع ولا ان يقبل المشتري في بعض الثمن فيما اذا كان الموجب هو البائع واحترز بقوله ان عدم صحة القبول في البعض للزوم تفريق الصفقة فيجب ان يعرف بما اذا اتحدا وتفسيرها انما علم انه تارة يكون من تعدد القائل وتارة من غيره فاما من تعدد القائل امتناعه لما فيه من لزوم الشركة مثاله ان يقول البائع المشتريين بعتكما هذا بالف فقال احدهما اشتريت دون الآخر تعدد فلا يلزم لانه لو تم تم في النصف لانه انما خاطبهما بالكل فكان خطابا لكل بالنصف فلو لزم صار شريكا للبائع فدخل عليه عيب الشركة بلا رضاه وكذا لو قال رجل لمالكي عين اشتريت منكما هذه بالف فباعه احدهما دون الآخر فان بيعه انما تم في نصيبه فتعددت فلما تم تضرر المشتري الموجب بالشركة ايضا واما اذا كان الموجب اثنين خاطبا واحدا فقالا بعناك او اشتريا منك هذا بكذا فاجاب هو في بعضه لا يلزم لكن لا لتعدد العاقدين بل لاجابته في البعض الا ترى ان الموجب فيهما لو كان واحدا والباقي بحاله كان من تعدد الصفقة ايضا فعرف ان هذا من جهة آخر لا من تعدد العاقد واما من غيره فبصورتين احدهما ان يوجب البائع في مثلين او واحد قيمي او مثلي فيقبل في البعض او يوجب المشتري فيما ذكرنا بان يقول اشتريت منك يكذا فيقبل البائع في البعض فان في كل منهما الصفقة واحدة فاذا قبل في بعضها فرقها فلا يصح فلو كان بين ثمن كل منهما فلا يخلو اما ان يكون بلا تكرار لفظ البيع او بتكراره فيما اذا كرره فالاتفاق على انه صفقتان فاذا قبل في احدهما يصح مثل ان يقول بعتك هذين العبدين بعتك هذا بالف وبعتك هذا بالف

واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية

وقال الشافعي رح له ثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم

يتفرقا ولنا ان في الفسخ ابطال حق الغير فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه

فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها او يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الاقوال

او اشتريت منك هذين اشتريت هذا بالف وهذا بالف كذا في موضع وفي موضع ان يقول بعتك هذين بعتك هذا بالف وهذا بالفين وفيما اذا لم يكرره مثل بعتك هذين هذا بمائة وهذا بمائة فظاهر الهداية انه صفقتان وبه قال بعضهم وقال آخرون صفقة واحدة وان مراد صاحب الهداية اذا كرر لفظ البيع فاما اذا لم يكرره وقد اتحد الايجاب والقبول والعاقد ولم يتعدد الثمن فالصفقة واحدة قياسا واستحسانا فليس له ان يقبل في احدهما وقيل الاول استحسان وهو قول ابي حنيفة رح والثاني قياس وهو قولهما والوجه الاكتفاء بمجرد تفريق الثمن لان الظاهر ان فائدته ليس الا قصده بان يبيع منه ايهما شاء والا فلو كان غرضه ان لا يبيعهما منه الا جملة لم يكن فائدة لتعيين ثمن كل منهما قوله واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية وهو قول مالك رح وقال الشافعي واحمد رح لهما خيار المجلس لقوله عليه الصلوة والسلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا او يكون البيع خيارا رواه البخاري من حديث ابن عمر رض قال قال النبي صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا او يقول احدهما لصاحبه اختر وروى البخاري ايضا من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه منه وعم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا السمع والقياس اما السمع فقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود وهذا عقد قبل التخيير وقوله تعالى لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وبعض الايجاب والقبول تصدق تجارة من تراض غير متوقف على التخيير وقوله تعالى واشهدوا اذا تبايعتم امر بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد للبيع والبيع يصدق قبل الخيار بعد الايجاب والقبول فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان ابطالا لهذه النصوص ولا مخلص له من هذا الا ان يمنع تمام العقد قبل الخيار بقبول العقد اللزوم يعرف شرعا وقد اعتبر الشرع في كونه لازما باختيار الرضا بعد الايجاب والقبول بالاحاديث الصحيحة وكذا لا تتم التجارة عن التراضي الا شرعا فانما اباح الاكل بعد الاختيار لاعتباره في التجارة عن تراض واما حديث حبان بن منقذ رح حيث قال له النبي صلى الله عليه وسلم اذا بعت فقل لا خلابة ولي الخيار فقد اثبت له اشترط خيار آخر هو ثلاثة ايام فانما يدل على ان خيار ثلاثة ايام لا يثبت الا باشتراط في صلب العقد لا اصل الخيار ولا مخلص الا بتسليم امكان اعتبار الخيار في لزوم العقد وادعاء غير لازم من الحديث المذكور كما فعل المص بناء على ان حقيقة المتبايعين المتشاغلان بامر البيع لا من تم البيع بينهما والتقضي لانه مجاز والمتشاغلان يعني المتساومين يصدق عند ايجاب احدهما قبل قبول الآخر فيكون ذلك هو المراد وهذا هو خيار القبول وهذا حمل ابراهيم النخعي لا يقال هذا ايضا مجاز لان قبل قبول الآخر الثابت تابع واحد لا متبايعان لانا نقول هذا من المواضع التي تصدق الحقيقة فيها يجزى من معنى اللفظ كالخبر لا حقيقة له الا حال التكلم بالخبر والخبر لا يقوم به دفعة لتصدق حقيقته حال قيام المعنى بل على التعاقب في اجزاء فبالضرورة تصدق مخبرا حال النطق ببعض حروف الخبر والا لا يتحقق له حقيقة ولان الفهم من قول القائل زيد وعمرو هناك متبايعان على وجه التبادر انهما متشاغلان بامر التبايع من اوضان فيه فليكن هو المعنى الحقيقي والحمل على الحقيقي متعين فيكون الحديث دليل اثبات خيار القبول لنفي توهم انهما اذا اتفقا على الثمن وتراضيا عليه ثم اوجب احدهما البيع يلزم الآخر من غير ان يقبل ذلك اصلا للاتفاق والراضي السابق في الزامه لكلام احدهما بعده قال المص رح او هو يحتمل فيحمل عليه جمعا بين ما ذكرنا من الآيات حيث كان المتبادر الى الفهم فيها تمام البيع والعقد والتجارة عن تراض بمجرد الايجاب والقبول وعدم توقف الاسعار على امر آخر لا يقال انما في خيار القبول خيار احد المتبايعين وهو الثاني القائل لا خيار لهما لانه ممنوع بل الموجب ايضا له خيار ان يرجع قبل قبول الآخر وان لا يرجع وعلى هذا فالتفرق الذي هو غاية قبول الخيار تفرق الاقوال وهو ان يقول الآخر بعد الايجاب اشتريت ويرجع الموجب قبل القبول واسناد التفرق الى الناس مراد به تفرق اقوالهم كثير في الشرع والعرف قال الله تعالى وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة

قال والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل

وقال صلى الله عليه وسلم افترقت بنو اسرائيل على ثنتين وسبعين فرقة وستفترق امتي على ثلاث وسبعين فرقة وح فيراد باحدهما في قوله او يقول احدهما لصاحبه اختر الموجب بقوله بعد ايجابه للآخر اختر اقبل اولا والاتفاق على انه ليس بمراد ان بمجرد قوله اختر يلزم البيع بل حتى يختار البيع بعد قوله اختر فكذا في خيار القبول والله سبحانه اعلم واما القياس فعلى النكاح والخلع والعتق على مال والكتابة كل منها عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس بمجرد اللفظ الدال على الرضا فكذا البيع واما ما يقال تتعلق حق كل من المتعاقدين ببدل الآخر فلا يجوز ابطاله فيرد منعه بان ذلك بالشرع والشرع نفاه الى غاية الخيار بالحديث وانما يرجع الكلام فيه الى ما ذكرنا من معنى المتبايعين واما ما قيل حديث التفرق رده مالك ولم يعمل به فلو كان المراد ذلك لعمل به فغاية في الضعف اذ ترك العمل به ليس حجة على مجتهد غيره بل مالك عند محجوج به **قوله** والاعواض المشار اليه سواء كانت مبيعات كالحبوب والثياب او اثمانا كالدراهم والدنانير لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع فاذا قال بعتك هذه الصبرة من الحنطة او هذه الكورجة من الارز والشاشات وهي مجهولة العدد بهذه الدراهم التي في يدك وهي صرية له فقبل جاز ولزم لان الباقي جهالة الوصف يعني القدر وهو لا يفضي الى المنازعة لا يمنع من التسليم والتسلم المتعجلة لجهالة القيمة لا تمنع الصحة في الفتاوى قال لغيره لك في يدي ارض خربة وليساوي شيئا فبعها مني بمائة بدراهم فباعها وهو لا يعلم قيمتها اكثر جاز البيع بخلاف السلم لا يشار للعوض فيه للاجل فلا يصح في المسلم فيه اتفاقا ولا في راس مال السلم اذا كان مكيلا او موزونا عند ابي حنيفة رح لما يجيء ثم المسئلة مقيدة بغير الاموال الربوية واما الربوية اذا قوبلت بغير جنسها او الربوية اذا قوبلت بجنسها كالحنطة بالحنطة والذهب بالذهب فلا يصح مع الاشارة اليها لاحتمال الربو واحتمال الربو مانع لحقيقة الربو اشتراط العلم بمقدارها في قوله لا يحتاج الى معرفة مقدارها احتراز عن الصبرة فانه لو اراه دراهم وقال اشتريته بهذه فوجدها زيوفا او نبهرجة كان له ان يرجع بالجياد لان الاشارة الى الدراهم كالتنصيص عليها وهو ينصرف الى الجياد ولو وجدها مستوقة او رصاصا فسد البيع وعليه القيمة ان كان اتلفها ولو قال اشتريتها بهذه الصبرة من الدراهم فوجد البائع ما فيها خلاف نقد البلد جاز ولا خيار للبائع بخلاف ما لو قال اشتريت بما في هذه الخابية ثم راى الدراهم التي كانت فيها كان له الخيار وان كانت نقد البلد لان الصبرة يعرف مقدار ما فيها من خارجها وفي الخابية لا يعرف ذلك من الخارج فكان له الخيار ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لا خيار الرؤية لان خيار الرؤية لا يثبت في النقود **قوله** والاثمان المطلقة اي عن قيد الاشارة لا تصح حتى تكون معلومة القدر بخمسة وعشرة دراهم او اكرار حنطة بخلاف ما لو اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا فانه ليس عوضا مشارا اليه فان المشار اليه الحجر ولا يعلم قدر جزم ما يوزن به من الذهب فلهذا اذا اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا فوزن به كان له الخيار ومما لا يجوز البيع به البيع بقيمته او بما حل به او بما يريد او يحبب او براس ماله او بما اشتراه او بمثل ما اشترى فلان فلا يجوز فان علم المشتري بالقدر في المجلس فرضيه عاد جائزا وكذا لا يجوز بالف درهم الا دينارا او بمائة دينار الا درهما وكذا لا يجوز بمثل ما يبيع الناس الا ان يكون شيئا لا يتفاوت كالخبز واللحم والصفة لعشرة دراهم بخارية او سمرقندية وكر حنطة بحورية او صعيدية وهذا لانها اذا كانت مجهولة الصفة تحقق المنازعة في وصفها فالمشتري يريد دفع الادنى والبائع يطلب الارفع فلا يحصل مقصود شرعية العقد وهو دفع الحاجة بلا منازعة واعلم ان الاعواض في البيع اما دراهم او دنانير فهي ثمن سواء قوبلت بغيرها او بجنسها وتكون صرفا واما اعيان ليست بمكيلة ولا موزونة فهي مبيعة ابدا ولا يجوز فيها البيع الا عينا لا فيما يجوز فيه السلم كالثياب وكما تثبت الثياب مبيعا في الذمة بطريق السلم تثبت دينا موجلا في الذمة على انها ثمن وح يشترط الاجل لا لانها ثمن بل لتصيير ملحقة بالسلم في كونها دينا في الذمة فلذا قلنا اذا باع عبدا بثوب موصوف في الذمة الى اجل جاز ويكون بيعا في حق العبد حتى لا يشترط

قال ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع ولقوله عليه السلام الا اشتري
من يهودي طعاما الى اجل ورهنه درعه ولابد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة عن التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه
به في قريب المدة وهذا يسلم في بعيدها قال ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لانه المتعارف وفيه التحري
للجواز فينصرف اليه فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد لان بيان احدها وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء لان الجهالة مفضية
الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان او يكون احدها اغلب رواجا فحينئذ ينصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة
في المالية فان كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والتعامل اليوم بسمرقند ولا اختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيع اذا اطلق
اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف الى ما تعارفه من اي نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية

قبضه في المجلس بخلاف ما لو اسلم الدراهم في الثوب حتى شرط فيه الاجل وامتنع بيعه قبل قبضه لالحاقه بالمسلم فيه او بكيل او موزون او عددي
متقارب كالبيض فان قوبلت بالنقود فهي مبيعات او بامثالها من المثليات فما كان موصوفا في الذمة فهو ثمن وما كان معينا فمبيع فان كان
كل منهما معينا فاصحبه حرف الباء او لفظ على ان كان ثمنا والآخر مبيعا وقال خواهر زاده رح في شهادات الجامع المكيل والموزون اذا
لم يكن معينا فهو ثمن دخل عليه حرف الباء او لم يدخل فكذا لو قال اشتريت منك كذا حنطة بهذا العبد لا يصح الا بطريق السلم فيجب ان يضرب
الاجل للحنطة واعلم ان التقدير المشروط قد يكون عرفا كما يكون نصا في القضاء ولو قال اشتريت منك هذا الثوب او هذه الدار او هذه البطيخة
بعشرة ولم يقل دنانير او دراهم ان كان في البلد ان يتباع الناس بالدنانير والدراهم والفلوس ينعقد البيع في الدار بعشرة دنانير وفي الثوب
بعشرة دراهم وفي البطيخة بعشرة افلس وان كان في بلد لا يتباع الناس بهذه الجملة ينصرف الى ما يتباع الناس بذلك النقد انتهى
وحاصل هذا انه اذا صرح بالعدد فتعيين المعدود من كونه دراهم او دنانير او فلوسا يثبت على ما يناسب البيع ولو وقع شك فيما يناسب
وجب ان لا يتم البيع قوله ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع وما ثمن مؤجل بيع وفي صحيح البخاري عن
عائشة رضي الله عنها اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما من يهودي الى اجل ورهنه درعا له من حديد وفي لفظ الصحيحين طعاما بنسيئة
وقد سمى هذا اليهودي في سنن البيهقي اخرجه عن جابر انه عم رهن درعا عند ابي الشحم رجل من بني ظفر في شعير ولا بد ان يكون الاجل معلوما
لان جهالته تفضي الى المنازعة في التسليم والتسليم قد يطالبه في قريب المدة وذلك في بعيدها ولانه عليه الصلوة والسلام في موضع شرط الاجل
وهو السلم اوجب فيه التعيين حيث قال من اسلف في ثمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم وعلى كل ذلك انعقد الاجماع
واما البطلان فيما اذا قال بعتك بالف حالا وبالفين الى سنة فلجهالة الثمن ومن جهالة الاجل ما اذا باعه بالف على ان يؤدي اليه الثمن في بلد آخر
ولو قال الى شهر على ان يؤدي الثمن في بلد آخر جاز بالف في شهر ويبطل شرط الايفاء في بلد آخر لان تعيين مكان الايفاء مما حمل له ولا مؤنة
لا يصح فلو كان له حمل ومؤنة صح ومنه على قول محمد رح اذا باعه على ان يدفع اليه المبيع قبل ان يدفع الثمن فان البيع فاسد لان محمدا رح
علله بتضمنه اجلا مجهولا حتى لو سمى الوقت الذي يسلم اليه فيه المبيع جاز البيع واما ابو يوسف رح فانما علله بالشرط الذي لا يقتضيه العقد
قوله ومن اطلق الثمن في البيع اي اطلقه على ذكر الصفة بعد تعدد العدد بان قال عشرة دراهم مثلا انصرف الى غالب نقد البلد لانه
هو المتعارف فينصرف المطلق اليه فان كان اطلاق اسم الدراهم في العرف يختص بجامع وجود دراهم غيرها فهو تخصيص الدرهم بالعرف القولي
وهو من افراد تلك الحقيقة بدلالة العرف واذا كان التعامل بها في الغالب كان من تركها بدلالة العادة وكل منهما واجب تحريا للجواز وعدم
اهدار كلام العاقل فان كانت النقود مختلفة المالية كالذهب الاشرفي والناصري بمصر لكنها في الرواج سواء فالبيع فاسد لعدم مكان
الصرف الى احدهما بعينه دون الآخر فما فيه من التحكم عند التساوي في الرواج واذا لم يكن الصرف الى احدها والحالة انها متفاوتة المالية
جاءت الجهالة المفضية الى النزاع لان المشتري يريد دفع الانقص مالية والبائع يريد الاعلى فيفسد البيع الا ان ترتفع الجهالة ببيان احدهما
في المجلس وبرضاء الآخر لارتفاع المفسد قبل تقرره وصار كما لو قال الدائن لمديونه بعني هذا الثوب ببعض العشرة التي لي عليك وبعني الآخر
بباقي العشرة فقال نعم كان صحيحا لعدم افضاء جهالة الثمن الاول الى المنازعة لضم البيع الثاني اليه اذ به يصير ثمنها عشرة وهذا محمول على قبول الدائن

فان ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ولان الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم فشابه جهالة القيمة

بعد قول المديون نعم ونحن وان كانت مختلفة المالية والرواج معا فالبيع صحيح ويصرف الى الاروج للوجه الذي تقدم من وجوب العمل للعرف والعادة وكذا اذا كانت متساوية المالية والرواج يصح البيع ويودي من ايهما شاء لانه لا فضل لاحدهما فلو طلب البائع احدهما بعينه كان للمشتري ان يعطيه من النصف الآخر لان الامتناع عن قبض ما اعطاه المشتري مع انه لا فضل للآخر عليه ليس فيه الا التعنت وبهذا قلنا الدراهم والدنانير لا تتعين حتى لو اراد درهما اشترى به فباعه ثم حبسه واعطاه درهما آخر جاز يعني اذا كانا متحدي المالية والثنائي والثلاثي اسعار دراهمهم كانت ببلادهم مختلفة المالية وكذا الركني والخليفة في الذهب كان الخليفتي افضل مالية عندهم والعدالي اهم لدرهم **قوله** ويجوز بيع الطعام وهي الحنطة ودقيقها خاصة في العرف الماضي كما يدل عليه حديث الفطرة كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام او صاعا من شعير فقوله والحبوب عطف العام على الخاص ويقدر وكذا باقي اي وباقي الحبوب فلا يتناول الطعام مكايلة اي بشرط اخذ من الكيل والا ففي اللغة المكايلة ان تكيل له ويكيل لك ومجازفة اي بلا كيل ولا وزن بل بارائه الصبرة والجزف في الاصل الاخذ بكثرة من قولهم جزف له في الكيل اي زاد اكثر ومرجعه الى المساهلة قال المص وهذا يعني البيع مجازفة مقيد بغير الاموال الربوية اذا بيعت بجنسها فاما الاموال الربوية اذا بيعت بجنسها فلا يجوز مجازفة لاحتمال الربوا وهو مانع كحقيقة الربوا وهذا ايضا مقيد بما يدخل تحت الكيل منها وما لا يدخل كحفنة بحفنتين فيجوز وفي الفتاوى الصغرى عن محمد انه كره التمر بالتمرتين فقال ما حرم في الكثير حرم في القليل والقيد بتقييد ايضا ما اذا باع غير الحبوب من الربويات بجنسها كفة بكفة فانه لا يخرج عن المجازفة بسبب انه لا يعرف قدره ومع ذلك لو باع الفضة كفة ميزان بكفة ميزان جاز لان المانع انما هو احتمال الربوا وهو باحتمال التفاضل وهو منتف فيما اذا وضع صبرة فضة في كفة ميزان ووضع مقابلتها فضة حتى وزنتها فيجوز والحديث الذي ذكره ذكره بمعناه وهو ما روى اصحاب الكتب الستة الا البخاري عنه عليه السلام انه قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كانا يدا بيد ولان هذه الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم لتعلل التسليم على ما تقدم فلا يمنع فشابه جهالة القيمة للبيع بعد رؤيته ومشاهدته فانه لو اشترى من انسان ما يساوي مائة درهم والبائع لا يعلم قيمته ما باع يلزم البيع ويجوز بآنائر بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره قد قيد الآنائر بكونه مما لا يحتمل الزيادة والنقصان كان يكون من خشب او حديدا اما اذا كان يحتمل كالزنبيل والجوالق فلا يجوز وعلى هذا بيع ملء قربة بعينها او رواية من ماء النيل عن ابي حنيفة رح انه لا يجوز لانا لا نعلم ليس عنده ولا يعرف قدر القربة لكن اطلق في المجرد جوازه ولا بد من اعتبار القرب المتعارفة في البلد مع غالب السقايين ولو ملأ له باصغر منها لا يقبل وكذا رواية منية يوسف فيه في منزله وعن ابي يوسف رح اذا ملأها ثم تراضيا جاز كما لو قالوا باع الحطب ونحوه احمالا لا يجوز ولو حمله على الدابة ثم باع الحمل جاز لتعين قدر المبيع في الثاني وفي الخلاصة اشترى كذا كذا قربة من ماء الفرات جاز استحسانا اذا كانت القربة معينة وعن ابي يوسف رح ايضا يجوز في القرب مطلقا وفي المبسوط بيع الماء في الحياض والآبار لا يجوز الا اذا جعله في وعاء ووجه في المبسوط مسئلة الكتاب بان في المعين مجازفة فيجوز فكيال غير معروف اولى وفيه نظر فان في المجازفة الاشارة الى عين المبيع ثابتة لتعذر الاحاطة لمقدار حجمه واقطاره ومثل هذا التميز لا يحصل بما في كيل غير معلوم قبل ان يصب فالاولوية ممنوعة بلا شك والوجه يقتضي ان يثبت الخيار اذا كال به او وزن للمشتري كما في الشراء بوزن هذا الحجر ذهبا نص في جمع النوازل على ان فيه الخيار اذا علم به ومعلوم ان ذكر بالوزن وفي جمع التفاريق عن محمد رح جواز الشراء بوزن هذا الحجر وفيه الخيار ينبغي

قال ويجوز بأناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه بخلاف السلم لان التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في البيع ايضا والاول اصح واظهر

ان يكون هذا محمل الرواية عن ابي حنيفة رح ان لا يجوز في البيع ايضا كما لا يجوز في السلم فقوله لا يجوز اي لا يلزم قال المص والاول اصح اي من جهة الرواية واظهر اي من حيث الوجه المذكور في الكتاب وحاصله ان الجهالة وان كانت ثابتة لكنها لا تفضي الى المنازعة وهي المانعة وذلك لانه يتعجل فيندر هلاكه بخلاف السلم لا يتعجل فقد يهلك ذلك الكيل والحجر ويتعذر تسليم المسلم ولا يخفى ان هذا الوجه لا ينفي ثبوت الخيار واقرب الامور الى ما كان فيه قول ابي حنيفة رح في المسألة التي حل هذه وهي ما اذا باع صبرة على تخمين بدرهم انه اذا كان في المجلس حتى عرف المقدار صح وثبت الخيار للمشتري كما اذا اراه ولم يكن رآه مع ان الفرض انه رأى الصبرة قبل الكيل ووقعت الاشارة اليها لكن هذه الرواية اتم وصار كما اذا رأى الدهن في قارورة زجاج فانه يثبت الخيار بعد صبه هذا وقد روي عن ابي يوسف رح اشتراط كون ما يوزن به لا يحتمل النقصان حتى لا يجوز بوزن هذه البطيخة ونحوها لانها تنقص بالجفاف وعود بعضهم على ذلك وليس شيء فان البيع بوزن حجر بعينه لا يصح الا بشرط تعجيل التسليم ولا جفاف يوجب النقصان في ذلك الزمان وما قد يفرض من تأخره يوما او يومين ممنوع بل لا يجوز ذلك كما لا يجوز الاسلام في وزن ذلك الحجر لخشية الهلاك فيتعذر التسليم فتقع المنازعة المانعة منه والفرض ان اقل مدة السلم ثلاثة ايام ولا شك ان تأخر التسليم فيه الى مجلس آخر يفضي الى المنازعة لان هلاكه ان ندر فاختلاف في انه بدواد غير مرد التهمة فيه ليس بنادر وكل المبادات تنبني على تقييد متعة البيع في ذلك بالتعجيل كما في عبارة المبسوط حيث قال لو اشترى هذا الاناء بعينه فلا بأس به ثم ان في المعين للبيع مجازفة بجوز فيكيال غير معروف اولى وهذا لان التسليم عقيب البيع الى آخر ما ذكر وتقدم النظر في الاولوية هذا اذا ورد على التعليل بان الجهالة لا تفضي الى المنازعة ما اذا باع عبدا من اربعة يأخذ المشتري ايهم شاء او باع بامي ثمن شاء فالبيع باطل مع انه لا يفضي الى المنازعة اجيب بان المبطل في المورد يعني آخر وهو عدم المبيع والثمن لا الجهالة وكان مقتضاه انه لا يجوز في عبد من ثلاثة لكن جاز على خلاف القياس كما سيأتي ولا شك ان القياس ما عن ابي حنيفة رح في القرية من ماء النيل فانه كبيع الطير قبل ان يصطاده كما لو باعه كرا من حنطة وليس في ملكه حنطة صرحوا به بانه لا يجوز الا ان يكون سلما واما الاستحسان الثابت بالتعامل فمقتضاه الجواز بعد ان يسمي نوع القرية في ديارنا بالمصر اذا لم تكن معينة مثل قرية كسافية او سقاوية او رواسية كبيرة ثم بعد ذلك التفاوت يسير اهدر في المار ونظير ما نحن فيه ما اذا باع حنطة مجموعة في بيت او مطمورة في الارض والمشتري لا يعلم مبلغها ولا منتهى حفر الحفيرة ان له الخيار اذا علم ان شاء اخذها بجميع الثمن وان شاء ترك وان كان يعلم منتهى المطمورة ولا يعلم مبلغ الحنطة جاز ولا خيار له الا ان يظهر تحتها دكان اي صفة ونحوها كذا في فتاوى القاضي وعن ابي جعفر رح باعه من هذه الحنطة قدر ما يملأ هذا الطشت جاز ولو باعه قدر ما يملأ هذا البيت لا يجوز وفي الفتاوى بعت منك ما لي في هذه الدار من الرقيق والدواب والثياب والمشتري لا يعلم ما فيها فهو فاسد لجهالة المبيع ولو قال ما في هذا البيت جاز وان لم يعلم به لان الجهالة يسيرة واذا جاز في البيت جاز في الصندوق والجوالق ولو قال بعت منك نصيبي من هذه الدار فشرط الجواز علم المشتري بنصيبه دون علم البائع وتصديق البائع فيما يقول ولو اشترى موزونا باناء على ان يفرغه فيزن الاناء فيحط قدر وزنه من الثمن جاز وكما تمنع الجهالة السابقة لذلك اللاحقة قبله التسليم فلذا اختلفوا فيما اذا باع الجمد الكائن في الجرة قيل لا يجوز حتى يسلم اولا تتم بيع والاصح جوازه مطلقا وهو اختيار الفقيه ابي جعفر رح اذا سلم قبل ثلاثة ايام ولو سلم بعدها لا يجوز لانها تذوب في كل ساعة وهو وجه في منع قبل التسليم غير ان النقص قليل قبل الايام الثلاثة غير معتبر فلذا اهدر وجاز وقيل انه يختلف باختلاف الصيف والشتاء فلا الجمد ورخصه فينظر الى بعده الناس كثيرا بحسب الاوقات فيجوز اذا سلمه قبل وسيأتي من هذا الباب شيء

قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح الا ان يسمي جملة قفزانها وقالا لا يجوز في الوجهين له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فينصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان او الكيل في المجلس وصار هذا كما اذا قرر وقال لفلان علي كل درهم فعليه درهم واحد بالاجماع ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح فللمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل في المجلس او سمى جملة قفزانها لانه علم بذلك الان فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع

في خيار الرؤية ان شاء الله تعالى قوله ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح يعني ان موجب هذا اللفظ والاشارة ايجاب البيع في واحد عنده ويتوقف في الباقي الى تسمية الكل في المجلس او كيله فيه فيثبت ح على وجه يكون الخيار للمشتري فان رضي الزم البيع على البائع وان لم يرض او يتوقف على قبوله ايضا روى ابو يوسف رح عن ابي حنيفة انه لا يجوز الا بتسميتها وروى محمد خلافه حتى لو فسخ البائع البيع بعد الكيل ورضي المشتري باخذ الكل لا يعمل فسخه وقال ابو يوسف ومحمد صح البيع في الكل وهو قول الائمة الثلاثة ثم اذا جاز في قفيز واحد فللمشتري فيه الخيار لتفرق الصفقة عليه دون البائع لان التفريق جائز من قبله بسبب عدم تسمية جملة القفيز ان له انه تعذر صرف البيع الى الكل لجهالة المبيع والثمن ولا جهالة في القفيز فلزم فيه فاذا زالت بالتسمية او الكيل في المجلس يثبت الخيار كما اذا ارتفعت بعد العقد بالرؤية اذ المؤثر في الاصل ارتفاع الجهالة بعد لفظ العقد وكونه بالرؤية ملغى بخلاف ما اذا علم ذلك بعد المجلس لتقرر المفسد وما في المحيط عن بعض المشائخ ان عنده يصح في الكل وان علم بعد المجلس بعيد لان ما في المجلس كالثابت في صلب العقد بخلاف ما بعده ولا يلزم اسقاط خيار اربعة ايام بعد المجلس وكذا زوال جهالة الاجل المجهول بعدها حيث يجوز العقد بزوال المفسد بعد المجلس لان المفسد فيهما لم يتمكن في صلب العقد فلا يتقيد رفع المفسد بالمجلس وهذا لان الفساد فيهما لا يظهر في الحال بل ينتظر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الاجل واما اورد من الجهالة وان كانت ثابتة لكنها لا تفضي الى المنازعة لان بعد العلم بان كل قفيز بدرهم لا يتفاوت الحال بين كون القفزان كثيرا او قليلا وجوابه ان المفسد هنا جهالة الثمن كمية خاصة وقدر العدم الاشارة ولا معرف له شرعا غير ذلك واما الجواب يمنع كونها غير مفضية الى المنازعة لان البائع قد يطالب المشتري بتسليم الثمن وهو لا يقدر على ذلك لعدم معرفة قدره فتتنازعان فيها ظاهر لانه لا يتصور ان يطالبه الا بعد ان كيله ليعرف القدر الذي يطالبه به اذ لا يمكن ان يطالبه الا بكمية خاصة مشار اليها او مضبوطة الوزن فح يعلمها المشتري فيقدر على التسليم ولو امتنع بعد هذا بالتقدير كان مطلا لا المنازعة المفسدة لها ان هذه جهالة بيدهما ازالتها بان يكيلا في المجلس والجهالة التي هي كذلك لا تفضي الى المنازعة كبيع عبد من عبدين او ثلاثة على ان المشتري بالخيار يأخذ ايهما شاء وقد اورد عليه نقض اجمالي لو صح ما ذكر من ان الجهالة التي بيدهما ازالتها غير مانعة من الصحة لزم صحة البيع بالرقم عندهما وان يجوز بيع عبد من اربعة على ان المشتري مخير في تعيينه وان يجوز البيع باي ثمن شاء لكن البيع في الكل باطل اجيب بان البيع بالرقم تمكنت الجهالة به في صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب الرقم وصار بمنزلة القمار للخطر الذي فيه انه سينظر كذا وكذا وجوازه اذا علم في المجلس بعقد آخر هو التعاطي كما قاله الحلواني بخلاف ما نحن فيه لانه كما يعلم بكيل البائع يعلم بكيل المشتري ومثل هذا القول بالبيع باي ثمن شاء ومثله في اخذ العبيد الاربعة في جانب المبيع فان البيع لا ينعقد في غير معين فكان بيعا بلا مبيع وكان مقتضى هذا ان لا يجوز في عبد من ثلاثة الا انه يثبت بدلالة نص شرط الخيار ثلاثة ايام ولا يخفى ان كل اجوبة هذه النقوض لتصلح ادلة لابي حنيفة رح فانها تضمنت لتسليم ان الجهالة وان كانت بيدهما ازالتها بعد كونها في صلب العقد وهي ان تكون في الثمن كالبيع بالرقم وباي ثمن شاء او في المبيع كبيع عبد من اربعة يمنع جواز البيع وجهالة الثمن على وجه يشبه القمار وعدم العلم به مع امكان ازالتها ثابت في محل النزاع اذا جاز ان ينظر كونه مائة او خمسين الا بكيل احدهما وكون ذلك بكيل كل منهما وفي الرقم ينظر بالبائع فقط لا اثر له من دفع منع الخطر والتمكن في صلب العقد وهو المفيد واذا فسد البيع في عبد من اربعة والجهالة في مضبوط لانحصارها في الاحتمالات اربعة

[illegible]

قال [illegible]

لاتعتد بالفلان يفسد في صبرة لايقف الاحتمالات في خصوص الثمن على كونه اربع امكانات او عشرة او اولى بل ويسجل عليها مبطلان قياسها على بيع عبد من عبدين اذا ظهر من الجواب انه معدول عن القياس ولذا امتنع في اربعة اعبد وح يرجح قول ابي حنيفة رح وظهر ان كون العاقدين بيدهما ازالة جهالة في صلب العقد من الثمن والمبيع لايوجب صحة البيع قبل ازالتها بدلالة الاجماع على عدم الصحة في الصور المذكورة مع امكان ازالتها فيها وغايته اذا ازيلت في المجلس وهما على رضاهما ثبت بعقد التراضي والمعاطاة لابعين الاول كما ذكر في الرقم بل ولهذه الفروع المذكورة امثال يطول عدها يبطل البيع فيها بجهالة في الثمن او المبيع مع امكان ازالة احد المتعاقدين لها وتاخير صاحب الهداية دليلها ظاهر في ترجيحه قولهما وهو ممنوع واما ما يحمل قول ابي حنيفة عليه مما ذكر في المبسوط من ان الاصل عنده انه متى اضيف كلمة كل الى مالاتعلم نهايته فانما يتناول ادناه لصيانته عن الالغاء كالاقرار بان عليه كل درهم انما يلزمه درهم واحد وكذا اجارة كل شهر بدرهم تلزمه في شهر واحد فلا حاجة هنا الانه لو منع صحة هذا الاصل كان اثباته بين ماذكر في تقليل المسئلة من ثبوت الجهالة في المجموع والتيقن في الواحد فهو نفسه اصل هذا الاصل فرع اشترى طعاما بغير جنسه خارج المصر وشرط ان يوفيه في منزل من المصر فالعقد فاسد لان المشتري يملكه بنفس العقد فاذا اشترط لنفسه منفعة الحمل فسد وكذا في المصر وشرط ان يحمله الى منزله فهو فاسد وله غير بقوله تشترط ان يوفيه في منزله فهي القياس فاسد وهو قول محمد واستحسن ابو حنيفة وابو يوسف رح جوازه بالعرف فان الانسان يشتري الحطب والشعير على الدابة في المصر ولا يكتري دابة اخرى يحمله عليها بل البائع هو يحمله بخلافه خارج المصر وبعض المشائخ لم يفرقوا بين لفظ الحمل والايفاء في الاستحسان لان المراد منهما واحد وانتصار شمس الائمة الفرق فان الايفاء من مقتضيات العقد فشرط ملائم بخلاف الحمل **قوله** ومن باع قطيع غنم الخ لما ذكر الصورة السابقة في المثليات ذكر نظيرها في القيميات فاذا اضاف البيع على الوجه المذكور في الحيوانات بان قال بعتك هذا القطيع كل شاة بدرهم او هذا الثوب كل ذراع بدرهم ولم يبين عدد الغنم ولا الذرعان ولا جملة الثمن فسد في الكل عند ابي حنيفة رح اما اذا سمى احدهما فيصح بالاتفاق بالعلم بتمام الثمن مطابقة او التزاما فيما اذا اقتصر على بيان عدد القطيع وعندهما يجوز في الكل لما قلنا من ان الجهالة بيدهما ازالتها وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا من جهالة كل الثمن والغاء كون ارشاها بيدهما غير ان الاحاد هنا متفاوتة فلم ينقسم الثمن على الجملة بالاجزاء فتمتنع المنازعة في تعيين ذلك الواحد فسد في الكل ولهذا لو باع شاة او عشرة من مائة شاة او بطيخة او عشرة من وقر بطيخ كان باطلا واما الجواز فيما اذا عرفها وذهب البائع ساكت قبل التعاطي على ما قدمنا قال القتابي ان ذلك في ثوب يفرد والتبعيض اما في الكرباس فينبغي ان يجوز عنده في ذراع واحد كما في الطعام وعلى هذا الخلاف كل معدود متقارب كحمل بطيخ كل بطيخة بفلس والرمان والسفرجل والخشب والاواني والرقيق والابل ولو باع نصيبه من هذا الطعام روى الحسن عن ابي حنيفة رح انه يجوز وان بينه بعد ذلك وكذا في الدار وهذا غير الائق باصله المذكور في الخلافية وفي الخلاصة اشترى العنب كل وقر بكذا والوقر عندهم معروف ان كان العنب من جنس واحد يجب ان يجوز في وقر واحد عند ابي حنيفة رح كما في بيع الصبرة كل قفيز بدرهم وان كان العنب اجناسا لايجوز البيع اصلا عند ابي حنيفة كقطيع الغنم وعندهما يجوز اذا كان جنسا واحدا في كل العنب كل وقر بما قال وكذا اذا كان الجنس مختلفا هكذا اورد الصدر الشهيد والفقيه ابو الليث جعل الجواب بالجواز فيما اذا كان العنب من جنس واحد متفقا عليه وان كان من اجناس مختلفا فيه ثم قال الفقيه والفتوى على قولهما بتيسير الامر على الناس انتهى وتفريع الشهيد اوجه **قوله** ومن باع صبرة طعام على انها مائة قفيز مثلا بمائة تعلق العقد على ذلك الكيل المسمى

ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رح وقالا هو جائز وان اشترى عشرة

اسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة اسهم وله ان

الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المحيط دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف

السهم ولا فرق عند ابي حنيفة رح بين ما اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة

بعينه حتى لو وجدت ناقصة كان للمشتري الخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن لان الثمن ينقسم بالاجزاء على اجزاء المبيع المثلي كيلا او موزونا وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة الواحدة عليه وكذا الخلاف في كل مكيل وموزون وان وجدها زائدة فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين ليس له جهة الوصفية فما زاد عليه لم يدخل في العقد فيكون للبائع ولو كان المشتري ثوبا او ارضا على انه عشرة بعشرة او مائة ذراع بمائة فوجد المبيع اقل فان شاء اخذ الموجود بكل الثمن وان شاء ترك وان وجدها زائدة العشرة او المائة كان الكل للمشتري ولو كان قال على انها مائة ذراع مثلا بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها اقل فللمشتري الخيار ان شاء اخذ الموجود بكل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه وان وجدها اكثر فله الخيار ان شاء اخذ الكل كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع واصل هذا ان الذرع في المذروعات وصف لانه عبارة عن طول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة اجزاء فان لم يفرد بثمن كان تابعا محضا فلا يقابل بشيء من الثمن وذلك فيما اذا قال على انها مائة بمائة ولم يزد على ذلك واذا كان تابعا محضا في هذه الصورة والتوابع لا يقابلها شيء من الثمن كاطراف الحيوان حتى ان من اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص شيء من الثمن او اعورت عند المشتري جاز له ان يرابح على ثمنها بلا بيان فعليه تمام الثمن في صورة النقص وانما يتخير لفوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما اذا اشتراه على انه كاتب فوجده لا يحسن الكتابة وله ان الزائد في صورة الزيادة كما اذا باعه على انه معيب فوجده سليما هذا اذا لم يفرد بالثمن فان افرد بالثمن هو ما اذا قال على انها مائة بمائة كل ذراع بدرهم صار اصلا وارتفع عن التبعية فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ولو باعه هذه الرزمة من الثياب على انها مائة ثوب كل ثوب بدرهم فوجدها ناقصة يخير بين ان ياخذ الاثواب الموجودة بحصتها من الثمن وبين ان يفسخ لتفرق الصفقة فكذا اذا وجد الذرعان ناقصة في هذه الصورة وهذا لانه لو اخذها بكل الثمن لم يكن اخذ كل ذراع بدرهم ولو وجدها زائدة لم يسلم له الزيادة لصيرورته اصلا كما لم يسلم له الثوب المفرد فيما اذا زاد عدد الثياب على الشرط فان كان بينهما فرق فان عدد الثياب اذا زادت فسد البيع للزوم جهالة المبيع لان المنازعة تجري في تعيين الثوب الذي يرد الى البائع بعيب لانه اصل من كل وجه اما هذا فالذراع ليس اصلا من كل وجه فيثبت له الخيار بين ان ياخذ الزائد بحصته وبين ان يفسخ لانه وان صح له اخذ الزائد لكنه بغير ما عقد وهو زيادة الثمن ولم يكن يلتزم هذه الزيادة بعقد البيع فكان له الخيار واذا ظهر انهم اعتبروا الطول وصفا تارة واصلا اخرى ولم يعتبروا القدر في المثليات الا اصلا دائما مع ان الطول والعرض ايضا يرجع الى القدر ويمكن ان يجعل القدر وصفا احتيج الى الفرق فقيل لان المثل لا ينقص قيمته بنقصان القدر فان العبرة الكائنة مائة قفيز لو صارت الى قفيزين في القلة لم ينقص قيمة القفيز بخلاف الثوب والارض الا ترى ان الثوب الذي عادته عشر ثمنه عشرة وهو قدر ما يفصل قباء او فرجية كان ثمن اذا قسم على اجزائه يصيب كل ذراع منه مقدار دينار او ذراع الذراع وبيع بمفرده لم يساو في الاسواق ذلك المقدار بل اقل منه بكثير وذلك لانه لا يفيد الغرض الذي يصنع بالثوب الكامل فعلمنا ان كل جزء منه لم يعتبر كثوب كامل مفرد **قوله** ومن باع عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رح وقالا هو

جائز وبه قال الشافعي رح وان اشترى عشرة اسهم من مائة سهم منها جاز في قولهم جميعا ومبنى الخلاف على ان المودى من بيع عشرة اذرع من مائة ذراع مبين وشائع فعندهما شائع كانه باع عشر مائة وبيع الشائع جائز اتفاقا كما في بيع عشرة اسهم من مائة سهم وعنده مودى وقدر معين والجوانب مختلفة الجودة فتقع المنازعة في تعيين مكان العشرة عند البيع فلو اتفقوا على ان مودى عشرة اذرع من مائة من هذه الدار شائع

ولو اشترى عبدا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن ولو بين لكل ثوب ثمنا

جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند ابي حنيفة رح لا يجوز

في فصل النقصان ايضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي حيث لا يجوز فيهما

وان بين ثمن كل واحد منهما لانه جعل القبول في المروي شرطا للعقد في الهروي وهو شرط فاسد والقبول يشترط في المعدوم فافترقا

لم يختلفوا ولو اتفقوا على انه معين لم يختلفوا فهو نظير اختلافهم في نكاح الصابئة مبني على انهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم او لهم كتاب فاتفقوا على الثاني اتفقوا على جوازه او على الاول اتفقوا على جوازه او على الاول اتفقوا على عدم الجواز فالشان في ترجيح المبنى فابو حنيفة رح يقول الذراع اسم لما يذرع به ومعلوم انه لم يرد بالمبيع عشر من الخشبات التي يذرع بها فكان مستعارا لما يحاذيها وما يحاذيه معين فكان المبيع معينا مقدارا بالعشرة اذرع بخلاف عشرة اسهم لان السهم اسم لجزء الشائع فكان المبيع عشرة اجزاء شائعة من مائة سهم وقد يقال ان تعيين جملة ذرعان الدار قرينة على انه انما اراد بيع الشائع لانه به يعرف نسبة العشرة من الكل اما العشر والا فلا فائدة في تعيينه لان العشرة اذرع لا تتفاوت مقدارها بتعيين الكل وعدمه وقد يقال فائدته لا يتعين في ذلك بجواز ان يرفع به الفساد فانه بيع عشرة اذرع من ثوب لا يجوز على قول ابي حنيفة رح ولا على قولهما على تخريج طائفة من المشائخ وعلى قول آخرين يجوز لانها جهالة يدهما اذا التهما فيذرع الكل فيعرف نسبة العشرة وصح هذا بناء على ما تقدم لهما من بيع صبرة بجواز ان يكون العاقد يرى الرأي الاول ولما وضع المسئلة في الجامع في عشرة اذرع من مائة ذراع لم يرد ما قال الخصاف من ان الفساد عنده فيما اذا لم يعرف جملة الذرعان واما اذا عرف جملتها فالبيع عنده صحيح غير واقع من جهة الرواية وكذا من جهة الدراية فان الفساد عنده للجهالة كما قلنا وبمعرفة قدر جملة المبيع لا تنتفي الجهالة عن البعض الذي بيع منه واختلف المشائخ على قولهما فيما اذا باع ذراعا او عشرة اذرع من هذه الارض ولم يسم جملتها فقيل على قولهما لا يجوز لان صحته على قولهما باعتبار انه جزء شائع معلوم النسبة من الكل وذلك مع معرفة جملتها والصحيح انه يجوز لانها جهالة يدهما اذا التهما بان تقاس كلها فيعرف نسبة الذراع او العشرة منها فيعلم قدر المبيع

قوله ومن باع عدلا صورتها ان يقول بشرط ما في هذا العدل على انه عشرة اثواب بمائة درهم مثلا ولم يفصل لكل ثوب ثمنا بل قابل المجموع بالمجموع فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع في صورة الزيادة لما قررناه من قريب في الفرق بين الثوب الذراع الذي صار اصلا من وجه والثمن في صورة النقصان لان الثمن لا ينقسم اجزاؤه على حسب اجزاء المبيع القيمي والثياب منه فلم يعلم للثوب الذاهب حصة معلومة من الثمن المسمى لينقص ذلك القدر منه فكان الناقص من الثمن قدرا مجهولا فيصير الثمن مجهولا فلو كان فصل لكل ثوب ثمنا بان قال كل ثوب بعشرة جاز البيع في فصل النقصان بقدره اي بما سوى قدر الناقص لعدم الجهالة لكن مع ثبوت الخيار للمشتري لتفرق الصفقة عليه ولم يجز في الزيادة لان جهالة المبيع لا ترتفع به لوقوع المنازعة في تعيين العشرة المبيعة من الآخر عشر وقيل عند ابي حنيفة رح لا يجوز البيع في فصل النقصان ايضا قال في الذخيرة واكثر مشائخنا على ما ذكر في الكتاب مع ان البيع جائز في الثياب الموجودة قولهما اما على قول ابي حنيفة رح فالعقد فاسد في الكل لانه فسد في البعض بمفسد مقارن وهو العدم والاصل عند ابي حنيفة رح ان العقد متى فسد في البعض بمفسد مقارن يفسد في الباقي وقد ذكر محمد مسئلة في الجامع تدل على هذا وهي رجل اشترى ثوبين على انهما هرويان كل ثوب بعشرة فاذا احدهما مروي بسكون الراء نسبة الى قرية من قرى الكوفة اما النسبة الى مرو المعروفة بخراسان فقد الزموا فيها زيادة الزاي فيقال مروزي وكانه للفرق بين القريتين قال فسد البيع في الثوبين جميعا عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز في الهروي والثابت في مسئلة الجامع الصفقة لا اصل الثوب وقد فسد في الكل بفواته ففسادها في الكل والفائت احدهما اولى واليه مال الحلواني وقال انه الصحيح عنده وكذا نسبه شمس الائمة السرخسي الى اكثر مشائخنا ثم قال والاصح عندي ان هذا قولهم جميعا يعني عدم الفساد في الباقي لان ابا حنيفة رح في نظائر هذه المسئلة انما يفسد العقد في الكل لوجود العلة المفسدة وهي انه جعل قبول العقد

ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رح في الوجه الاول يأخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رحمة الله عليه في الوجه الاول يأخذه باحد عشر ان شاء وفي الثاني يأخذه بعشرة ان شاء وقال محمد رحمه الله في الاول يأخذه بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه حكمها ولابي يوسف انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابي حنيفة رحمة الله عليه ان الذراع وصف في الاصل اذ انما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفضل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

فيما يفسد فيه العقد شرطا في قبوله في الآخر وهنا لم يوجد هذا فانه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد ايراد العقد على المعدوم بل على الموجود فقط فغلط في العدد بخلاف تلك المسئلة فانه جعل قبول العقد في كل من الثوبين شرطا لقبوله في الآخر وهو شرط فاسد واقول قوله ما شرط قبول العقد في المعدوم ان كان صريحا فممنوع ولا يضر فان في الثوبين ايضا ما شرط قبوله في المروي صريحا وانما المقصود انه اذا اضاف العقد الى مشهود ومنتفية كان قبول العقد في كل شرطا في قبوله في الآخر كما في الثوبين ولا شك ان في العشرة ايضا كذلك فكان قبوله في العاشر شرطا لقبوله فيما سواه ولا وجود للعاشر فكان قبوله في المعدوم شرطا الخ وحاصل قوله وما قصدوا الى آخر ما اشار اليه المص وهو ان الشيئين الموجودين المعطوفين بوصف اذا دخلا في عقد واحد كان قبول كل منهما بذلك الوصف شرطا للقبول في الآخر بذلك الوصف فاذا انعدم ذلك الوصف في احدهما كان ذلك شرطا فاسدا في القبول في الآخر بخلاف ما اذا كان معدوما بذاته ووصفه فانه ليس بح داخلا في العقد حتى يكون قبوله شرطا لصحة العقد في الآخر لانه معدوم فيجعل ذلك غلطا فلما لم يجعل شرطا لم يفسد العقد في الآخر فقد ظهر ان محط الفرق اعتبار الغلط وعدمه ولا شك ان اعتبار الغلط انما يتاتى من جهة البائع على معنى انه انما اوجب الا في تسعة ولكنه عبر عنها بالعشرة غلطا فالمشتري لما قبل في عشرة ما كان غالطا فما تلاقى الايجاب والقبول كما لو عزل تسعة اثواب من عشرة وقال بعتك هذه التسعة فقال قبلت في العشرة لا يتم العقد في التسعة ولا في العشرة اذا كان معنى غلطه انه قصد الايجاب في عشرة وليس في الواقع الا تسعة لم تفد الصحة لان المقصود عليه معدوم وقد جعل قبول العقد فيه شرطا لقبوله في التسعة وهذا لانه جاد في اعتقاده قيام العشرة فان لم يكن في ملكه فاحرى ان يكون البيع باطلا كما ذكر فيمن باع كرا من حنطة وليس في ملكه حنطة البيع باطلا ولانه باع ما ليس عنده وفي المحيط روى قاضي الحرمين ان العقد فاسد في الفصل الاول وفيه ابيعك هذه الحنطة على انها اقل من كر فوجدها كذلك جاز الا في رواية عن ابي يوسف رح وان اذا وجدها كرا او اكثر فالبيع فاسد ولو قال كرا او كرين جاز كيف ما كان غير انه مخير في الاقل كما لو قال على انها كر هو على هذا اذا اشترى عنبا في كرم معين على انه كذا كذا منا وكذا في العدديات المتقاربة انتفى وجه الفساد في الاكثر انه لا يعلم قدر الزائد فانه ليس للاقل من الكر والاكثر منه مقدار معين ليعرف الزائد عليه فيرد على البائع بخلاف ما اذا قال كرا او كرين ولا وجه للرواية عن ابي يوسف رح لان غايته ما في ذلك انه باع صبرة يشترط ان لا تبلغ المقدار الفلاني والله اعلم **قوله** ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رح في الوجه الاول اخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني اخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رح في الاول يأخذه باحد عشر ان شاء وفي الثاني بعشرة ان شاء وقال محمد رح في الوجه الاول يأخذه بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير وجه قوله ان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصف بنصفه فيجري عليه حكم المقابلة وحكمها ان يجب في مقابلة كل جزء اضافي من الذراع مثله في الدرهم فنصف الذراع بنصف الدرهم وربعه بربعه وثمنه وثمنه وهكذا وفي بعض النسخ فيجري عليه اي يقابل كل جزء له نسبة فاحشة بجزء كذلك من الآخر وضمير يجري يصح عوده الى كل من الذراع والدرهم الا ان الدرهم اقرب مذكور وانما يخير في الزيادة لان سلامة المنتقص بمقابلة ضرر به فلا يلزمه الا بالتزامه وفي النقصان لفوات وصف مرغوب فيه وهو وصف العشر ولابي يوسف رح انه لما افرد كل ذراع بدرهم نزل كل ذراع بمنزلة ثوب مفرد بيع على انه ذراع لما عرف ان افراد الذراع بالثمن يخرجه عن الوصفية الى الاصلية وقد انتقص عن الذراع

فصل ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل به اتصال قرار فيكون تبعا له

فلا ينتقص شيء من الثمن وانما يثبت الخيار له لما ذكرنا من ان في الزيادة نفعا يشوبه ضرر وفي النقصان فوات الوصف المرغوب فيه ولابي حنيفة ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط فكان الاولى ان يقول حكم الاصل او الثوب المنفصل بالشرط لان المقدار ايضا وصف على ما تقدم واخذه حكم الاصل مقيد بكونه ذراعا فاذا لم يوجد ما اخذ حكم الاصل فيبقى على الاصل من كونه وصفا لا يقابله شيء من الثمن واذا كان هكذا فلا وجه لثبوت الخيار له في فصل الزيادة لانه لم يلحقه ضرر في مقابلة الزائد بل نفع خالص كما لو اشترى معيبا فوجده سليما وتخيير في النقصان لتفرق الصفقة ثم من الشارحين من اختار قول محمد ففي الذخيرة قول ابي حنيفة رح اصح وذكر حاصل الوجه المذكور له وفي قوله مقيد بكونه ذراعا اشارة الى الجواب عن قول محمد انه ينقسم اجزاء الدراهم على اجزاء الذراع فقال هذا اذا كان تمام الذراع موجودا والموجود هنا بعضه وبعضه ليس كله فكان للبعض من حكم الوصف لا نعدام المقابلة به +

فصل لما ذكر ما ينعقد به البيع وما لا ينعقد ذكر ما يدخل في البيع مما لم يسم وما لم يدخل واستتبع ما يخرج بالاستثناء وغير ذلك **قوله** ومن باع دارا الخ في المحيط الاصل ان كل من كان في الدار من البناء او متصلا بالبناء تبع لها فيدخل في بيعها كالسلم المتصل والسرير والدرج المتصلة بالحجر الاسفل من الرحى فيدخل الحجر الاعلى عندنا استحسانا والمراد بالحجر الرحا المبنية في الدار وهذا متعارف في ديارهم اما في ديار مصر لا تدخل رحى اليد لانها تحجر بها تنقل وتحول ولا تبنى فهو كالباب الموضوع والباب الموضوع لا يدخل بالاتفاق في بيع الدار نعم لو ادعاه احدهما لنفسه بان قال هذا ملكي وحقه وان كانت الدار في يد البائع وادعاه المشتري لنفسه فالقول قول البائع وان كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري واستدل المص على دخول البناء بان اسم الدار يتناول العرصة والبناء وبانه متصل بها اتصال قرار واستشكل الاول بمسئلة الحلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدم بناؤها بحنث فلو كان البناء من مسمى لفظ الدار لم يحنث وهذا لو ابطل التعليل الاول لا يضر بالمقصود من الحكم لثبوت العلة الاخرى ثم اجيب بان البناء وصف فيها وهو لغو في المعينة فكانه حلف على نفي الدخول في هذا المكان وتحقيقه انه حلف لا يدخل هذه التي يسمى الآن دارا فلا يتقيد الدخول المحلوف عليه بكونها دارا وقت الدخول وتدخل البئر الكائنة في الدار وان كان عليها بكرة تدخل ولا يدخل الدلو والحبل المعلقان عليها الا ان كان قال بمرافقها ويدخل البستان الذي في الدار صغيرا كان او كبيرا وان كان خارج الدار لا يدخل وان كان له باب في الدار قاله ابو سليمان وقال الفقيه ابو جعفر رح ان كان اصغر من الدار ومفتحه فيها يدخل وان كان اكبر او مثلها لا يدخل وقيل ان صغر دخل والا لا وقيل بحكم الثمن وفي المنتقى اشترى حائطا يدخل ما تحته من الارض وكذا ذكر في التحفة من غير ذكر خلاف وفي المحيط جعله قول محمد والحسن وقول ابي يوسف رح لا يدخل واما اساسه فقيل الظاهر من مذهبه انه يدخل ولانه جزء الحائط حقيقة ويدخل في بيع الحمام القدر دون قصاعه واما قدر القصارين والصباغين واجاجين الغسالين وحوالي الزياتين وجنابهم ودنانهم وجذع القصار الذي يدق عليه المثبت كل ذلك في الارض فلا يدخل وان قال بحقوقها قلت ينبغي ان تدخل كما اذا قال بمرافقها واما الطريق ونحوه فسيأتي ان شاء الله تعالى في باب الحقوق **فروع** باع فرسا دخل الغدار تحت البيع والزمام في بيع البعير فقط ولم يذكر في شيء من الكتب ما اذا باع فرسا وعليه سرج قيل لا يدخل الا بالتنصيص او بحكم الثمن ولو باع حمارا قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل لا يدخل الاكاف بلا شرط ولا يستحق على البائع ولم يفصل بينهما اذا كان موكفا او غير موكف في فتاوى قاضي خان وهو الظاهر فالاكاف فيه كالسرج في الفرس وقال غيره يدخل الاكاف والبردعة

ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل به للقرار فاشبه البناء

تحت البيع وان كان غير موكف وقت البيع واذا دخلا بلا ذكر كان الكلام فيه ما قلنا في ثوب العبد والجارية ولا يدخل المقود في بيع الحمار لانه ينقاد دونه بخلاف الفرس والبعير ولنتامل في هذا باع عبدا او جارية كان على البائع من الكسوة قدر ما يواري عورته فان بيعت في ثياب مثلها دخلت في البيع وللبائع ان يمسك تلك الثياب ويدفع غيرها من ثياب مثلها يستحق ذلك على البائع ولا يكون للثياب قسط من الثمن حتى لو استحق الثوب او وجد بالثوب عيبا لا يرجع على البائع بشيء ولا يرد عليه الثوب ولو هلك الثياب عند المشتري او تعيبت ثم رد الجارية بعيب رد بها بجميع الثمن لانه لم يملك الثوب بالبيع فلا يكون له قسط من الثمن وعلى هذا ما ذكر في الكافي من رجل له ارض وفيها نخل بغيره فباعها رب الارض باذن الآخر بالف وقيمة كل منهما خمسمائة فالثمن بينهما نصفان لاستوائهما فيه فلو هلك النخل قبل القبض بافة سماوية خير المشتري بين الترك واخذ الارض بكل الثمن لان النخل دخل تبعا فلا يقابله شيء من الثمن ثم الثمن كله لرب الارض لانقاض البيع في حق النخل والثمن كله بمقابلة الاصل وهو له دون التبع ولو باع اتانا لها جحش او بقرة لها عجول وكذا فصيل الناقة ومهر الرمكة اختلف فيه قيل يدخلان وقيل لا يدخلان وقيل يدخل العجول دون الجحش وقيل ان ذهب مع الام الى موضع البيع دخل فيه للعرف والا فلا ولو باع غنما له مال ان لم يذكر المال في البيع فهو له لمولاه وكذا لو سمى المال وهو دين على الناس او بعضه فسد البيع وان كان عينا جاز البيع ان لم يكن من الاثمان فان كان منها وكان الثمن من جنسه بان كان دراهم ودنانير الثمن كذلك فان كان الثمن اكثر جاز وان كان مثله او اقل لا يجوز لانه بيع المعبد بلا ثمن وان كان منها ولم يكن من جنسه بان كان دراهم ومال العبد دنانير او بالعكس جاز اذا تقابضا في المجلس وكذا لو قبض مال العبد وقدر حصته فسقط من الثمن وان افترقا قبل القبض بطل العقد في مال العبد اشترى دارا فوجد في بعض جدرانها لآن قال البائع هو لي كان له قيرطا عليه لانها وصلت الى المشتري منه وان قال ليس لي كان كاللقطة ولو قال صاحب علو وسفل لآخر بعتك علو هذا بكذا فقبل جاز ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشتري حق القرار عليه **قوله** ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل بها اتصال قرار فاشبه البناء ولم يفصل محمد بين الشجرة المثمرة وغير المثمرة ولا بين الصغيرة والكبيرة فكان الحق دخول الكل خلافا لما قال بعض المشايخ ان غير المثمرة لا تدخل الا بالذكر لانها لا تغرس للقرار بل للقطع اذ اكبر خشبها فصارت كالزرع ولما قال بعضهم ان الصغيرة لا تدخل وفي فتاوى قاضيخان لو باع ارضا فيها اشجار صغار اتحول في فصل الربيع وتباع ان كانت تقلع من اصلها تدخل في البيع وان كانت تقطع من وجه الارض فهي للبائع الا بشرط نعم الشجرة اليابسة لا تدخل لانها على شرف القلع فهي كحطب موضوع فيها ولا يدخل الشرب والطريق في بيع الارض والدار الا بذكر الحقوق وكذا في الاقرار والصلح والوصية وغيرها ويدخلان في الاجارة والرهن والوقف والقسمة لانها تعقد للانتفاع لا للانتفاع بعينها بخلاف البيع فانه يعقد لملك الرقبة فقدرا وبه الانتفاع بالتجارة فيها ولا يدخل الثمر التي على رؤس الاشجار الا بالشرط وما كان من الاوراد واوراق الفرسك والتوت لانه بمنزلة الثمر ولو كان على الشجر ثمار فشرطه المشتري له فاكله البائع سقطت حصتها من الثمن ثم يثبت الخيار للمشتري في الصحيح لتفرق الصفقة عليه عند ابي حنيفة رح بخلاف ما لو اشترى شاة بعشرة فولدت ولدا يساوي خمسة فاكله البائع قال ابو حنيفة رح تلزمه الشاة بخمسة ولا خيار له والفرق غير خاف وكما يدخل في البيع الاشياء بلا تسمية وهو ما يدخل تبعا كذلك يخرج منه اشياء بلا تسمية كما اذا باع قرية يخرج منها الطريق والمساجد والقارعين وسور القرية لان السور يبقى على اصل الاباحة عند القسمة فلا يدخل في البيع وفي الفصل الثالث فيما يجوز بيعه وما لا يجوز من الجلاب اشتراء قرية وفيها مسجد واستثناه بل يشترط

ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فشابه المتاع الذي فيه ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع لقوله عليه السلام من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع ولان الاتصال وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رح يترك حتى يظهر صلاح الثمرة ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد وفي العادة ان لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بين ما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه يجوز في اصح الروايتين على ما بينا فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر

ذكر الحدود واختلف المشايخ واستثنى الخصاف وفي المقبرة لا بد من ذكر الحدود الا ان يكون ربوة **قوله** ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل اي لفصل الادمي اياه لانتفاعه بها فشابه المتاع الذي فيه اي في المبيع فاندفع ما اورد عليه من بيع الجارية الحامل ونحو البقرة الحامل فانه يدخل حملها في البيع مع انه متصل للفصل فان ذلك فضل الله تعالى وهذا المعنى متبادر فترك التقييد به وايضا الام وما في بطنها مجانس متصل فيدخل باعتبار الجزئية بخلاف الزرع فانه ليس مجانسا للارض فلا يمكن اعتبار الجزئية ليدخل بذكر الاصل فبعد ذلك ينظر ان كان اتصاله للفصل في ثاني الحال فيدخل بطريق التبعية لشدة الاتصال لا بالجزئية والجزئية فان قيل ينبغي ان يدخل لان الاتصال قائم في الحال والانفصال معدوم فيه فيترجح الموجود على المعدوم اجاب بان الموجب للدخول اما شمول حقيقة المسمى في البيع له او تبعيته له والتبعية بان يكون مستقرا الاتصال به لا مجرد اتصال الحال مع انه بعرضه الفصل وانتفاء المجانسة ظاهر فلم يتحقق موجب الدخول والله اعلم **قوله** ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع لنفسه اي يشتري الشجرة مع الثمرة التي فوقها ولا فرق بين المؤبرة وغير المؤبرة في كونها للبائع الا بالشرط وتدخل في الثمرة الوردة والياسمين والخلاف ونحوها من المشمومات فالكل للبائع وعند الشافعي ومالك واحمد يشترط في ثمر النخل التابير فان لم تكن ابرت فهي للمشتري والتابير التلقيح وهو ان يشق عنها قيد الكم ويذر فيها من طلع الفحل فانه يصلح ثمرا ثانيا النخل لما روى اصحاب الكتب الستة عن سالم بن عبد الله بن عمر عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا ان يشترط المبتاع ومن باع نخلا مؤبرا فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع وفي لفظ البخاري من ابتاع نخلا بعد ان تابر فثمرتها للذي باعها الا ان يشترط المبتاع وحاصله استدلال بمفهوم الصفة فمن قال به يلزمه واهل المذهب يقولون حجية وقد روى محمد رح في شفعته الاصل عنه عم من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع من غير فصل بين المؤبرة وغير المؤبرة وهو الحديث الذي ذكره المص وما قيل ان في مرويهم تخصيص الشيء بالذكر فلا يدل على نفي الحكم عما عداه انما يلزمهم لو كان لقبا ليكون مفهوم لقب لكنه صفة وهو حجة عندهم كما ذكرنا ولو صح حديث محمد رح فهم يحملون المطلق على المقيد وعلى اصول المذهب ايضا يجب لانه في حادثة واحدة في حكم واحد والذي يلزمهم من الوجه القياس على الزروع وهو المذكور في الكتاب بقوله انه متصل للقطع لا للبقاء فصار كالزرع وهو قياس صحيح وهم يقدمون القياس على المفهوم اذا تعارضا وح فيجب ان يحمل الابار على الاثمار لانهم لا يؤخرونه عنه فكان الابار علامة الاثمار فعلق به الحكم بقوله نخلا مؤبرا يعني مثمرا وما نقل عن ابن ابي ليلى من ان الثمرة مطلقا للمشتري بعيد اذ يصار الاحاديث المشهورة واذا كانت الثمرة للبائع يقال له اقطعها وسلم البيع وكذا اذا كان فيها زرع يقال له اقلعه وسلم البيع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رح يترك حتى يظهر صلاح الثمرة ويستحصد الزرع وهو قول مالك واحمد رح لان الواجب هو التسليم المعتاد ولهذا لا يجبر في الدار تسليمها في الحال ان ابيعت ليلا وكان له فيها متاع بل ينتظر طلوع النهار ووجود الحمالين وفي العادة لا يقطع الا بعد ما قلنا وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانه يترك حتى يحصد رضي المؤجر او لم يرض واذا كان كذلك فلا يبالي بتضرر المشتري بالانتفاع بملكه بلا عوض لانه حين اقدم على الشراء والعادة باذكرنا كان ملتزما للضرر المذكور ويقال استحصد الزرع يستحصد

ولما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو نبت ولم

تنبت له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل فيه وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان ينال المشاق والمناجل

بكسر الميم جمع منجل وقت حصاده واجاب المصنف بان هناك اي في الاجارة ايضا يجب التسليم وكذا تجب الاجرة في التبعية لان تسليم العوض تسليم المعوض والاجرة في تمامه من تسليم ان المتعاد في الاجارة التبعية في الاجرة وعدم تسليم عين الارض في الحال والا لم يرض الموجر بالتبعية واخذ الاجرة كان له ان يكلفه بان يقلعه في الحال وليس له ذلك فظهر ان التسليم المتعاد يجب اعتباره ثم يقول هو في البيع تبركا الى ما ذكرنا مجانا وفي الاجارة تبركه باجر ولا مخلص من هذا الا ان يتم منع انه متعاد في البيع كذلك والا فاذا فرق بين البيع والاجارة بان اقدام البائع على البيع مع علمه بان البائع يطالبه المشتري بتفريغ ملكه وتسليمه فارغا دلالة الرضا بالقطع فلا تجب رعاية جانبه بتبقية الارض والشجر على حكم ملكه بخلاف المستاجر فانه لم يوجد منه عند التعاقد رضا بالقطع فعمل بدل على الرضا بالقطع ثم قرر وجه فوجب رعاية جانبه بتبقيته على حكم ملكه بالاجرة اتجه ان يقال انما يكون اقدامه على البيع رضا بالقطع في الحال لو لم يكن الاخير الى السلع معتادا واما اذا كان غير معتاد فلا وقد مضت العادة المستمرة بذلك بل هي مشتركة فقد يتركون يبيعون بشرط القطع والله اعلم ثم هل تدخل ارض الشجر في البيع تبعا ان اشترا للقطع لا تدخل وبالاجماع وان اشترا بيعا مطلقا لا تدخل عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح لان الارض اصل والشجر تبع فلا ينقلب الاصل تبعا وهو قول الشافعي رح وعند محمد وهو رواية عن ابي حنيفة رح وقول الشافعي رح يدخل ما تحتها بقدر غلظ ساقها وفي جميع النوازل والفتاوى الصغرى هو المختار لانه اشترى الشجر وهو اسم للمستقر على الارض والا فهو جذع وحطب فيدخل من الارض ما يتم به حقيقة اسمها فهو دخول بالضرورة فيتقدر بقدرها وقيل بقدر ما تمها وقيل بقدر ظلها عند الزوال وقيل بقدر عروقها العظام ولو شرط قدرا فعلى ما شرط قوله ولا فرق بين ان يكون له قيمة او لا في الصحيح احترازا عن قول البعض انه ان لم يكن له قيمة تدخل والصحيح لا تدخل في الحالتين ان كان له قيمة او لم تكن وعلله بان بيعه يصح في اصح الروايتين مع كونه ليس للقرار وما يصح بيعه وليس للقرار لا يدخل في البيع تبعا للغير بخلاف البناء فانه يجوز بيعه منفردا ولكنه موضوع للقرار قوله واما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم تنبت لم يدخل لانه مودع فيها كالمتاع هكذا اطلق شيخ الاسلام وكذا اطلقه غير واحد وقيد في الذخيرة بما اذا لم يعفن فاما اذا عفن فهو للمشتري لان العفن لا يجوز بيعه على الانفراد فصار كجزء من اجزاء الارض فيدخل في بيع الارض واختار الفقيه ابو الليث انه لا يدخل بكل حال كما هو اطلاق المصنف وفي فتاوى الفضلي كما في الذخيرة قال ولو عفن البذر في الارض فهو للمشتري والا فللبائع ولو سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن عفن وقت البيع فهو للبائع والمشتري متطوع ولو باعها بعد ما نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيكون للبائع وقيل يدخل ولم يرجح المصنف شيئا ورجح في التجنيس قال فيه قال الفقيه لا يدخل والصواب انه يدخل نص عليه القدوري في شرحه وفي شرح الاسبيجابي انتهى وقول الفقيه ابي الليث هو قول ابي القاسم وفي فتاوى قاضي خان قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل هذا اذا صار الزرع متقوما اي لا يدخل فان لم يكن متقوما يدخل الزرع من غير ذكر قال وانما تعرف قيمته بان تقوم الارض مبذورة وغير مبذورة فان كانت قيمتها مبذورة اكثر من قيمتها غير مبذورة علم انه صار متقوما انتهى وبهذا ظهر ان حكاية اتفاق المشايخ على عدم الدخول مطلقا ليست واقعة بل قولان عدم الدخول مطلقا والتفصيل بين ان تعفن فيدخل او لا فلا وكان المناسب ان يقول تقوم الارض بلا ذلك الزرع وبه فان زاد فالزائد قيمته واما تقويمها مبذورة وغير مبذورة فانما يناسب من يقول انه اذا عفن البذر يدخل ويكون للمشتري ويعلله بانه لا يجوز بيعه وحده لانه ح ليس له قيمة قال المصنف وكان هذا بتشديد النون يعني الاختلاف في دخول الزرع الذي ليست له قيمة فان ذلك وعدمه بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان يتناوله المشاقر والمناجل من قال لا يجوز بيعه قال يدخل ومن قال يجوز بيعه قال لا يدخل ولا يخفى ان كلا من الاختلافين مبني على سقوط التقوم وعدمه فان القول بعدم جواز بيعه ودخوله في البيع كلاهما بناء على سقوط تقومه والقول بجواز بيعه وبعدم دخوله في البيع كلاهما مبني على عدم سقوط

ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منها ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها او منها من حقوقها او قال من مرافقها لم يدخلا فيه لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيه اما الثمر المجذوذ والزرع المحصود لا يدخل الا بالتصريح به لانه بمنزلة المتاع

تقومه والاوجه جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع الجحش كما ولد على رجاء حيوته فينتفع به في ثاني الحال قوله ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق الخ يعني اذا باع ارضا فيها زرع وشجر وعليه ثمر او باع شجرا فقط وعليه ثمر وقال بعتها او اشتريتها بجميع حقوقها ومرافقها لا يدخل الزرع والثمر بذلك لانهما ليسا من الحقوق والمرافق وكذا لو قال بكل قليل وكثير هو له فيها او منها من حقوقها او من مرافقها لم يدخلا ايضا لما ذكرنا بعينه ولو كان اقتصر على قوله بكل قليل وكثير هو له فيها او منها دخلا اي الزرع والثمر فيه هذا في المتصل بالارض والشجر اما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فيهما فلا يدخل ولو قال بكل قليل وكثير هو فيها ما لم ينص عليه والمجذوذ بذالين معجمتين بمعنى اي المقطوع غير ان المهملتين هنا اولى لتناسب المحصود قوله ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها لا خلاف في عدم جوازه بيع الثمار قبل ان تظهر ولا في عدم جوازه بعد الظهور قبل بدو الصلاح بشرط الترك ولا في جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به ولا في الجواز بعد بدو الصلاح لكن بدو الصلاح عندنا ان يامن العاهة والفساد وعند الشافعي هو ظهور النضج وبدو الحلاوة والخلاف انما هو في بيعها قبل بدو الصلاح على الخلاف في معناه لا بشرط القطع فعند الشافعي ومالك واحمد لا يجوز وعندنا ان كان بحال لا ينتفع به في الاكل ولا في علف الدواب خلاف بين المشايخ قيل لا يجوز ونسبه قاضي خان لعامة مشايخنا والصحيح انه يجوز لانه مال منتفع به في ثاني الحال ان لم يكن منتفعا به في الحال قد اشار محمد في كتاب الزكوة الى جوازه فانه قال في بيع الثمار في اول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى ادرك فالعشر على المشتري فلو لم يكن جائزا لم يوجب فيه العشر على المشتري وصحة البيع على هذا التقدير بناء على التعويل على اذن البائع على ما ذكرنا من قريب والا فلا انتفاع به مطلقا فلا يجوز بيعه والحيلة في جوازه باتفاق المشايخ ان يبيع المشتري اول ما تخرج مع اوراق الشجر فيجوز فيها تبعا للاوراق كانه ورق كله وان كان بحيث ينتفع به ولو علفا للدواب فالبيع جائز باتفاق اهل المذهب اذا باع بشرط القطع او مطلقا ويجب قطعه على المشتري في الحال فان باعه بشرط الترك فان لم يكن تناهى عظمه فالبيع فاسد عند الكل وان كان قد تناهى عظمه فهو فاسد عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو القياس ويجوز عند محمد استحسانا وهو قول الائمة الثلاثة واختاره الطحاوي لعموم البلوى وفي المنتقى ذكر ابو يوسف مع محمد وجه قولهما في الصورتين انه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير وهو صفقة في صفقة لانه ان شرط بلا اجرة فشرط اعارة في البيع او باجرة فشرط اجارة فيه ومثل هذا بيع الزرع بشرط الترك وجه قول محمد في المتناهي الاستحسان بالتعامل لانهم تعارفوا التعامل كذلك فيما تناهى العظم فهو شرط يقتضيه العقد وهذا دعوى الشافعي فيما تناهى عظمه وما لم يتناهى انه يجوز لان العادة تركهم اياه الى الجداد ومحمد يقول بمنعه فيه لما فيه من اشتراط الجزء المعدوم وهو الاجزاء التي تزيد بمعنى من الارض والشجر الى ان يتناهى العظم ولا يخفى ان الوجه لا يتم في الفرق لمحمد الا بادعاء عدم العرف فيما لم يتناهى عظمه اذ القياس عدم الصحة للشرط الذي لا يقتضيه العقد في المتناهي وغيره يخرج منه المتناهي للتعامل فكون ما لم يتناهى على اصل القياس انما يكون لعدم التعامل فيه والجزء المعدوم طرد ولو باع ما لا يتناهى عظمه مطلقا عن الشرط ثم تركه فاما باذن البائع اذنا مجردا او باذن في ضمن الاجارة بان استاجر الاشجار الى وقت الادراك او بلا اذن ففي الصورتين الاولين يطيب له الفضل والاكل اما في الاذن المجرد فظاهر واما في الاجارة فلانها اجارة باطلة لعدم التعارف في اجارة الاشجار والحاجة فان الحاجة ليست بمتعينة في ذلك وانما تتعين لو لم يكن مخلص الا بالاستيجار وهنا يمكن ان يشتري الثمار مع اصولها فيتركها عليها ولا يخفى ما في هذا من العسر فانه يستدعي سوار ما لا حاجة له اليه او ما لا يقدر على ثمنه وقد لا يوافقه البائع على بيع الاشجار فالاول اولى واصل الاجارة يقتضي القياس

قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به في الحال او في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح وفي المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع وهذا اذا اشتريها مطلقا او بشرط القطع وان شرط تركها على النخل فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير وهو صفقة في صفقة وهو اعارة او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة وابي يوسف لما قلنا وتحسينه محمد للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يريد بعضه من الارض والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حاله لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا وتركها على النخل وقد استتر بالنخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا فيطيب ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثم اخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع المتعذر التمييز لو اثمرت بعد القبض يشترك فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقدار الاكل في البادنجان والطبخ والمخلل ان يشتري الاصول بحصة الزيادة على ملكه

فيهما البطلان الا ان الشرع اجاز ها للحاجة فيما فيه تعامل ولا تعامل في اجارة الاشجار المجردة فلا يجوز وكذا لو استاجر اشجارا ليتخفف عليها ثيابه لا يجوز ذكره الكرخي فاذا ابطلت بقي الاذن معتبرا فيطيب بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة هنا فاسدة لان الارض يجوز اجارتها وانما فسدت لجهالة الاجل فاورثت خبثا اما هناك الاجارة باطلة والباطل لا وجود له فلم يوجد الا الاذن فطاب اما الفاسد فله وجود فكان الاذن ثابتا في ضمنه باعتباره فمنع وهناك صار الاذن مستقلا بنفسه وهذا بناء على عدم عذره بالجهل في دار الاسلام ان كان جاهلا بطلان الاجارة وفي الثالثة لا يطيب له ويتصدق بما زاد لانه حصل بجهة محظورة اما اذا باع تناهى عظمه فتركه المشتري بغير اذن البائع فانه لا يتصدق بشيء لانه لم يزد في ذاتها شيء وهذا قول المص لان هذا تغير حاله لا تحقق زيادة اي تغير من وصف الى آخر بواسطة انضاج الشمس عليه نعم عليه ثم غصب المنفعة يتعلق به لا بالعين المبيعة باثبات خبث فمنه لوجه قول الشافعي وباقي الائمة في الخلافية ما في الصحيحين عن انس رض ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع النخل حتى تزهو قيل ما تزهو قال تحمار او تصفار وفي البخاري في الزكوة عن ابن عمر رض نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها وكان اذا سئل عن صلاحها قال حتى تذهب عاهتها واخرج ابو داود والترمذي وابن ماجة عن انس رض ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد قال الترمذي حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعا الا من حديث حماد بن سلمة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولنا ما تقدم من قوله عم من اشترى نخلا قد ابرت فثمرتها للبائع الا ان يشترط المبتاع فجعله للمشتري بالشرط فدل على جواز بيعه مطلقا لانه لم يقيد دخوله في البيع عند اشتراط المبتاع بكونه بدا صلاحه وفي موطا مالك عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت ابتاع رجل ثمرة حائط في زمن النبي صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام حتى تبين له النقصان فسال رب الحائط ان يضع له او يقيله فحلف لا يفعل فذهب بالمشتري الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال يا ابي ان لا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحائط فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال هو له ولو لا صحة البيع لم تترتب الاقالة عليه اما النهي المذكور فهم قد تركوا الظاهر فانهم اجازوا البيع قبل ان يبدو صلاحها بشرط القطع وهذه معارضة صريحة لمنطوقه فقد اتفقنا على انه متروك الظاهر وهو لا يحل ان لم يكن لموجب وهو عندهم فعليه عليه السلام بقوله عليه الصلوة والسلام ارايت ان منع الله الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه فانه يستلزم ان معناه انه نهى عن بيعها مدركة قبل الادراك ومزهية قبل الزهو وقد فسر انس رض زهوها بان يحمر او تصفر وفسرها ابن عمر رض بان يامن العاهة فكان النهي عن بيعها محمرة قبل الاحمرار ومصفرة قبل الاصفرار وامنة من العاهة قبل ان يوهن عليها وذلك لان العادة ان الناس يبيعون الثمرة قبل ان تقطع فنهى عن هذا البيع قبل ان توجد الصفة المذكورة واما ما ذكرنا من نهيه عم من بيع العنب حتى يسود وهو لا يكون عنبا قبل السواد ليفيده فانه قبله حصرم فكان معناه على القطع النهي عن بيع العنب عنبا قبل ان يصير عنبا وذلك لا يكون الا بشرط الترك الى ان يصير عنبا فصار محل النهي بيع الثمرة قبل بدو الصلاح بشرط الترك الى ان يبدو الصلاح وعول عليه تعليل النبي صلى الله عليه وسلم بقوله ارايت لو منع الله الثمرة بم ياخذ احدكم مال اخيه فالمعنى اذا بعتموه عنبا قبل ان يصير عنبا بشرط الترك الى ان تصير عنبا فمنع الله الثمرة فلم تصير عنبا بم يستحل احدكم يعني البائع مال اخيه المشتري والبيع بشرط القطع لا يتوهم فيه ذلك فلم يكن متناولا للنهي فاذا صار محل النهي بيعها بشرط تركها الى ان يصلح فقد قضينا عهدة هذا النهي فانا قد افسدنا هذا البيع وبقي بيعها مطلقا غير متناول للنهي بوجه من الوجوه هذا ترك الاستدلال لهم في هذه الخلافية بالحديث اوضح فالحديث المذكور لنا فيها اعني بيت الباب

قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك رح لان الباقي بعد الاستثناء مجهول لتعذر
ما اذا باع واستثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة قال رح قالوا هذا رواية الحسن وهو قول الطحاوي
تامل فان الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد بيع
قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه

سالم من المعارض وكذلك المعنى وهو انه مبيع منتفع به في الحال او في ثاني الحال الخ وبهذا التقرير ظهر ان ليس حديث التابير عاما عارضه
خاص وهو حديث بدو الصلاح وان الترجيح هنا ينبغي ان يكون للخاص لانه مانع وحديثنا مبيح بل لا يتناول احدهما ما يتناول الآخر والحاصل
ان بيع ما لم يبد صلاحه اما بشرط القطع وهو جائز اتفاقا لانه غير متناول للنهي لما ذكرنا واما مطلقا فاذا كان حكمه لزوم القطع كان مثله
بشرط القطع فلم يبق محل النهي الا بيعها بشرط الترك ونحن قائلون بانه فاسد فلو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا اخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه
تسليم المبيع لتعذر التمييز فاشبه هلاكه قبل التسليم ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقدار
ما يمينه لانه في يده وكذا في بيع الباذنجان والبطيخ اذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشتركا كما ذكرنا وكان الحلواني يفتي بجوازه في الكل ورجح
انه مروي عن اصحابنا وكذا حكي عن الامام الفضلي وكان يقول الموجود وقت العقد اصل وما يحدث تبع نقله شمس الائمة عنه ولم يقيد عنه بكون
الموجود وقت العقد يكون اكثر بل قال عنه اجعل الموجود اصلا في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعا وقال استحسن فيه لتعامل الناس فانهم تعاملوا
بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس عن عادتهم حرج وقد رايت رواية في نحو هذا عن محمد رح وهو في بيع الورد
على الاشجار فان الورد مثلا حق ثم جوز البيع في الكل بهذا الطريق وهو قول مالك رح والمخلص من هذه اللوازم الصعبة ان يشتري اصول الباذنجان
والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث على ملكه وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمن ويستاجر الارض مدة معلومة لعلم غاية الادراك وانقضاء
الغرض فيها بينا في الثمن وفي ثمار الاشجار يشتري الموجود ويحيل له البائع ما يوجد فان خاف ان يرجع يفعل كما قال الفقيه ابو الليث في الاذن
في ترك الثمر على الشجر وهو ان ياذن المشتري على انه متى رجع عن الاذن كان ماذونا في الترك باذن جديد فيحمله له على مثل هذا الشرط

قوله ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك اجازه قياسا على استثناء شجرة معينة قلنا قياس مع الفارق لان الباقي
بعد اخراج المستثنى غير مشار اليه ولا معلوم الكيل المخصوص فكان مجهولا بخلاف الباقي بعد اخراج الشجرة فانه معلوم مقدر بالاشارة قالوا هذه
رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وهو قول الطحاوي والشافعي واحمد رح وعلى ما ذكرنا من التعليل لا يرد ما قيل ينبغي ان يجوز البيع على كل
حال لانه ان بقي شيء بعد اخراج المستثنى فظاهر وان لم يبق شيء يكون الاستثناء باطلا لانه مستغرق فيبقى الكل مبيعا لان ورود هذا على
التعليل يجوز ان لا يبقى بعد الاستثناء شيء وتعليل المصنف بجهالة المبيع وهو يوجب الفساد وان ظهر ارتفاعها بالآخرة واتفق ان بقي مقدار
معين لان الجهالة القائمة قبل ذلك في الحال هي المفسدة قال المصنف رح فاما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد
عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد بيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه وبخلاف استثناء الحمل من الجارية والحامل او الشاة و
اطراف الحيوان لا يجوز كما اذا باع هذه الشاة الا اليتها او هذا العبد الا يده فيصير مشتركا متميزا بخلاف ما لو كان مشتركا على الشيوع فانه جائز
وانما قال ينبغي لان جواب هذه المسئلة ليس مصرحا به في ظاهر الرواية وهو ان كل ما جاز افراده بايراد العقد عليه جاز استثناؤه ويصير البائع
مبيعا الا ان عدم الجواز اقيس بمذهب ابي حنيفة رح في مسئلة بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فانه افسد البيع لجهالة قدر المبيع وقت العقد
وهو لازم في استثناء ارطال معلومة مما على الاشجار وان لم يفض الى المنازعة فالحاصل ان كل جهالة مفضية الى المنازعة مبطلة تحقيقا لما
ان ما لم يفض اليها يصح مقابل لا بد مع عدم المفضية الى المنازعة في الصحة من كون البيع على حدود الشرع الا يرى ان المتبايعين

ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلا في قشره وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الباقلا الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربا لانه لا يدري قدر ما في السنابل ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع به بدونه

قدر تيرا نسيان على شرط لا يقتضيه العقد وعلى البيع باجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه ولا يعتبر ذلك مصحا واما ما قيل في توجيه المنع لئلا المبيع لا يبلغ الا بتلك الارطال فيعيد اذ المشاهدة تفيد كون تلك الارطال يستغرق الكل اولى فلا يرضى المشتري رح بذلك الاستثناء **قوله** ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلا في قشره وكذلك الارز والسمسم وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الباقلا الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع الحنطة في السنبل قولان واجاز بيع الشعير الذرة وعندنا يجوز ذلك كله له ان المقصود وهو المبيع مستور بما لا منفعة فيه فلا يجوز بيعه كتراب الصاغة اذا بيع بجنسه بجامع استتاره بلا منفعة فيه والمعول في استدلاله نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وفي هذا غرر فانه لا يدري قدر الحنطة الكائنة في السنابل والمبيع ما اريد الا الحب لا السنابل فيرجع الى جهالة قدر المبيع والزم على هذه ان لا يجوز بيع اللوز ونحوه في قشره الثاني لكنه ترك لتعامل المتوارث ولنا ما روي انه عم نهى عن بيع النخل حتى تزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض رواه مسلم واصحاب السنن الاربعة ويقال زهى النخل والتمر يزهو وازهى لغة وفي الاشتقاق عن الزهو لغتان وانكر الاصمعي الرباعية يزهي كما نقل الزمخشري عن العين الكان يزهو الثلاثية لا يقال انتم لم تعملوا بصدر الحديث لانا نقول قد بينا انا عاملون فان الاتفاق على انحطاط البنى على بعيها بشرط التمسك الى الزهو وقد منعناه ولانه مال متقوم معلوم فيجوز بيعه كالشعير في سنبله بخلاف بيعه بمثله في سنبلة الحنطة لاحتمال الربا اما انه مال متقوم فظاهر واما انه معلوم فشار اليه وبالاشارة كفاية في التعريف اذ المانع من رؤيته فيها لا يخل بدركه قدره في الجملة وليس معرفته على التحرير شرطا والا امتنع بيع الصبرة المشاهدة واورد المطالبة بالفرق بين ما اذا باع حب قطن في قطن بعينه او نوى تمر في تمرة بعينه اي باع ما في هذا القطن من الحب وما في هذا التمر من النوى فانه لا يجوز مع انه ايضا في غلافه اشار ابو يوسف رح الى الفرق بان النوى هناك معتبر عادة بالكافي العرف فانه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى في تمرة ولا حب في قطنه ويقال هذه حنطة في سنبلها وهذا لوز وفستق ولا يقال هذه قشور فيها لوز ولا يذهب اليه وهم بخلاف تراب الصاغة فانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى لو باع بخلاف جنسه جاز وما ذكرنا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن في الضرع واللحم والشحم في الشاة والالية والاكارع والجلد فيها والدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون والعصير في العنب ونحو ذلك حيث لا يجوز لان كل ذلك منعدم في العرف لا يقال هذا عصير وزيت في محله فكذا الباقي واعلم ان الوجه يقتضي ثبوت الخيار للمشتري بعد الاستخراج في ذلك كله لانه لم يره **قوله** ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها المراد بالغلق ما تسمية خشبة وهذا اذا كانت مركبة لانها تركب للبقاء الا اذا كانت موضوعة في الدار ولهذا لا تدخل الاقفال في بيع الحوانيت لانها لا تركب وانما تدخل الالواح وان كانت منفصلة لانها في العرف كالابواب المركبة والمراد بهذه الالواح ما تسمى في عرفنا بمصراريت الدكان وقد ذكر فيها عدم الدخول ولا معول عليه وقوله لانه لا ينتفع الا به يفيد ان يدخل تبعا للغلق يعني لا ينتفع بالغلق الا بالمفتاح واذا دخل الغلق دخل المفتاح كما لو اشترى غلقا فانه يدخل مفتاحه واورد عليه انه يلزم ان يدخل الطريق في بيع الدار وهو لا يدخل مع انه لا ينتفع بها الا به اجيب بمنع ان شراء الدار مقصور على الانتفاع بذاتها بل قد يكون لغرض مجرد الملك ليأخذ بالشفعة او استلمها او يتجر بها وكذا لما كان العقد عليها مقصورا على ذلك كما في الاجارة ادخلنا الطريق **فرع** ينبغي ما نحن فيه من حيث انه يتناوله البيع بلا تنصيص من المالك عليه وان كان من معنى آخر اشترى ما يتسارع اليه الفساد ولم يقبضه المشتري ولم ينقد الثمن حتى غاب كان للبائع ان يبيعه من آخر ويحل للمشتري الثاني ان يشتريه وان كان يعلم بالحال لان المشتري الاول رضي بهذا فسخ دلالة

قال واجرة الكيال وناقد الثمن على البائع اما الكيل فلانه منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا البيع مكايلة وعند
اجرة الوزان والذراع والعداد واما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد رح لان النقد يكون بعد التسليم الا ترى انه يكون
بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما يتعلق به حقه من غيره او ليعرف العيب ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه
على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال واجرة وزان
الثمن على المشتري لما بينا انه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن
اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة قال
ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين وعدمه فلا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع

فيعمل للبائع بيعه وحل للمشتري ان يشتريه وانما كتبتها لانها كثيرا ما تقع في الاسواق **قوله** واجرة الكيال ووزان المبيع وذراعه وعداده
ان كان البيع بشرط الكيل او الوزن او الذراع او العد على البائع لان عليه ايفاء المبيع ولا يتحقق ذلك الا بكيله ووزنه ونحوه ولان بكل
من ذلك يميز ملكه عن ملك غيره ومعلوم ان الحاجة الى هذا اذا باع مكايلة او موازنة ونحوه اذ لا يحتاج الى ذلك في المجازفة واجرة وزان
الثمن على المشتري باتفاق الائمة الاربعة لانه يحتاج الى تسليم الثمن وتمييزه عنه فكانت مؤنة عليه واما اجرة الناقد الثمن فاختلفت الرواية
والمشائخ فروى ابن رستم عن محمد انه على البائع وهو المذكور في المختصر ووجهه ان النقد يحتاج اليه بعد التسليم فح يكون في يد البائع وهو المحتاج
اليه لاحتياجه الى تمييز حقه وهو الجياد عن غير حقه وروى ابن سماعة عنه انه على المشتري وبه كان يفتي الصدر الشهيد لانه يحتاج الى تسليم الجيد
وتعرفه بالنقد كما يعرف المقدار بالوزن فكان هو المحتاج اليه وعن محمد اجرة النقد على من عليه الدين كما في الثمن انه على المشتري الا اذا قبض
الدين ثم ادعى عدم النقد فالاجرة على رب الدين وفي الخلاصة الصحيح انه على المشتري وكذا قال القدوري انه على المشتري الا اذا قبض البائع
الثمن ثم جاء يرده بعيب لزيافة قال واختار في الواقعات انه على المشتري وفي باب العين لو اشترى حنطة مكايلة فالكيل على البائع وصبها
في وعاء المشتري على البائع ايضا هو المختار وفي المنتقى اخراج الطعام من السفن على المشتري ولو اشترى حنطة في سنبلها فعلى البائع تحصيلها
بالدرس والتذرية ودفعها الى المشتري وهو المختار وقطع العنب المشتري جذاذا على المشتري وكذا كل شيء باعه جذاذا كالثوم والبصل
والجوز اذا خلا بينهما وبين المشتري وكذا قطع الثمر يعني اذا خلا البائع بينها وبين المشتري الكل من الخلاصة **قوله** ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري
ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لانه قبل القبض لم يتعين ولو عين دراهم اشترى
بها لما عرف انها لا تتعين بالتعيين في البيع فلا بد من تقدم قبضها ليتساويا ولو كان المبيع غائبا لا يلزم المشتري دفع الثمن وللبائع حبس جميع
المبيع ولو بقي من ثمنه درهم واحد ولا يسقط حق حبس البائع للمبيع ولو اخذ بالثمن كفيلا او رهن المشتري به رهنا اما لو احال البائع به
عليه وقيل سقط حق الحبس وكذا اذا احال المشتري البائع به عند ابي يوسف وعن محمد رح فيه روايتان في رواية كقول ابي يوسف رح
وفي رواية اذا احال البائع رجلا به سقط واذا احال المشتري البائع به لا يسقط وما لم يسلم المبيع هو في ضمان البائع في جميع زمان حبسه
فلو هلك في يد البائع بفعله او بفعل المبيع نفسه بان كان حيوانا فقتل نفسه او بامر سماوي بطل البيع فان كان قبض الثمن اعاده الى المشتري
وان كان بفعل المشتري فعليه ثمنه ان كان البيع مطلقا او بشرط الخيار للمشتري وان كان الخيار للبائع او كان البيع فاسدا لزمه ضمان
مثله ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا وان هلك بفعل اجنبي فالمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وعاد البيع الى ملك البائع ويضمن له الاجنبي
في المثلي المثل والا فالقيمة فان كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل لا يطيب له وان كان من خلافه طاب وان شاء اختار البيع واتبع
الاجنبي في الضمان فان له ذلك وعليه الثمن للبائع فان كان في الضمان فضل فعلى ذلك التفصيل **قوله** ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما
سلما معا لاستوائهما في تعيين حق كل منهما قبل التسليم فايجاب تقديم دفع احدهما بعينه على الآخر تحكم فيدفعان معا ولا بد من معرفة التسليم
والتسلم الموجب للبراءة في التجريد تسليم المبيع ان يخلي بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل وكذا تسليم الثمن وفي الاجناس
يعتبر في صحة التسليم ثلثة معان ان يقول خليت بينك وبين المبيع وان يكون المبيع بحضرة المشتري على صفة يتاتى فيه الفعل من غير مانع

باب خيار الشرط

قال خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلثة ايام فما دونها

وان يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره وعن الوبري المتاع لغير البائع لايمنع فلو اذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة عنده وكان ابو حنيفة رح يقول القبض ان يقول خليت بينك وبين المبيع فاقبضه ويقول المشتري وهو عند البائع قبضته فان اخذه براسه وصاحبه عنده نقاده فهو قبض دابة كان او بعيرا وان كان غلاما او جارية فقال له المشتري تعال معي او امش فمضا معه فهو قبض وكذا لو ارسله في حاجته وفي الثوب ان اخذه بيده او خلا بينه وبينه وهو موضوع على الارض فقال خليت بينك وبينه فاقبضه فقال قبضته فهو قبض وكذا القبض في البيع الفاسد بالتخلية ولو اشترى حنطة في بيت ودفع البائع المفتاح اليه وقال خليت بينك وبينها فهو قبض وان دفعه ولم يقل شيئا لايكون قبضا ولو باع دارا غائبة فقال سلمتها اليك فقال قبضتها لم يكن قبضا وان كانت قريبة كان قبضا وهي ان تكون بحال يقدر على اغلاقها فهي بعيدة واطلق في المحيط ان بالتخلية يقع القبض وان كان البيع يبعد عنها وقال الحلواني ذكر في النوادر اذا باع ضيعة وخلا بينها وبين المشتري ان كان يقرب منها يصير قابضا او يبعد لا يصير قابضا قال والناس عنه غافلون وانهم يشترون الضيعة بالسواد ويقرون بالتسليم والقبض وهو لا يصح به القبض وفي جامع شمس الائمة يصح القبض فان كان العقار غائبا عنهما عند ابي حنيفة خلافا لهما وفي جميع النوازل دفع المفتاح في بيع الدار تسليم اذا تهيأ له فتحه من غير تكلف وكذا لو اشترى بقرا في السرج فقال البائع اذهب فاقبض ان كان يرى بحيث يمكنه الاشارة اليه يكون قبضا ولو باع خلا او نحوه في دن وخلا بينه وبين المشتري في دار نفسه وختم المشتري على الدن فهو قبض ولو اشترى ثوبا فامره البائع بقبضه فلم يقبضه حتى اخذه انسان ان كان حين امره بقبضه امكنه من غير قيام صح التسليم فان كان لا يمكنه الا بالقيام لا يصح ولو اشترى طيرا في بيت والباب مغلق فامره البائع بالقبض فلم يقبضه حتى هبت ريح ففتحت الباب فطار لا يصح التسليم وان فتحه المشتري فطار صح التسليم لانه يمكنه التسليم بان يحتاط بالفتح ولو اشترى فرسا في حظيرة فقال البائع سلمتها اليك ففتح المشتري الباب فذهب الفرس ان امكنه اخذه من غير عون كان قبضا وهو تاويل مسئلة الطير وفي مكان آخر من غير عون ولا حيل ولو اشترى دابة والبائع راكبها فقال المشتري احملني معك فحمله فعطبت هلكت على المشتري قال القاضي الامام هذا اذا لم يكن على الدابة سرج فان كان عليها سرج وركب المشتري في السرج يكون قابضا والا فلا ولو كان راكبين قباع المالك منهما الآخر لا يصير قابضا كما اذا باع الدار والبائع والمشتري فيها ❊

باب خيار الشرط قد عرف ان البيع علة الحكمة من لزوم تعاكس الملكين في البدلين والاصل لا يتخلف حكم العلة عنها فقدم هو الاصل ثم شرع بذكر ما يتعلق بالعلة التي تخلف عنها مقتضاها وهو البيع بشرط الخيار وظهر ان شرط الخيار مانع ثابت على خلاف القياس لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ويقال للبيع المشروط فيه الخيار علة اسما ومعنى لا حكما وللمستلزم علة اسما ومعنى وحكما وقد عرف ذلك من اصطلاحهم في الاصول والموانع خمسة اقسام مانع يمنع انعقاد العلة وهو حرية المبيع فلا ينعقد البيع في الحر لانها لا تنعقد الا في محلها ومحل البيع المال والحر ليس بمال فلا وجود للبيع اصلا فيه كانقطاع الوتر يمنع اصل الرمي بعد القصد اليه ومانع يمنع تمام العلة وهو البيع المضاف الى مال الغير كاصابة السهم بعد الرمي حائطا فرده عن سننه ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه على مثال استقرار المرمي اليه بترس يمنع من اصابة الغرض منه ومانع يمنع من تمام الحكم بعد ثبوته كخيار الرؤية للمشتري ومانع يمنع لزومه كخيار العيب واضافة الخيار الى الشرط على حقيقة الاضافة

والاصل فيه ما روى ابن حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رض كان يغبن في البياعات فقال له النبي عليه السلام اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة

وهي اضافة الخيار الى سببه اذ سببه الشرط وحين ورد شرعية جعلناه داخلا في الحكم مانعا من ثبوته تعليلا لعلة بقدر الامكان وذلك لان عمل
اثبات الحظر في ثبوت الملك وبذلك يشبه القمار فقلنا شبهه ولقائل ان يقول القمار ما حرم بمعنى الحظر بل باعتبار تعليق الملك بما لم يضعه
الشرع سببا للملك فان الشارع لم يضع ظهور العدد للفلاني في ورقة مثلا سببا للملك والخطر طرد في ذلك لا اثر له نعم يتجه ان يقال اعتبرناه
في الحكم تعليلا بخلاف الاصل واما كونه فيه غرر وقد نهى عن بيع الغرر في المبيع وهذا في ان الملك هل يثبت اولا **قوله** خيار الشرط جائز في البيع
للبائع والمشتري ولهما ثلاثة ايام يروى بنصب ثلاثة ايام على الظرف اي في ثلاثة ايام ويرفعها على انه خبر مبتدا محذوف اي هو ثلاثة
ولا يخفى ما فيه والصواب ان تقدر مدته ثلاثة ايام ثم في فتاوى قاضي خان اذا شرط الخيار لهما لا يثبت حكم العقد اصلا ويثبت الخيار في البيع
الفاسد كالصحيح **قوله** والاصل فيه ما روى ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رض كان يغبن في البياعات الحديث روى الحاكم في المستدرك
من حديث محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر قال كان حبان بن منقذ رجلا ضعيفا وكان قد اصابته في راسه مامومة فجعل له رسول الله صلى الله
عليه وسلم الخيار الى ثلاثة ايام فيما اشتراه وكان قد ثقل لسانه فقال له النبي صلى الله عليه وسلم بع وقل لا خلابة وكان يشتري الشيء فيجيء
الى اهله فيقولون له هذا غال فيقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد خيرني في بيعي وسكت عليه وحبان بفتح الحاء ومنقذ بالمعجمة ورواه الشافعي
من طريق محمد بن اسحق قال اخبرنا سفين عن محمد بن اسحق به ثم قال الشافعي رح والاصل في بيع الخيار انه فاسد ولكن لما شرط رسول الله صلى الله
عليه وسلم في المصراة خيار ثلاثة ايام في البيع وروي انه جعل لحبان بن منقذ خيار ثلث فيما ابتاع انتهينا الى ما قال صلى الله عليه وسلم واخرجه البيهقي
في سننه عن ابن عمر سمعت رجلا من الانصار يشكو الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه لا يزال يغبن في البيوع فقال له اذا بايعت فقل
لا خلابة ثم انت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ايام قال ابن اسحق فحدثت به محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو قد اصيب
في راسه وكان يغبن في البيع فذكر نحوه ورواه ابن ماجه عن محمد بن يحيى بن حبان قال هو جدي منقذ بن عمرو وكان قد اصابت امه
في راسه فكسرت لسانه وكانه لا يدع على ذلك التجارة وكان لا يزال يغبن فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك الحديث وهو يقتضي ان
المقول له منقذ بن عمرو لا حبان ابنه ولا شك ان هذا منقطع وغلط من عزاه لابي داود وكذا رواه البخاري في تاريخه الاوسط عن محمد بن يحيى
بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو فذكره قال وعاش مائة وثلاثين سنة والحديث وان دار على ابن اسحق فالاكثر على توثيقه ورجح مالك
بما قال فيه ذكر ذلك السهيلي في الروض الانف وكذا رواه ابن ابي شيبة عن محمد بن يحيى بن حبان قال قال عليه الصلوة والسلام لمنقذ بن عمرو
قل لا خلابة واذا بعت بيعا فانت بالخيار فلا شك ان كون الواقعة لحبان ارجح لان هذا منقطع وذلك موصول هذا وشرط الخيار مجمع عليه واما
ما روي في الموطا الصحيح عن ابن عمر ان رجلا ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم انه كان يخدع في البيوع فقال اذا بايعت فقل لا خلابة والخلابة الخديعة
فليس فيه دليل على المقصود والعجب ممن قال الاصل في جواز شرط الخيار ثم ذكر هذا الحديث وهو لا يمس المطلوب **فروع** يجوز الحاق خيار الشرط بالبيع
لو قال احدهما بعد البيع ولو بايام جعلتك بالخيار ثلاثة ايام صح بالاجماع حتى لو شرط الخيار بعد البيع البات شهرا او رضيا به فسد العقد عند ابي حنيفة رح
خلافا لهما ولو الحقا به شرطا فاسدا بطل الشرط ولا يفسد العقد في قولهما ويفسد في قول ابي حنيفة رح ولو باع على انه بالخيار على ان لفلان
ويستخدمه جاز وهو على اختياره ولو قال في بيع البستان على انه بالخيار على ان له ان ياكل من ثمرته لا يجوز لان الثمرة له حصة من الثمن وليس لها

ولا يجوز اكثر منها عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والشافعي رح وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رض
انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى
الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن ولابي حنيفة رح ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانه ما جوزناه بخلاف
القياس بما رويناه من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة

ان يطالب بالثمن قبل ان يسقط المشتري خياره ولو قال له انت بالخيار كان له خيار ذلك المجلس فقط ولو قال الى الغد فعند ابي حنيفة رح
يستمر الى ان يخرج وقت الغد وعندهما لا يدخل الغاية **قوله** ولا يجوز اكثر منها اي من ثلاثة ايام عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والشافعي
كما لا يجوز عند ابي حنيفة اذا زاد على ثلاثة كذلك لا يجوز اذا اطلق وقالا لا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رض انه اجاز البيع
الى شهرين وهذا دليل جواز الدعوى لانها جوزاه اكثر من ثلثة ايام طالت المدة او قصرت وحديث ابن عمر رض يفيد جواز اكثر من الثلاثة مدة
خاصة لا غير ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس حاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن شرع للحاجة الى التاخير
مخالفا لمقتضى العقد ثم جاز اي مقدار تراضيا عليه وبقولهما قال احمد لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وقال مالك اذا كان المبيع
مما لا يبقى اكثر من يوم كالفاكهة لا يجوز ان يشترط الخيار فيه اكثر من يوم وان كان وضيعة لا يمكن الوقوف في ثلثة ايام ويجوز ان يشترط اكثر من الثلاثة
لانه شرع للحاجة ويمكن ان يقال لم يتعين اشتراط الاكثر طريقا لانه ان كان لامكان ان يذهب فيراها قبل الشراء ثم يشتري لا حاجة الى شرط الخيار اصلا لان خيار الرؤية
ثابت له وقد تاخرت رؤيته سنة وان كان للتروي في امر هل يساوي الثمن المذكور او لا وهي منتفع بها على الكمال او لا ون لم يربا فهذا لا يتوقف على اكثر من الثلاثة لا يعرف
بالسؤال والمراجعة للعارفين وذلك يحصل في مدة الثلاث واما ما يتسارع اليه الفساد فحكمه مسطور في فتاوى القاضي اشترى شيئا يتسارع اليه
الفساد على انه بالخيار ثلاثة ايام في القياس لا يجبر المشتري على شيء وفي الاستحسان يقال للمشتري اما ان تفسخ البيع واما ان تاخذ المبيع
ولا شيء عليك من الثمن حتى يجيز البيع او يفسد المبيع عندك دفعا للضرر من الجانبين وهو نظير ما لو ادعى في يد رجل بشراء شيء يتسارع اليه الفساد
كالسمكة الطرية وجحد المدعى عليه اقام المدعي البينة ويخاف فسادها في مدة التزكية فان القاضي يامر مدعي الشراء ان ينقد الثمن وياخذ السمكة ثم
القاضي يبيعها من آخر وياخذ ثمنها ويضع الثمن للاول والثاني على يد عدل فان عدلت يقضي للمدعي الشراء بالثمن الثاني ويدع الثمن
الاول للبائع ولو ضاع الثمنان عند العدل يضيع الثمن الثاني من مال مدعي الشراء لان بيع القاضي كبيعه ولو لم تعدل البينة فانه يضمن قيمة
السمك للمدعي عليه لان المبيع لم يثبت وبقي اخذ مال الغير بجهة البيع فيكون مضمونا عليه بالقيمة والوجه يقتضي ان هذا فيما اذا كان المبيع في
يد البائع واما اذا كان في يد المشتري فلا يلزمه شيء لانه اذا فسد لزمه الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان الخيار للبائع والله اعلم وجه
قول ابي حنيفة رح ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم ثبت نصا على خلاف القياس في المدة المذكورة للتروي فيما يدفع الغبن
عنه ولا شك ان النظر لاستكشاف كونه في هذا المبيع مغبونا او غير مغبون بما يتم في ثلاثة ايام بل في اقل منها فان معرفة كونه مغبونا في هذه الصفقة
او لا ليس من المعلوم البالغة في الخفاء والاشكال ليحتاج في حصول الى مدة تزيد عليها فكان الزائد على الثلاث ليس في محل الحاجة اليه لحصول
المعنى المذكور فلا يجوز الحاقه بالثلث دلالة كما لا يجوز بالقياس ولو فرض من الغباوة بحيث لا يستفيد كونه مغبونا لم يقدر ولا يبنى الفقه
باعتبار ولان مثله زائل العقل وبهذا يظهر ان قول ابن الجوزي في التحقيق في حديث حبان انه خرج مخرج الغالب غير صحيح ولانه عليه
الصلوة والسلام ضرب الثلاث لمن كان غاية في ضعف المعرفة على ما ذكر من امر حبان انه كان رجلا ضعيفا وكانت بداخله ماموتة افسدت
عقله وانه منقذ وكان قد اصابته امة في راسه فكسرت لسانه وناعت عقله وبلغ من السن مائة وثلاثين كما في تاريخ البخاري الاوسط فاي
غاية تزيد على هذه من الضعف الا عدم العقل بالكلية ومع ذلك لا يجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم سوى ثلاثة ايام ولا شك

الا انه اذا اجازه في الثلث جاز عند ابي حنيفة رح خلافا لزفر هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا باع الدرهم بدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد لا يقع صحيحا او باع عبدا بالف ورطل خمر ثم اسقط ذهب الان البقاء على حسب الثبوت فان الباقي هو الذي كان قد ثبت ولابي حنيفة انه اي من له الخيار اسقط المفسد وهو اشتراط اليوم الرابع قبل تقرره او قبل ثبوته وتحققه لان ثبوته بمضي ثلاثة ايام فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم وعلمه في المجلس فرضي به وهذا لان المفسد ليس هو شرط الخيار بل وصله بالرابع وهو يعرض الفصل قبل مجيئه فاذا اسقط فقد تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صحيحا ثم اختلف المشايخ في حكم هذا العقد في الابتداء فعند مشايخ العراق حكمه الفساد بحسب الظاهر دفعا على الشرط فاذا اسقط تبين الامر خلاف الظاهر فينقلب صحيحا وقال مشايخ خراسان والامام السرخسي وفخر الاسلام وغيرهما من مشايخ ما وراء النهر هو موقوف وبالاسقاط قبل الرابع ينعقد صحيحا واذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن وهو الاوجه كذا في الظهيرية والذخيرة وذكر الكرخي نصا عن ابي حنيفة رح ان البيع موقوف على اجازة المشتري واثبت للبائع حق الفسخ قبل الاجازة لان لكل من المتعاقدين حق الفسخ في البيع الموقوف ولا يخفى انه لا معنى للفساد بحسب الظاهر دون الباطن الا عدم الفساد في نفس الامر الى ان يدخل الرابع فيثبت الفساد في نفس الامر فحقيقة القولين لا فساد قبل الرابع بل موقوف ولا يتحقق الخلاف الا ان يكون الفرض ان الفساد ثابت على وجه يرتفع شرعا باسقاط خيار الرابع قبل مجيئه وهذا هو ظاهر الهداية حيث قال ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وقوله وهذا على الوجه الاول يعني قوله اسقط المفسد قبل تقرره وهو كالقلب فان التعليل هو الذي يبنى على الاصل لا ان اصل القاعدة يبنى على التعليل والجواب عن المسائل المقيس عليها لزفر ان الفساد فيها في صلب العقد لانه بسبب المبيع وهو البدل فلم يمكن رفعه وههنا في شرطه وكما ينقلب العقد جائزا اذا اسقط الخيار قبل مضي الثلاثة كذلك لو اعتق العبد او مات العبد او المشتري او حدث به ما يوجب لزوم البيع ينقلب جائزا في قول ابي حنيفة رح ويلزمه الثمن **قوله** ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما جاز والمنتفع بهذا الشرط هو البائع وكذا لو قبض الثمن وقال ان رده البائع الى ثلاثة ايام فلا بيع جاز هذا البيع بهذا الشرط ويصير كخيار الشرط حتى اذا قبض المشتري المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو اعتقه المشتري لا ينفذ عتقه

الا انه اذا اجازه في الثلث جاز عند ابي حنيفة رح خلافا لزفر هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا باع بالرقم وعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجازه قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد ليس بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما جاز الى اربعة ايام لا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز الى اربعة ايام او اكثر فان نقد في الثلث جاز في قولهم جميعا والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مسيسة الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر ابو حنيفة على اصله في الملحق به ونفي الزيادة على الثلث وكذا محمد في تجويز الزيادة وابو يوسف اخذ في الاصل بالاثر وفي هذه المسئلة بالقياس وفي هذه المسئلة قياس آخر اليه مال زفر هو انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منافيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد اولى وجه الاستحسان ما بينا في منع الزائد مع انه وجد في السمع ما ينفيه صريحا وهو وان لم يبلغ درجة الحجة ولا شك انه يستانس به بعد تمام الحجة وهو ما روى عبد الرزاق من حديث ابان بن ابي عياش عن انس ان رجلا اشترى من رجل بعيرا وشرط عليه الخيار اربعة ايام فابطل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع وقال الخيار ثلاثة ايام الا انه اعل بابان مع الاعتراف بانه كان رجلا صالحا وكذا اخرج الدارقطني عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الخيار ثلاثة ايام وفيه احمد بن مسيرة متروك واما ما استدلوا به من حديث ابن عمر المذكور في الكتاب فلا يعرف في شيء من كتب الحديث والآثار واما القياس على الاجل فنقول بموجبه ولا يضرنا فان الشارع لما شرع الاجل على خلاف القياس شرعه مطلقا فعلمنا باطلاقه ههنا لما شرع الخيار شرعه مقيدا بثلاثة ايام او ثلاث ليال فعلمنا تقييده حتى انه لو شرع الاجل ايضا مقيدا بمدة كنا نقول لا نزاد عليها ايضا ولوجود الاقتصار على مورد النص نقل عن سفيان الثوري وابن شبرمة ان شرط الخيار للبائع لا يجوز لان نفس الخيار ما ورد الا للمشتري قلنا ممنوع بل للاعم فانه صلى الله عليه وسلم قال له اذا بايعت وهو يصدق بكونه بائعا ومشتريا **قوله** الا استثناء من قوله ولا يجوز اكثر منها اي لا يجوز في وقت من الاوقات الا في وقت اجازته داخل الثلاثة عند ابي حنيفة رح خلافا لزفر وبه قال الشافعي رح هو اي زفر يقول انه اي العقد انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا باع الدرهم بدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد لا يقع صحيحا او باع عبدا بالف ورطل خمر ثم اسقط ذهب الان البقاء على حسب الثبوت فان الباقي هو الذي كان قد ثبت ولابي حنيفة انه اي من له الخيار اسقط المفسد وهو اشتراط اليوم الرابع قبل تقرره او قبل ثبوته وتحققه لان ثبوته بمضي ثلاثة ايام فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم وعلمه في المجلس فرضي به وهذا لان المفسد ليس هو شرط الخيار بل وصله بالرابع وهو يعرض الفصل قبل مجيئه فاذا اسقط فقد تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صحيحا ثم اختلف المشايخ في حكم هذا العقد في الابتداء فعند مشايخ العراق حكمه الفساد بحسب الظاهر دفعا على الشرط فاذا اسقط تبين الامر خلاف الظاهر فينقلب صحيحا وقال مشايخ خراسان والامام السرخسي وفخر الاسلام وغيرهما من مشايخ ما وراء النهر هو موقوف وبالاسقاط قبل الرابع ينعقد صحيحا واذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن وهو الاوجه كذا في الظهيرية والذخيرة وذكر الكرخي نصا عن ابي حنيفة رح ان البيع موقوف على اجازة المشتري واثبت للبائع حق الفسخ قبل الاجازة لان لكل من المتعاقدين حق الفسخ في البيع الموقوف ولا يخفى انه لا معنى للفساد بحسب الظاهر دون الباطن الا عدم الفساد في نفس الامر الى ان يدخل الرابع فيثبت الفساد في نفس الامر فحقيقة القولين لا فساد قبل الرابع بل موقوف ولا يتحقق الخلاف الا ان يكون الفرض ان الفساد ثابت على وجه يرتفع شرعا باسقاط خيار الرابع قبل مجيئه وهذا هو ظاهر الهداية حيث قال ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وقوله وهذا على الوجه الاول يعني قوله اسقط المفسد قبل تقرره وهو كالقلب فان التعليل هو الذي يبنى على الاصل لا ان اصل القاعدة يبنى على التعليل والجواب عن المسائل المقيس عليها لزفر ان الفساد فيها في صلب العقد لانه بسبب المبيع وهو البدل فلم يمكن رفعه وههنا في شرطه وكما ينقلب العقد جائزا اذا اسقط الخيار قبل مضي الثلاثة كذلك لو اعتق العبد او مات العبد او المشتري او حدث به ما يوجب لزوم البيع ينقلب جائزا في قول ابي حنيفة رح ويلزمه الثمن **قوله** ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما جاز والمنتفع بهذا الشرط هو البائع وكذا لو قبض الثمن وقال ان رده البائع الى ثلاثة ايام فلا بيع جاز هذا البيع بهذا الشرط ويصير كخيار الشرط حتى اذا قبض المشتري المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو اعتقه المشتري لا ينفذ عتقه

قال: وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا تتم مع الخيار وهذا لو اعتقه ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع فلو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار فيضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالصحيح المطلق

ولو اعتقه البائع نفذ والى اربعة ايام لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف فان نقد الثمن قبل مضي الثلاثة تم البيع فان لم ينقد فيها فسد البيع ولا ينفسخ نص عليه ظهير الدين وقال لابد من لفظ هذه المسئلة حتى لو اعتقه المشتري وهو في يده عتق لان كان في يد البائع وقال محمد يجوز الى اربعة ايام واكثر على قياس قوله في شرط الخيار فان دفع الثمن في الثلاثة جاز في قولهم جميعا والاصل فيه اي في صحة هذا البيع الى ثلاثة ايام في الثمن ان هذا في معنى اشتراط الخيار فيلحق به دلالة لا قياسا والدلالة لا يشترط فيها سوى التساوي وفهم الملحق بمجرد فهم الاصل مع فهم اللغة وكل من علم صحة اشتراط الخيار للمتروي ثلاثة ايام لكل من المتبايعين يتبادر اليه ان شرعيته للمتروي لدفع ضرر الغبن في المبيع والثمن فيتبادر اليه جوازه لدفع الغبن في الثمن للمماطلة وكون هذا ينفسخ بتمام المدة قبل دفع الثمن وذلك يبرم بتمامها بلا رد لا اثر له لان المعتبر في الدلالة الاشتراك في الجامع الذي يفهمه من فهم اللغة الا انك سمعت انه لا ينفسخ بتمامها بل يرجع فاسدا وقد مر ابو حنيفة رح على اصله في الملحق به وهو انه لا يزاد على الثلاثة وكذلك في الملحق وكذا محمد حيث جعله جائزا بلا تقييد بمدة وابي يوسف فرق فاخذ في الاصل بالاثر يعني اثر ابن عمر في جواز شرط الخيار اكثر من ثلاثة ايام واخذ في هذه المسئلة بالقياس اي من نفي الزائد على الثلاثة واما في الثلاثة فبحديث ابن البرحا على ما سنذكره وله في خيار التعيين بناء على ما ذكر عن ابي يوسف هنا وقد روي عنه انه رجع الى قول محمد رواه الحسن بن ابي مالك عنه وفي شرح المجمع الاصح انه مع ابي حنيفة رح وكثير من المشايخ لم ترجحوا عنه شيئا وحكموا على قوله بالاضطراب وفي هذه المسئلة قياس آخر يقتضي ان لا يجوز هذا البيع اصلا وهو انه بيع شرطت فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم دفع الثمن في ثلاثة الايام والاقالة لا تتعلق بالشرط لان فيها معنى التمليك حتى جعلت بيعا جديدا في حق ثالث وهو لو شرط الاقالة الصحيحة وهي لم تتعلق بالشرط بان قال بعتك على ان اقيلك وتقبلها او قال اشتريت منك على ان تقيلني لا يصح لانه شرط لا يقتضيه العقد فاشتراط الفاسدة اولى وبهذا القياس قال زفر ومالك والشافعي واحمد فكلهم منعوا صحة البيع والوجه عليهم ما قدمناه من الالحاق بالدلالة لا بالقياس وهو المراد بقول المصنف رح وجه الاستحسان ما بينا **قوله** وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب الذي هو البيع بالمراضاة لما عرف من قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ولا تتم الرضا مع الخيار لانه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه فلم يتم السبب في حق البائع فانه لا يعمل الا مع وجود الشرط وهو الرضا ولا يوجب حكمه في حقه ولا يخرج المبيع عن ملكه فلهذا تصرفه فيه فنفذ عتقه فيه ولو كان في يد المشتري ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع لبقاء ملك البائع فيه بلا اختلال وبالتعليل المذكور يعرف ان خيار المشتري يمنع خروج الثمن من ملكه لاتحاد نسبته الى كل من له الخيار وانه اذا كان الخيار لهما لا يخرج المبيع من ملك البائع ولا الثمن من ملك المشتري ولو قبض المشتري المبيع وكان الخيار للبائع هلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا في حق المبيع ولا يملك نفاذه بالهلاك لانه لا نفاذ بلا محل فبقي في يدي المشتري مقبوضا لا على وجه الامانة المحضة كالوديعة والاعارة كما نقل عن بن ابي ليلى رح انه لم يضمنه لانه ما رضي البائع بقبضه الا على جهة العقد فاقل ما فيه ان يكون كالمقبوض على سوم الشراء وفي المقبوض على سوم الشراء القيمة اذا هلك وهو قيمي والمثل في المثلي اذا كان القبض بعد تسمية الثمن اما اذا لم يسم ثمن فلا ضمان في الصحيح وعليه فرع ما ذكره الفقيه ابو الليث في العيون في رجل اخذ ثوبا فقال اذهب به فان رضيته اشتريته فضاع في يده لم يلزمه شيء وان قال ان رضيت اشتريته بعشرة كان ضامنا للقيمة وبثبوت الضمان بالقيمة على المشتري في هذا البيع قال مالك والشافعي رح في المشهور وعندهم وجه في ضمانه بالثمن وهو قياس قول احمد لانه قال يخرج المبيع من ملك البائع ثبوت الخيار له لان السبب قد تم بالايجاب

قال وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانب الآخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه مشروع نظرا له دون الآخر قال الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع ولابي حنيفة رح انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر قال فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البائع فيهلك والعقد موقوف

والقبول وثبوت الخيار ثبوت حق الفسخ وليس من ضرورة ثبوت حق الفسخ انتفاء الملك كخيار العيب قلنا قولك تم البيع بالايجاب والقبول ان اردت في حق حكمه منعناه او تمت صورته فمسلم ولا يفيد في ثبوت حكمه حتى يوجد شرط عمله وهو تمام الرضا على ما ذكرنا وتقييد المصر الهلاك يكون في مدة الخيار ليخرج ما اذا هلك بعدها وانه يضمن بالثمن لانه هلك بعد ما انبرم البيع لعدم فسخ البائع في المدة ولو هلك المبيع في يد البائع والحال ان الخيار له لا اشكال في انه ينفسخ ولا شيء على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق عن شرط الخيار فان فيه اذا هلك المبيع في يد البائع قبل التسليم انفسخ البيع والتقييد بالصحيح ليس لاخراج الفاسد لان الحال في البيع الفاسد كذلك اعني الانفساخ بهلاك المبيع في يد البائع بل لان الاعتبار بالاصالة والفاسد ياخذ حكمه منه **قوله** وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع وقوله لان البيع الى آخره تعليل لمحذوف وهو قولنا فيخرج المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانبه لازم بات فقد تم السبب في حقه وانتفاء ما يمنعه من عمله اذا كان خيار المشتري لا يمنعه فيخرج وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل الذي هو من جهة من له الخيار لما ذكرنا انه يوجب عدم الرضا بخروج ملكه عنه فلا يؤثر السبب خروجه لعدم شرط عمله فيبقى على ملكه كما كان وقوله الا ان المشتري لا يملكه بمعنى لكن وهو استدراك لامر متبادر عند قوله يخرج المبيع من ملك البائع اذا كان الخيار للمشتري وهو المقدر الذي ذكرناه فانه يتبادر بحكم العادة انه اذا خرج المبيع من ملك البائع يدخل في ملك المشتري وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يملكه المشتري وبه قال مالك واحمد والشافعي في قول لانه لما خرج عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى ملك مالك ولا عهد لنا به في الشرع في باب التجارة والمعاوضة فيكون كالسائبة فلا يزد شرار متولي امر الكعبة اذا اشترى عبدا لسدانة الكعبة والضيعة الموقوفة بعبيدها اذا اضعف احدهم فاشترى بدله آخر فانه لا يدخل في ملك المشتري لان ذلك ليس من هذا الباب بل من باب الاوقاف وحكم الاوقاف ذلك كذا لا ترد التركة المستغرقة بالدين فانها تخرج من ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة ولا الغرماء للقيد المذكور ولابي حنيفة رح انه لما لم يخرج الثمن من ملكه فلو قلنا انه يدخل المبيع في ملكه اجتمع البدلان الثمن والمبيع في ملك واحد المتعاوضين حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع وان يكون والمعاوضة تقتضي المساواة بين المتعاوضين في تبادل ملكيهما بخلاف ضمان غاصب المدبر اذا ابق من عنده سواء قلنا انه بدل اليد او الملك حيث لا يخرج المدبر من ملك مالكه فيجتمع العوضان في ملك واحد فانه ضمان جناية لا ضمان المعاوضة شرعية وهذا الزم في الشرع مما ذكرناه فان المشتري للسدانة وللوقف كائن في المعاوضة وهو يخرج ولا يدخل في ملك احد ولان خيار المشتري شرع نظرا له ليتروى فيقف على المصلحة في رواية ولو اثبتنا الملك له لمجرد البيع مع خياره انتقضنا مقصوده اذ ربما كان المبيع ممن يعتق عليه فيعتق من غير اختياره فيعود شرع الخيار على موضوعه بالنقض اذ كان مفوتا للنظر وذلك لا يجوز وقد اورد على هذا لو لم يثبت الملك للمشتري لم يستحق به الشفعة لان استحقاقها بالملك ولذا لا يثبت بحق السكنى لكنه يستحقها اذا بيعت دار بجوارها بالاتفاق او الاجماع اجيب بانه انما استحقها لانه صار احق بها تصرفا لا لانه ملكها كالعبد المأذون يستحقها اذا بيعت دار بجواره بهذا المعنى وحاصل هذا منع قصر استحقاق الشفعة على حقيقة الملك بل هو او ما في معناه وهذا تكلف لا يحتاج اليه وسياق المسئلة معلقة بانبرام البيع في ضمن طلب الشفعة فيثبت مقتضى تصحيحها وما في الاجناس لو بيعت دار بجنبها فاخذها بالشفعة لا يبطل خيار الرؤية فله ان يردها اذا رآها ويبطل خيار الشرط فان هلك المبيع في يد المشتري ولو في مدة الخيار هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب لا يرجى زواله في المدة كان قطعت يده ولو بغير صنعه فانه يلزمه الثمن ويمتنع الرد بخلاف ما لو كان يرجى زواله في المدة كان مرض فان المشتري على اختياره لكن ليس له ان يرده مريضا بل حتى يبرأ في المدة فان مضت المدة و

قال ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها المالك من الخيار وان وطيها لان
الوطي يحكم النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطي ينقصها وهذا عند ابي حنيفة وقالا يفسد النكاح لانه ملكها وان وطيها
يردها لان وطيها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا فهذه المسئلة اخوات كلها تبتنى على وقوع الملك للمشتري
بشرط الخيار وقد مر منها عتق المشتري على المشتري اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري
حالف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط
الخيار ومنها ان حيض المشترية في المدة لا يجتزى به في الاستبراء عنده وعندهما يجتزى ولو ردت
بحكم الخيار الى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض

ولم يرد لزم البيع فيه وعن ابي يوسف رح يبطل خيار المشتري في كل عيب باي وجه كان الا في خصلة وهي ان النقصان اذا حصل في يد المشتري
يفسخ البائع لا يبطل خياره بل ان شاء رده فان شاء اجاز البيع واخذ الارش من البائع وقوله بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع متصل بقوله
يملك بالثمن يعني الفرق بين ما اذا كان الخيار للبائع فهلك المبيع في يد المشتري فانه يهلك بالقيمة وبين ما اذا كان للمشتري فهلك في
يد المشتري يهلك بالثمن هو ان الهلاك لا يخلو عن مقدمة عيب ودخول العيب يمنع الرد حال قيامه كائنا ما كان فاذا اتصل به الهلاك لم توجد
حالة مجوزة للرد فهلك وقد انبرم العقد وانبرام العقد يوجب الثمن لا القيمة بخلاف ما تقدم من كون الخيار للبائع فان تعيب المبيع لا يمنع الرد
حكما لخيار البائع فيهلك والعقد موقوف فيبطل العقد فلا يجب الثمن بل القيمة **قوله** ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة ايام لم يفسد النكاح عند
ابي حنيفة رح لانه لا يملكها المالك من الخيار والمبيع لا يدخل في ملك المشتري بالخيار مجلوره والمبيع استمرت زوجته عنده وعندهما اذا فسخه رجعت الى
مولاها بلا نكاح عليها وان وطيها بعد السيد له ان يردها بالخيار لان الوطي لا يلزم هنا ان يكون اجازة لانه له في النكاح ملكا قائما يحل له الوطي
فلم يلزم كون وطيه اجازة الا اذا كانت بكرا لان الوطي ينقص البكر فيمتنع الرد بالعيب الذي حدث عنده ومن هذا يعرف انه لو نقصها الوطي
وهي ثيب يمتنع الرد عنده ايضا للنقص الذي دخلها لا لذات الوطي فان قيل لما زوجها مولاها الذي باعها فقد رضي بالنقصان بزوال البكارة
وحين اثبت له الخيار فقد رضي بالرد فيكون راضيا بردها ناقصة اجيب بمنع بقاء الرضى بذلك بعد البيع بل لما باعها فسخ ذلك الرضا ورضا
بما هي احكام هذا البيع واحكام هذا البيع ما ذكرنا وقالا يفسد النكاح لانه ملكها فان وطيها لا يردها ولو كانت ثيبا لان الوطي بعد انفساخ النكاح
ليس الا بملك اليمين فكان مسقطا للخيار ورضا بالبيع وهذه المسئلة من فروع الخلاف في ثبوت الملك في المبيع للمشتري بشرط الخيار
وعدمه ولها اخوات ذكرها المصنف تفريعا على الخلاف في ذلك منها عتق العبد المشتري على المشتري بشرط الخيار في مدة الخيار اذا كان ذا
قرابة محرمة عندهما وعنده لا يعتق حتى تنقضي المدة ولم يفسخ لانه لم يملكه ومنها ان من قال ان ملكت عبدا فهو حر فاشترى عبدا بشرط
الخيار فانه لا يعتق عند ابي حنيفة رح لانه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجد الشرط وعندهما وجد فيعتق لانه ملكه اما لو قال ان اشتريت عبدا فهو حر
فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه يعتق بالاتفاق لوجود الشرط وهذا اشتراء فيكون كالمنشئ للعتق بعده ومن حيث ثبوت الحرية لا من كل وجه
ولذا لا يعتق عن الكفارة اذا نوى الحالف بشرائه ان يعتق عن كفارته ومنها لو اشترى جارية على انه بالخيار فحاضت في مدة الخيار او وجد
بعض الحيضة فيها ثم اختار البيع عنده لا يجتزئ بتلك الحيضة لانها قبل الملك والموجود بعد الملك بعض الحيضة فلا بد من حيضة اخرى لحل الوطي وعندهما يجتزئ بها
لوجودها بعد الملك وينبغي ان يقيد بكون ذلك بعد القبض لان السبب لوجوب الاستبراء الملك والملك المؤكد يكون بالقبض ولو اختار الفسخ
فردها الى البائع لا يحتاج البائع الى استبرائها عند ابي حنيفة رح سواء كان الفسخ قبل القبض او بعده وعندهما ان كان قبل القبض لا استبراء
عليه استحسانا وان كان في القياس يجب وان كان الفسخ بعد القبض وجب على البائع استبراؤها قياسا واستحسانا لاستحداث الملك
بعد ملك المشتري الملك المؤكد بالقبض فيثبت توهم الشغل واجمعوا ان العقد لو كان باتا ثم فسخ باقالة او غيرها ان كان قبل القبض فالقياس
ان يجب على البائع الاستبراء وفي الاستحسان غير واجب وان كان بعد القبض فالاستبراء واجب قياسا واستحسانا ولو كان الخيار للبائع
ففسخ في المدة فظاهر الرواية انه لا يجب عليه الاستبراء لانها لم تخرج عن ملكه وان اجازه فعلى المشتري استبراؤها بحيضة بعد الاجازة بالاجماع

ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ماذونا له فابرأه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والماذون له يليه وعندهما يبطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من اهله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم يبطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك رده وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يتملكها باسقاط الخيار وهو مسلم

ومنها اذا ولدت منكوحته بعدما اشتراها على انه بالخيار في المدة لا تصير ام ولد له عنده وتصير ام ولد عندهما وقد قيد الشارحون كلام المص بان تكون الولادة قبل القبض ولا بد منه لما ذكره في المبسوط لو ولدت عند المشتري ينقطع خياره لانها تعيبت بالولادة وتصير ام ولده بالاجماع وصورة الطحاوي هذه الخلافية فيما اذا ولدت قبل الشراء قال اشترى جارية وقد حملت منه ولدا بشرط الخيار فعند ابي حنيفة رح لا تصير ام ولد له وخياره على حاله الا اذا اختار ها صارت ام ولد له وعندهما تصير ام ولد له بالشراء ويبطل خياره ويلزمه الثمن وكذا ذكره غيره وتقييده بكونه قبل القبض احسن وهو يصدق بصورتين ما قبل القبض والشراء وما قبل القبض بعد الشراء ومنها اذا قبض المشتري بشرط الخيار له المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يده في المدة فهلك من مال البائع عنده لارتفاع القبض بالرد لانه لما لم يملكه ارتفع القبض بالايداع لان البائع لا يصلح ان يكون مودعا لملك نفسه فلا يكون الايداع صحيحا وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع وعندهما يهلك من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام ملكه وقد يقال عدم صحة الايداع باعتبار ان المالك لا يصلح مودعا لملك نفسه صحيح لكن الواقع ان المبيع يخرج من ملك البائع بالاتفاق فلا يكون مودعا لملك نفسه فيصح وديعة المشتري لتحقق ايداع غير المالك كالمضارب وغيره وقد يراد ملكه بحسب المال الا انه ليس بلازم بجواز ان لا يؤول الى ملكه بان يختار المشتري البيع اما لو كان الخيار للبائع فسلمه الى المشتري ثم ان المشتري اودعه في مدة الخيار للبائع فهلك في يده قبل نفاذ البيع او بعده يبطل البيع في قولهم جميعا ولو كان البيع باتا فقبضه المشتري باذن البائع او بغير اذنه وله فيه خيار رؤية او عيب فاودعه البائع فهلك في يده هلك على المشتري ولزمه الثمن اتفاقا لان هذين الخيارين لا يمنعان ثبوت الملك فصح الايداع منه ومنها لو اشترى بالخيار عبدا ماذونا فابراه البائع من الثمن في المدة يصح ابراؤه استحسانا لا قياسا لان البائع لم يملك الثمن على المشتري بالخيار فلا يصح ابراؤه مما لا يملكه وفي الاستحسان يصح لوجود سبب ملكه للثمن وهو البيع واذا صح ابراؤه بالاتفاق بقي على خياره في السلعة ان شاء اجاز البيع فياخذها بلا ثمن وان شاء رده غير والسلعة للبائع عند ابي حنيفة رح لانه لم يملك المبيع فكان رده امتناعا عن تملك شيء بلا عوض والماذون يليه اي يملك ذلك كما له ان يمتنع عن قبول الهبة وعندهما لا يبرئ من الثمن والواقع ان المبيع يدخل في ملك المشتري بالخيار لو رده كان متبرعا مملكا بغير عوض والعبد الماذون ليس من اهل التبرعات فاذا امتنع الرد انبرم البيع بلا شيء واستشكل تصوير المسئلة بسبب ان الثمن لا يخرج عن ملك المشتري بشرط الخيار فكيف يتصور الابراء منه والجواب ان الابراء يعتمد شغل الذمة وليس من ضرورته زوال ملك المشغول ذمته عن مقداره الا يرى ان المديون مشغول الذمة ولم يزل ملكه عن شيء من ماله وانما اشتغلت ذمته بصحة السبب لان شرط الخيار ليس داخلا على السبب بل على حكمه كما تقدم ولو لوجود البيع لابد ان تشتغل الذمة بالثمن ولا يظن انه يقارن وجوب دائه بل الثابت اصل الوجوب وليس في اصل الوجوب طلب اصلا على ما عرف ومنها اذا اشترى ذمي خمرا من ذمي على ان المشتري بالخيار ثم اسلم المشتري في مدة الخيار بطل خياره عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده بطل البيع لانه لم يملكها باسقاط الخيار بعد الاسلام فتعين بطلان البيع وهو مسلم اما لو كان الخيار للبائع واسلم فبطلان البيع بالاجماع هذا آخر ما فرغه المص من الفروع الفقهية على الخلاف في دخول المبيع في ملك المشتري بالخيار ما لو اشترى مسلم من مسلم عصيرا بالخيار فتخمر في المدة فسد البيع عنده بعجزه عن تملكه باسقاط خياره وثم عندهما بعجزه عن رده بفسخه ومنها اذا اشترى دارا على انه بالخيار وهو ساكنها باجارة او اعارة فاستدام سكناها قال الامام السرخسي لا يكون اختيارا وانما الاختيار ابتداء السكنى وقال خواهر زاده

قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في مدة الخيار وله ان يجيز فان اجاز بغير حضرة صاحبه جاز

استدامة السكنى اختيار عندهما لانه يملك الثمن وعنده ليس باختيار لانه بالاجارة او الاعارة لم يملك شيا ومنها حلال اشترى ظبيا بكلبا فقبضه ثم احرم والظبي في يده ينتقض البيع عنده ويرد الى البائع ولا يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالاجماع ولو كان للمشتري فاحرم البائع للمشتري ان يرد ومنها ان الخيار اذا كان للمشتري وفسخ العقد فالزوائد ترد على البائع عنده ولانها لم تحدث على ملك المشتري وعندهما للمشتري لانها حدثت على ملكه قوله ومن شرط له الخيار سواء كان بائعا او مشتريا او اجنبيا له ان يجيز في مدة الخيار باجماع الفقهاء وله ان يفسخ فان اجاز بغير حضرة صاحبه يريد بغير علمه جاز فاذا كان الخيار للبائع نفذ البيع باحدى معان ثلاث بمضي مدة الخيار وموته وباعتاقه وجنونه في المدة فان اذاق فيها قال لا اسبيجابي الا بيع انه على خياره ولو سكر من الخمر لم يبطل بخلاف سكره من البيع ولو ارتد فعلى خياره واما اذا تصرف بحكم الخيار فهو موقوف عند ابي حنيفة رح خلافا لهما والمعنى الثالث ان يجيز البيع كان يقول اجزت البيع ورضيته واسقطت خياري ونحو ذلك واذا كان الخيار للمشتري فنفاذه بما ذكرنا من الامور الثلاثة للبائع وبالفعل بان يتصرف في المبيع تصرف الملاك في مدة الخيار بان يعتق او يكاتب او يدبر او يبيع المبيع او يؤجره ويسلمه او يرهنه او يؤجره وان لم يسلمه على الاصح وكذا اذا اعتق عتقه في المدة فوجد الشرط فيها ومن ذلك ان يباشر في المبيع فعلا لا يحتاج اليه للامتحان ولا يحل في غير الملك بحال فان كان يحتاج اليه للامتحان او يحل في غير الملك فهو على خياره فالوطء اجازة وكذا التقبيل بشهوة دون المباشرة بشهوة والنظر الى الفرج بشهوة لا بغير شهوة لان ذلك يحل في غير الملك في الجملة فان الطبيب والقابلة يحل لهما النظر والمباشرة نعم التقبيل لا الامان النظر اليه من حيث هو مس ولو انكر الشهوة في هذه الاركان القول قوله لانه ينكر سقوط خياره وكذا اذا فعلت الجارية ذلك يسقط خياره وفي قول ابي حنيفة رح وقال محمد لا يكون فعلها البتة اجازة للبيع لان شرط الخيار ليختار هو لا ليختار عليه ولابي حنيفة رح ان حرمة المصاهرة تثبت بهذه الاشياء وكانت ملحقة بالوطء فصارت هذه الاشياء من حيث هي ملحقة بالوطء في ايجاب حرمة كالمضاف الى الرجل واما المباضعة مكرها كان او مطاوعا اختيار هما عند ابي حنيفة رح ظاهر واما عند محمد رح فلان الوطء تنقيص حتى لو وجدت من غير المشتري يمتنع الرد فاما المباشرة اذا ابتداها المشتري كارها ثم تركها وهو يقدر على الامتناع فهو اختيار وانما يلزم سقوط الخيار في غير المباضعة اذا اقر بشهوتها لان فعلها يلزم اسقاط خياره فيتوقف على اقراره بما يسقط خياره ولو دعى الجارية الى فراشه لا يسقط خياره والاستخدام ليس باجازة لانه يمتحن به والاستخدام ثانيا اجازة الا اذا كان في نوع آخر وقد اختلف كلامه في الفتاوى الصغرى فقال الاستخدام مرارا لا يكون اجازة وقال في موضع آخر قال المرة الثانية تبطل الخيار واكل المبيع وشربه ولبسه يسقط الخيار وفي فتاوى قاضي خان اذا لبسه مرة واستخدمه الخادم مرة لا يبطل خياره ويبطل بمرتين وركوبها ليسقيها او يردها على البائع فهما اجازة وقيل ان لم يمكنه بدون الركوب لا يكون اجازة واطلق في فتاوى قاضي خان انه لا يبطل خياره فقال وركوبها ليسقيها او يردها على البائع لا يبطل خياره استحسانا فجعل الاستحسان ولو قطع حوافر الدابة او اخذ بعض عرقها لا يبطل ولو نسخ من الكتاب لنفسه او غيره لا يسقط ولو درس فيه يسقط وقيل على العكس وبه اخذ ابو الليث وطلب الشفعة بالدار المشتراة رضا بها بخلاف خيار الرؤية والعيب ولو حدث به عيب في خيار المشتري بطل خياره سواء حدث بفعل البائع او بغير فعله عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح ولمنعه العقد بفعل البائع لان البائع لا يقدر على الزام البيع ومتى تلفا انه يلزم بجنايته اثباتا لقدرة الزامه فتفوت فائدة شرط الخيار للمشتري بخلاف ما اذا كان من اجنبي فان لزومه لا من قبله ولهما ان ما ينقص بفعل البائع في ضمان المشتري فيلزم العقد في ذلك القدر الذي تلف

ولان فسخه لم يجز الا ان يكون الآخر حاضرا عند ابي حنيفة رح وعندهما رح وقال ابو يوسف يجوز وهو قول الشافعي
والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه له انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالوكيل
ولهذا لا حيث شرط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة
لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع او لا
يطالب السلعة مشتريها فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه الزام فيه

في ضمانه وتعذرت على البائع حصته من الثمن فحق رد الباقي كان تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام في حق الرد وهو لا يجوز كفعل
الاجنبي واذا عرف هذا عرف ان المشتري يرجع على البائع بالارش ولو كان الخيار للبائع وحدث به عيب فهو على خياره لان ما
انتقض بغير فعله فهو غير مضمون على البائع وكذا لو سقطت اطرافه لم يسقط شيء من الثمن لكنه يخير المشتري ولو حدث بفعل البائع انتقض
البيع لان ما انتقض مضمون عليه ويسقط حصته من الثمن ولو بقيا الخيار تفرقت الصفقة على المشتري ولو نزع الدابة فهو رضا ولو
طلب لبنها فهو رضا عند ابي حنيفة رح رواه ابو يوسف عنه وقال ابو يوسف لا يكون رضا حتى يشربه او يستهلكه ولو سقى حرثا في الارض
فيها اذا اشترى الارض وحصد الزرع او فصل منه شيئا فيما اذا اشترى الزرع فهو رضا ولو سقى دوابه من النهر وشرب هو فليس برضا
ولو طحن في الرحا فهو رضا وقد ذكر فيها تفصيل وذلك في رحا الماء وليست في دار ولو كان المبيع دارا فيها ساكن فطلب المشتري الاجرة
من الساكن فهو اجازة ولو غسل العبد او الجارية او مشطها بالمشط والدهن والبسها فليس برضا قوله وان فسخ اي من له الخيار في المدة بغير
حضرة الآخر اي بغير علمه لم يجز عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وهو قول مالك رح وانما كنى بالحضرة عن العلم حتى لو لم يبلغه الفسخ الا بعد المدة تم البيع
لعدم اعتبار ذلك الفسخ وقال ابو يوسف رح يجوز وهو قول الشافعي رح وكذا الخلاف في خيار الرؤية والفسخ بالقول في المدة بان يقول فسخت
او رددت البيع وغير ذلك مما يدل على رد البيع وهذا الفسخ بالقول هو الذي الخلاف في جوازه بغير علم الآخر واما الفسخ بالفعل فيجوز
بغير علمه اتفاقا وكان مقتضى النظر ان من قال بمنع الفسخ بغير علم صاحبه بالقول لا يقول به فيما هو فعل اختياري كالقول من حيث انه
اختيار يثبت به الانفساخ بخلاف الموت وفعل الامة ودخول العيب بغير صنعه والهلاك فان كان الخيار للبائع فهو ان يتصرف في المبيع تصرف
الملاك كالعتق والبيع والوطي وجميع ما قدمنا انه اجازة اذا صدر من المشتري من الافعال فهو فسخ اذا صدر من البائع له اي لابي يوسف
انه اي الفاسخ منهما مسلط على الفسخ من جهة صاحبه يعني الذي لا خيار له فلا يتوقف فسخه على علمه كبيع الوكيل يجوز مع عدم علم الموكل
ولهما انه تصرف في حق الغير وهو الذي لا خيار له بالرفع ولا يعرى عن الضرر لانه اي الغير الذي لا خيار له عساه يعتمد على تمام البيع السابق
اذا انقضت المدة ولم يظهر له الفسخ فيتصرف المشتري فيه فيما اذا كان الخيار للبائع والواقع انه فسخ فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك وقد تكون
القيمة اكثر من الثمن او لا يطلب السلعة مشتريها اعتمادا على نفاذ البيع لما لم يظهر له الفسخ في المدة اعتمادا على تمامه فيما اذا كان الخيار للمشتري
وهذا نوع ضرر يجب من قبل الانفراد بالفسخ فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل قصدا لحال عدم علمه لا يثبت حكم العزل في حقه ما لم يعلم به كيلا يتضرر بالثمن من ماله اذا كان وكيلا بالشراء ويبطلان قوله وتفرقه اذا كان وكيلا بالبيع وربما يعتمد المشتري منه النفاذ فيتشعب الفساد والحاصل تعارضا قياس ابي يوسف رح على تصرف الوكيل وقياسهما على عزل الوكيل ثم في قياسهما امور طردية لا معنى لها وهو قوله تصرف في حق الغير بالرفع
فان هذا لا اثر له في نفي الصحة بلا علم انما اثره في نفي الصحة بلا اذن فان كونه حق الغير انما يمنع التصرف بلا اذن فهو بالنسبة الى العلم طرد والاذن
قد وجد في ضمن شرط الخيار له فان قيل لا نسلم ان شرط الخيار تضمن الاذن له بالفسخ مطلقا انما يكون ذلك لو لم يكن مظنة ان يلحقه ضرر اما اذا كان
الفسخ بغير علمه طريق ضرر لحقه فلا قلنا فاستقام رح ان المؤثر ليس الا كون فسخ مظنة ذلك الضرر وصح قولنا ان ما سواه لا اثر له من كونه تصرفا
في حقه بلا علمه وح فيقتصر النظر على اثبات الضرر ولا يخفى ان الضرر الذي ذكره انه يلحق المشتري اذا كان الخيار للبائع في حيز التعرض لان ضرر الندم

ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة ثم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة ثم العقد بمضي المدة قبل الفسخ

القيمة انما يكون بناء على زيادة القيمة على الثمن وهو غير لازم ولا اكثري بل قد يكون الثمن اكثر من القيمة فهما في محل التعارض بل الغالب ان البيع يكون بما هو قيمة المبيع خصوصا بما يعات الاسواق فيبطل ذلك الشق واما ضرر البائع باعتماده فلا يطلب لسلامة مشتريا فانما تحقق من تقصيره حيث لم يستكشف من المشتري في المدة هل فسخت او لا ومثل هذا كثير في الفقه اعني الزام ما هو ضرر التقصير من لزمه في احتياط لنفسه مع المكنة بخلاف الوكيل فان ضرره لازم بالزام ثمن ما يشتريه عليه ان كان وكيلا بالشراء لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف فيتضرر بالزام ثمن ما لا غرض له فيه ولا حاجة له فيه فيكون مالكا بمقداره بهذا راقوا له اعني عقوده اذا كان وكيلا بالبيع وهذا آخر عمل النفس من افتراض المال لدفع الدين لما يلزمه عند الناس من تحقير شانه ووضع قدره فالوجه لابي يوسف والشافعي اقوى والله اعلم وقولهما ولا نقول انه مسلط من جهة وكيف وهو لا يملك الفسخ ولا يملك تسليط منشاه لفظية فان المراد من سلط اذن له في التصرف في حقه ذلك بالرفع في المدة فاذا منع تضمن شرط الخيار الاذن بلا علمه للضرر فكان الاذن مقيدا بعدم محل الضرر وهو حال العلم فجوابه ما ذكرنا من انتفائه في صورة التعارض وعدم تاثيره في آخري التقصير من يلزمه وبهذا اجابوا عن المعارضة القائلة لو لم ينفرد من له الخيار بالفسخ يتضرر هو ايضا لانه يمكن انه يختفي صاحبه في المدة حتى تنقضي فقالوا هذا الضرر انما لزمه من جانبه بتقصيره في اخذ الكفيل واما الجواب بان الضرر بالاختفاء على صاحب الخيار يعجزه عن احضاره لا بالاختفاء ففي سعة فضل الله التجاوز عنه وقيل الظاهر انه لا يختفي لانه امين حيث اثبت الخيار لصاحبه واعلم ان الالزام بهذا النوع في احد الروايتين في فتاوى قاضيخان جاء الى باب البائع ليرد فاختفى فيه فطلب من القاضي ان ينصب خصما عن البائع ليرده عليه قال بعضهم ينصب نظرا للمشتري وقال محمد بن سلمة لا يجيبه لان المشتري ترك النظر لنفسه حيث لم يأخذ منه وكيلا مع احتمال غيبته فلا ينظر له فان لم ينصب القاضي وطلب المشتري من القاضي الاعذار عن محمد روايتان في روايته يجيبه فيبعث مناديا ينادي على باب البائع ان القاضي يقول ان خصمك فلانا يريد ان يرد المبيع عليك فان حضرت والا انتقضت البيع ولا ينقض القاضي بلا اعذار وفي رواية لا يجيبه الى الاعذار ايضا وقيل لمحمد يعني على هذه الرواية كيف يصنع المشتري قال ينبغي للمشتري ان يستوثق فيأخذ منه وكيلا ثقة اذا خاف الغيبة حتى اذا غاب يرده على الوكيل وطريق نقض القاضي على احدى الروايتين انه اذا قال الخصم اني اعذرت اليه فاشهدت فقوله يقول القاضي اشهدا انه زعم انه اعذر الى صاحبه في المدة كل يوم واختفى فان كان الامر كما زعم فقد ابطلت عليه الخيار فان ظهر وانكر فعلى المدعي البينة بالخيار والاعذار وهذا لانه لا يمكن من اقامة البينة على ذلك قبل ظهوره لانه لا يحكم على غائب ولا تسمع حال غيبته للحكم بها عليه واذا عرف هذا فالمسائل الموردة نقضا مسلمة لانها على وفق ما تخرج من قول ابي يوسف لكنا نوردها بناء على تسليم تمام الدليل فمنها ان المخيرة تيم اختيار نفسها بلا علم زوجها ويلزمه حكم ذلك واجيب بان لزوم حكم الطلاق على الزوج بايجابه نفسه وهو تخييره وهو بعد الرضا والعلم وهو مدفوع بان اثبات خيار الفسخ بمنزلة اثبات خيار الطلاق فان كان الطلاق بايجابه فيجوز حال غيبته فكذا الفسخ بايجابه فيجوز حال غيبته ومنها الرجعة ينفرد بها الزوج ويلزم حكمها المرأة حتى لو تزوجت بعد ثلاث حيض فسخ اذا اثبت الرجعة قبلها اجيب بان الزوج لا يلزمها حكما جديدا لان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح وانما يثبت البينونة عند فراغ العدة لشرط عدم الرجعة فكان عليها ان تستكشف شرط تقرر فيها بل هو موجود اولى ومنها الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص فان حكمها يلزم غيره بلا علمه واجيب بانها اسقاطات لا يلزم بها شيء من اسقط عنه فلا يتوقف على علمه ومنها خيار المعتقة

قال واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته وقال الشافعي يورث عنه لانه حق لازم ثابت في المبيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا مشيئة وارادة ولا يتصور انتقال الارادة فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فاما نفس الخيار لا يورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا ان يورث الخيار

يصح اختيارها الفرقة بلا علم زوجها اجيب بانه لا رواية فيها وعلى تقدير التسليم فالتخيير اثبته لها الشرع مطلقا وله الولاية عليها ولا يخفى ان هذا من فساد الوضع فان كون الشرع اثبت حكم التصرف على الآخر بغير علمه في خيار المخيرة يقتضي ان الشرع لا يوقف صحة التصرف على علم الآخر في ثبوت حكمه في حقه فان قلت فما الضرر الذي يلزمه اولا حتى يحتاج الى جوابه قلنا امتناعه عن تزوج امته بناء على قيام نكاح التي اعتقت ومنها خيار المالك في بيع الفضولي بدون علم المتعاقدين اجيب بان عقدهما لا وجود له في حق المالك اذ لا ولاية لهما عليه فاذا رد فقد بقي عدم شرط الثبوت فانعدم اصلا في حقه فانه يقع الانعقاد حكما ومنها العدة فانها تلزم على المرأة بتطليق الزوج وان كان بغير علمها اجيب بان العدة لا تجب بالطلاق حتى يتوقف نفاذ الطلاق على علم من تجب عليه العدة الا يرى انها لا تجب بالطلاق قبل الدخول بل الطلاق تصرف في حق نفسه بازالة ملكه اقدره الله تعالى عليه فانما تلزم في ضمن الطلاق والعبرة للمتضمن لا للمتضمن واما هنا فليس جواز الفسخ له تسليط صاحبه لما ذكرنا وقد عرف ما فيه فروع اشتريا خلا على انهما بالخيار فمضى احدهما لا رد للآخر عندهما وقالا له رد نصيبه ولو كان الخيار للعاقدين فقال البائع بحضور المشتري اجزته ثم قال المشتري فسخته بحضور البائع فسخ فان هلك في يد المشتري سقط الثمن ولو بدأ المشتري بالفسخ ثم البائع بالاجازة ثم هلك فعلى المشتري قيمته ولو تفاسخا العقد ثم هلك في يد المشتري قبل الرد بطل حكم الفسخ ذكره في المجتبى وفي الفتاوى باع ارضا على ان البائع بالخيار ثلاثة ايام وتقابضا ثم نقض البائع البيع تبقى الارض مضمونة على المشتري وللمشتري حبسها لاستيفاء الثمن الذي كان دفعه الى البائع فان اذن البائع بعد ذلك للمشتري في زراعتها فزرعها تصير امانة عند المشتري وكان للبائع ان ياخذها متى شاء قبل ان يرد الثمن وليس للمشتري حبسها لانه لما زرعها باذن البائع صار كانه سلمها الى البائع ولو مرض العبد والخيار للمشتري فلقي البائع فقال نقضت البيع ورددت العبد عليك فلم يقبل البائع ولم يقبضه فان مضت المدة والعبد مريض لزم المشتري وان صح فيها فلم يرده حتى مضت كان له ان يرده على البائع بذلك الرد الذي كان منه ومن باع على انه بالخيار فصالحه المشتري على دراهم او عرض بعينه على ان يسقط الخيار ويمضي البيع ففعل جاز وطابت له اذ حاصله زيادة في الثمن وكذا لو كان الخيار للمشتري فصالحه البائع على ان يسقط الخيار ويحط عنه من الثمن كذا او يعطيه هذا العرض جاز لانه زيادة في المبيع او حط من الثمن ولو امره ببيع عبده على ان يشترط الخيار ثلاثة ايام فباعه مطلقا لم يجز ولو امره مطلقا فباعه بشرط الخيار للآمر او للاجنبي صح ولو وكله بالشراء توكيلا صحيحا فهو على ما ذكرنا من التفصيل الا ان العقد متى لم ينفذ على الآمر ينفذ على المامور بخلاف البيع لان الشراء اذا لم يجد نفاذا نفذ على العاقد قوله واذا مات من له الخيار بطل خياره بائعا كان او مشتريا ولم ينتقل الى ورثته واذا بطل خياره لزم البيع فان كان الخيار للبائع دخل ثمن المبيع في ملك المشتري وان كان الخيار للمشتري دخل المبيع في ملك ورثته وللبائع الثمن في التركة ان لم يكن قبضه وقيد بمن له الخيار لانه اذا مات العاقد الذي لا خيار له فالآخر على خياره بالاجماع فان امضى البيع مضى وان فسخ انفسخ وقال الشافعي يورث عنه وبه قال مالك على ما هو في كتبهم المشهورة لانه اي الخيار حق الانسان لازم حتى ان صاحبه لا يملك ابطاله فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين فانهما يورثان بالاتفاق ولنا ان الخيار ليس الا مشيئة وارادة فلا يتصور انتقاله لانه وصف شخصي لا يمكن فيه ذلك والارث فيما يمكن فيه الانتقال وهو الاعيان ولفظ مشيئة منصوب على انه خبر ليس وما في الشروح من انه بدل عن الخبر وتقديره ان الخيار ليس شيئا الا مشيئة مبني على قول تعسف في العربية من ان يقدر المعمول غير ما فرغ العامل له ويجعل ما بعد الا بدلا والمختار ان المفرغ له هو المعمول ففي ما قام الا زيد زيد فاعل بخلاف ما قاسوا عليه من خيار العيب لان الارش فيه ليس من جملة الجزء المستحق فاذا دخل في ملكه تمام الاجزاء وبعضها مستحق للانسان كان له ان يختار

فان ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض واصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا
وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لان الخيار من موجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا
ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا للتصرف وعند ذلك يكون
لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض ولو اجازا احدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان
منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في اخرى وجه الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه وجه الثاني
ان الفسخ اقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا يلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد رح والثاني قول
ابي يوسف رح واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد رح يعتبر فيه تصرف الموكل وابو يوسف رح يعتبرها

ان يترك حقه او يطلبه وهذا معنى ثبوت خيار العيب غير ان طلبه لا يمكن شرعا الا برد الكل واختيار التعيين فجعله اصلا آخر للشافعي لا يصح
على اصله لانه لا يجيز خيار التعيين فكانه ذكره الزاما له وجوابه كذلك ان الموروث هو احد العينين المخير في تعيينه فينتقل الى الوارث
كذلك ولا يلزمه اختلاط الملكين فصار كما اذا ورث مالا مشتركا فيثبت حكم ذلك وهو وجوب التعيين والافراز وهو معنى الخيار فجاز الخيار
لازما للعين الموروثة في الموضعين ضمنا لا قصدا على وجه الاستقلال ولا يمكن ذلك فيما فيه خيار الشرط لان البيع ليس بلازم للخيار لينتقل
الى الوارث بما فيه على انه لا يتصور فيما اذا كان الخيار للمشتري فانه لم يدخل المبيع في ملكه عند ابي حنيفة رح فلا يورث ووجه قوي على ما تقدم
ويقال على اصل الدليل قولكم لا يتصور ان انتقال الوصف ان اردت حقيقة فمسلم لكن مرادنا بالانتقال ان يثبت للوارث شرعا ملكا واستحقاق خلف
ملك الميت واستحقاقا لا عين ذلك الملك والاستحقاق المقيد باضافته الى الميت لان ذلك غير ممكن فالوجه في الاستدلال ليس الا ان يقال
ثبوت ذلك شرعا في املاك الاعيان معلوم متفق عليه واما ثبوته عن الشرع في غيرها من الحقوق فمتوقف على الدليل السمعي ولم يوجد ونفي المدرك
الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي فان قالوا بل قد وجد وهو ما روي عنه عليه الصلوة والسلام انه قال من ترك مالا او حقا فلورثته ومن ترك
كلا او عيالا فالي قلنا الثابت قوله مالا في الصحيح واما الزيادة الاخرى فلم تثبت عندنا وما لم يثبت لم يتم الدليل واما الجواب بان الملك
انما ينتقل في ضمن انتقال العين فبعد انه في غاية الضعف اذ لا معنى لكون الارث انتقالا لنفس ذات العين والملك يتبعها بقليل تامل
فان حقيقة انتقالها انما هو في المكان قال الى ان المراد انتقال ملكها ليس غير ثم بينا المراد لقولهم انتقل ملكها بما ينفي كل ذلك الكلام والمحاورات
المكتوبة في بعض الشروح هذا ويلزمه على تقدير ثبوته ان يورث خيار المجلس عندهم والمنقول عنهم عدمه ثم نقول مقتضى النظر ان يتفرع
عدم انتقال الخيار الى الورثة على ابي حنيفة رح اما على قولهما فينبغي ان يورث لانهما يثبتان الملك للمشتري بالخيار وفي العين فينتقل
الى الورثة عن مملوكة له فيها خيار ان يفسخ كما في خيار العيب بعينه وفي خيار البائع ينتقل الثمن مملوكا لهم **قوله** ومن اشترى شيئا وشرط

الخيار لغيره يعني لغيره الذي هو ليس عاقدا والا فغيره يصدق على البائع فايهما اجاز من الشارط العاقد او المشروط له الذي هو غيره جاز
وايهما نقض انتقض فالنقض من مبتدا والجملة الشرطية وهي ايهما اجاز جاز خبره واذا تضمن المبتدا معنى الشرط جاز دخول الفاء في خبره
نحو الذي يأتيني فله درهم واصل هذا اي جواز اشتراط لغير العاقد ان جوازه استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر وقول الشافعي رح
وقبولنا قال مالك واحمد وهو الاصح من مذهب الشافعي رح الا ان في ثبوته للعاقد مع ذلك الغير وجهين في وجه يثبت لهما وفي وجه يثبت
للغير وحده وعلى قوله الموافق لقول زفر فيه وجهان في وجه يفسد البيع وفي وجه يصح البيع ويبطل الشرط وجه قول زفر ان الخيار من موجب العقد
واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري واشتراط ملك المبيع لغير المشتري واشتراط تسليم الثمن او المبيع على غير
العاقدين ولان هذا تعليق انفساخ البيع وابرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك وقياسا على خيار الرؤية والعيب وجه الاستحسان ان
الحاجة قد تمس الى اشتراطه للغير لان شرعيته لاستخلاص الرأي وقد يكون الانسان يعلم من نفسه قصور الرأي والتدبير غير واثق بها في ذلك
بل لغيره فمن يعلم جزمه وجودة رأيه ومعرفته بالقيم واحوال البياعات فيشترط الخيار له ليحصل المقصود من شرعيته فيجب تصحيحه واجنبيته عن العقد
انما يمنع ان سلمنا صحة تبعيته لو اجزناه اصلا مستقلا لكنا لم نعتبره الا تبعا لثبوت الاشتراط للعاقد فيثبت اشتراطه لنفسه اقتضاء لتصحيح التصرف فيثبت لهما

قال ومن باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار في احدهما ثلاثة ايام فالبيع فاسد وان باع كل واحد منهما بخمس مائة على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع والمسئلة على اربعة اوجه احدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه احدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاده في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث ان يفصل ولا يعين والرابع ان يعين ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين اما لجهالة المبيع او لجهالة الثمن

واستشكل باستلزامه ثبوت ما هو الاصل بطريق الاقتضاء والثابت به انما هو ما يكون تبعا قلنا الملازمة ممنوعة لان المراد التبعية والاصالة بالنسبة الى ما هو المقصود اولا بالذات لا بالنسبة الى الوجود فالمقصود بالذات في قوله اعتق عبدك عني بالف انما هو العتق فكان التملك مقصودا لغيره هنا لمقصده ليصح العتق عنه وان كان اصلا بالنسبة الى الوجود فكذا هنا المقصود اولا وبالذات ليس الا الاشتراط للاجنبي لانه هو الذي به يحصل مقصود العاقد بالفرض فكان ثبوته للعاقد تبعا للمقصود ليصح المقصود به فكان ثبوته بطريق الاقتضاء واقعا على ما هو الاصل في الاقتضاء هذا هو التحقيق انشاء الله تعالى ولا حاجة في جوابه الى تكلف زائد فان قيل فلم لم يجز اشتراط الثمن على الاجنبي فثبت كذلك اقتضاء كما يثبت الخيار له وثبت للعاقد اقتضاء اجيب بان الثمن دين على العاقد والكفالة ليس فيها نقل الدين على الكفيل فلو ثبت الكفالة اقتضاء لاشتراط على الاجنبي ابطلت المقتضي وهو اشتراط فانه انما يعني به ثبوته على المشترط عليه على ما هو ثابت على العاقد نعم لو كفل كذلك صريحة بالثمن الدين صح وعند صيرورة الخيار لهما يكون لكل منهما الخيار فايهما اجاز جاز وايهما نقض البيع انتقض فلو اجاز احدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان معا يعتبر تصرف العاقد في رواية كتاب البيوع نقض او اجاز والتصرف الذي هو الفسخ في آخرى هي رواية كتاب الماذون سواء كان من العاقد وكيلا الاجنبي وجه الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه والتصرف العارض عن اصالة اقوى من التصرف الصادر عن نيابة واستشكل بما اذا وكل رجلا آخر بطلاق امرأته فطلق الموكل والوكيل معا قالوا وقع طلاق احدهما لا طلاق الموكل صحيحا ولو كان الترجيح الاصيل تعين طلاقه اجيب بان الوكيل في الطلاق سفير كالوكيل في النكاح فكانت عبارته عبارة فالصادر من كل منهما عين الصادر من الآخر وجه الثاني ان لا ترجيح بكونه اصيلا ووكيلا لان الوكيل بعد ما استفاد الولاية على الفعل كان مثله فاستويا ثم يترجح بنفس التصرف والفسخ اقوى لانه يلحق المجاز فيبطله والاجازة لا يلحق المنسوخ فيبرمه قال شمس الائمة الصحيح ما ذكر في الماذون ثم قالوا الاول قول محمد والثاني قول ابي يوسف واستخرج هذا التخريج من مسئلة اختلفا فيها هي ما اذا وكل غيره ببيع عبده فباع الموكل من رجل والوكيل من آخر فمحمد جعل البيع ممن باع منه الموكل ترجيحا لتصرفه للاصالة وابو يوسف يعتبرهما على السواء فيجعل العبد مشتركا بينهما ويخير كل منهما لتفرق الصفقة وعيب الشركة وقيل عند محمد تفسخ في النصف وينفسخ في النصف اي فيما اذا شرط الخيار لغيره ولكن يتخير صاحبه لتفرق الصفقة عليه **قوله** ومن باع عبدين بالف على انه بالخيار في احدهما ثلاثة ايام فالبيع فاسد الخ والمسئلة على اربعة اوجه في ثلاثة البيع فاسد وفي واحدة صحيح احدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهي المذكورة في الجامع الصغير ويمكن ان يكون هو المراد بالكتاب في قوله وهو الوجه الاول المذكور في الكتاب والاظهر انه يريد به البداية لان الهداية شرحها وفسادها لجهالة المبيع والثمن جميعا وذلك لان الذي فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه في حق الحكم فكان كانه خارج عن البيع والبيع انما هو في الآخر وهو مجهول لجهالة من فيه الخيار ثم ثمن البيع مجهول لان الثمن لا ينقسم في مثله على المبيع بالاجزاء وثانيها وهو الوجه الجائز ان يعين كلا بان يقول بعتك كل واحد من هذين بخمسمائة على ان بالخيار في هذا لانتفاء المفسد لجهالة احد الامرين فان قيل ان انتفى مفسد الجهالة فقد تحقق مفسد آخر وهو انه جعل قبول العقد في الذي فيه الخيار وهو غير داخل في الحكم شرطا لانعقاده في الذي ليس فيه الخيار وذلك مفسد كما لو جمع بين حر وعبد حيث لا يجوز البيع في العبد اجاب عنه المص بعد الاشارة الى السؤال بقوله وقبول العقد في الذي فيه الخيار ان كان شرطا لانعقاد العقد في الآخر لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه اي من فيه الخيار محلا للبيع فهو كما لو جمع بين قن ومدبر وباعهما بالف حيث ينعقد البيع في القن

قال ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلثة ايام فهو جائز وكذلك الثلثة فان كانت اربعة اثواب فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي رح وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلث لوجود الجيد والوسط والردي فيها والجهالة لا تفضي الى المنازعة في الثلث لتعيين من له الخيار وكذا في الاربع الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما

بحصته وان كان قبول العقد في المدبر شرطا فيه وذلك لدخول المدبر في البيع لحاجته له في الجملة ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعه جاز فكان القبول شرطا صحيحا بخلاف ما شبه به من الجمع بين الحر والعبد لان الحر ليس بمال اصلا فلا يدخل في البيع بحال فكان اشتراط قبوله اشتراط شرط فاسد في الجمع بين القن والمدبر في البيع خلاف سيأتي ان شاء الله تعالى في آخر البيع الفاسد وثالثها لم يفصل ولم يعين الذي فيه الخيار كان قال البائع بعتك كل واحد من هذين بخمسمائة على اني بالخيار في احدهما فسادها بجهالة المبيع بسبب جهالة من فيه الخيار ورابعها ان يعين الذي فيه الخيار ولا يفصل الثمن وهو ان يقول بعتك هذين بالف على اني بالخيار في هذا والفساد فيه بجهالة الثمن لان المبيع وان كان معلوما متعينا من فيه الخيار الا ان ثمنه مجهول لما قلنا ان الثمن لا ينقسم عليهما بالسوية فان قلت ما الفرق بين هذا الذي لم يعين فيه الثمن وبين ما اذا جمع بين عبدين في البيع بثمن واحد فاذا احدهما مدبر او مكاتب او جاريتين فاذا احدهما ام ولد حيث يصح البيع في القن بحصته من جملة الثمن مع ان ثمن كل منهما مجهول الكمية حال العقد ولا تصح في المسئلة المذكورة في الكتاب بالحصة اجيب ان من مشائخنا من لم يشتغل بالفرق وقال قياس ما ذكر هنا ان لا يجوز العقد في تلك المسائل في القن ويصير ما ذكر هنا رواية في تلك المسائل ومنهم من اشتغل بالفرق وهو الصحيح وهو ان المانع من حكم العقد هنا مقترن بالعقد لفظا ومعنى فاثر الفساد لان شرط الخيار يمنع الانعقاد في المشروط فيه فيكون كالمعدوم فلم ينعقد فيه ابتداء فينعقد في الآخر بالحصة ابتداء بخلاف تلك المسائل فان المانع مقترن فيها معنى لا لفظا فيدخل المدبر ومن معه في البيع لما ذكرنا من محليتهم في الجملة ثم يخرجون بناء على استحقاقهم التقسيم حكما شرعيا لم يتصل به حكم قاضي يسقطه وعلى ما ذكرنا يتفرع ما في فتاوى قاضي خان باع عبدين على انه بالخيار فيهما وقبضهما المشتري ثم مات احدهما لا يجوز البيع في الباقي وان تراضيا على اجازته لان الاجازة ح بمنزلة ابتداء العقد في الباقي بالحصة ولو قال البائع في هذه المسئلة نفذت البيع في هذا او في احدهما كان لغوا كانه لم يتكلم وخياره فيهما باق كما كان كما لو باع عبدا واحدا وشرط الخيار لنفسه فنفذ البيع في نصفه **قوله** ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ الخ المراد ان يشتري اخذ ثوبين او ثلثة غير معين على ان ياخذ ايهما شاء وهذا خيار التعيين يعني اي الثوبين او الثلاثة شاء على انه بالخيار ثلاثة ايام فيها يعينه بعد تعيينه للبيع اما اذا قال بعتك عبدا من هذين بمائة ولم يذكر قوله على انك بالخيار في ايهما شئت لا يجوز اتفاقا كقوله بعتك عبدا من عبيدي وان اشترى احد اربعة لا يجوز والقياس ان يفسد البيع في الكل في اخذ الاثنين والثلاثة كما يفسد في الاربعة وهو اي القياس قول زفر والشافعي وجه الاستحسان ان شرع الخيار في خيار الشرط للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لان الانسان قد يحتاج الى راي غيره في اختيار المبيعات وهو ليس بحاضر وليس بحيث يحضر لعلوه او لتجهها خصوصا اذا كانت اهله لا ينبغي ان يتركها تلج الاسواق وتمارس الرجال لشراء حاجتها فيحتاج ان يرفع اليه العدد من ذلك النوع ليختار الاوفق ولا يمكنه البائع من حمله اليه الا مبيعا فكان في معنى ما ورد به النص فيجوز غير ان الحاجة تندفع بالثلث لتحقق الجيد والردي والوسط فيها فيندفع بحمل واحد من كل نوع من الثلاثة فلا تشرع الرخصة في الزائد لان شرط الرخصة للحاجة وقول المصر والجهالة لا تفضي الى المنازعة جواب عن تعليل زفر والشافعي بها واذا ظهر ان جواز هذا البيع للحاجة الى اختيار ما هو الاوفق لمن يقع الشراء والارفق حاضرا وعن هذا ظهر انه لا يجوز للبائع بل يختص خيار التعيين بالمشتري لان البائع لا حاجة له الى اختيار الاوفق والارفق لان المبيع كان له قبل البيع وهو ادرى بما يلائمه منه فيرد جانب البائع الى القياس ولهذا نص في الجامع على انه

فرقيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا للاعتبار وفائدة الاشتراط اذا اريد كمال خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث عنده وبمدة معلومة ايتهما كانت عندهما ترك في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى احد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع في الحقيقة احدهما والآخر امانة ولو هلك بغير شيء واستحقاق احدهما او تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب وكذا لو هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما جميعا ولو مات من له الخيار فلوارثه ان يرد احدهما لان الباقي خيار التعيين لا الاختيار وهذا لا يتوقف في حق الوارث فاما خيار الشرط لا يورث وقد ذكر في

لا يجوز في جانب البائع وذكر الكرخي انه يجوز استحسانا لانه بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياسا على الشرط وانت تعرف الفرق ثم اختلف المشايخ في انه هل من شرط جواز هذا البيع اعني البيع الذي فيه خيار التعيين ان يكون فيه خيار الشرط كما قدمناه في الصورة قيل نعم كما هو المذكور في الجامع الصغير تصويرا على ما ذكرناه ونسبه قاضي خان الى اكثر المشايخ وقال شمس الائمة في جامعه هو الصحيح وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير وغيره والمذكور في الجامع الصغير من الصور وقع اتفاقا لا قيدا وصحح فخر الاسلام قال الصحيح عندنا انه ليس بشرط وهو قول ابن شجاع وجه الاشتراط وهو قول الكرخي ان القياس يأبى جواز هذا العقد بجهالة المبيع وقت لزوم العقد وانما جاز استحسانا بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه ولا يخفى ضعف هذا الكلام فانه يقتضي ان شرط الالحاق بالدلالة ان يكون في محل الصورة الملحق بها الصورة الثانية بالعبادة وكان يلزم ان لا يصح البيع بخيار النقد الا في بيع فيه خيار الشرط لان صحة البيع على انه ان لم ينقد الى ثلاثة ايام فلا بيع مما ثبت بدلالة نص خيار الشرط ولا يعلم اشتراط ذلك غير انهما ان تراضيا على خيار الشرط مع خيار التعيين ثبت حكمه وهو جواز ان يرد كلا من الثوبين الى ثلاثة ايام ولو بعد تعيين الثوب الذي فيه البيع لان حاصل التعيين في هذا البيع الذي فيه شرط الخيار انه عين المبيع لاجل الخيار لا انه يسقط خياره ولو رد احدهما كان بخيار التعيين ويثبت البيع في الآخر بشرط الخيار ولو مضت الثلاثة قبل رد شيء وتعينه لبطل خيار الشرط وانبرم البيع في احدهما وعليه ان يعين ولو مات المشتري قبل الثلاثة ثم بيع احدهما وعلى الوارث التعيين لان خيار الشرط لا يورث والتعيين ينتقل الى الوارث ليميز ملكه من ملك غيره على ما ذكرناه ولهذا لا يتوقف في حق الوارث كما ذكره المص لانه صار بمنزلة الشريك المختلط بالمال غيره فما لم يطلب شريكه القسمة لم يتعين عليه ولا يفوت حقه وان لم يتراضيا على خيار الشرط معه لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند ابي حنيفة كما في خيار الشرط لانه اصله وعندهما اي مدة تراضيا عليها بعد كونها معلومة وعلى هذا يجب انه اذا كان فيه خيار الشرط فمضت المدة حتى انبرم في احدهما ولزم التعيين ان يتقيد التعيين بثلاثة من ذلك الوقت وح فاطلاق الطحاوي قوله خيار الشرط موقت بالثلاث في قوله غير موقت بها عندهما وخيار التمييز غير موقت فيه نظر وقد طولب بالفرق على قول ابي يوسف حيث قصر المدة على الثلاثة في خيار النقد اخذا بالقياس ولم يقتصر في خيار التعيين عليها اجيب بان في خيار النقد تعليقا صريحا باداة الشرط فلا يكون الوارد في خيار الشرط واردا فيه بخلاف خيار التعيين فانه ليس فيه صريح التعليق فكان في معناه وهذا يوجب ان اخذه في خيار النقد في الثلاثة باثر ابن عمر فيه ونفي الزائد بالقياس واثر ابن عمر نقله الفقيه ابو الليث في شرح الجامع عن محمد بن الحسن عن عبد الله بن المبارك عن ابن جريج عن سليمان مولى ابن الزبير قال بعت من عبد الله بن عمر جارية على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بيننا فاجازه ابن عمر هذا البيع ولم يرو عن احد من الصحابة خلافه الا انه لا يطابق قول المص في خيار النقد فيما تقدم فان ابا يوسف مع اخذه في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس قوله ولو هلك احدهما او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالعيب علله المص بامتناع الرد بالعيب فيعرف منه ان هذا اذا كان بعد ان قبضهما لامتناع رده بسبب العيب الذي حدث فيه عنده وتقدم ان الهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فلو هلك الآخر بعده بلا شيء لانه تعين امانة اما لو هلك احدهما قبل القبض او تعيب فلا يبطل البيع والمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بثمنه وان شاء ترك ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع ولو هلكا معا بعد القبض لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع المبيع والامانة فليس احدهما اولى بكونه مبيعا من الآخر وكذا اذا هلكا على التعاقب ولم يدر السابق منهما واثر هذا انما يظهر اذا كان ثمنهما متفاوت الكمية فان كانا متفقين فلا وكذا اذا هلكا على التعاقب

ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار اخرى الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رح خاصة

فاختلفا في الهالك او لى فادعى البائع انه اكثرهما ثمنا وقال المشتري الاقل فان القول قول المشتري مع يمينه على ما استقر عليه قول ابي يوسف ومحمد وكان ابو يوسف يقول اولا يتحالفان فايهما نكل لزمه دعوى الآخر وان حلفا يجعل كانهما هلكا معا ثم رجع الى ما ذكرنا من قول محمد وايهما ابين قبل فان اقاما ما يقضي بينة البائع لاثباتها الزيادة ولو تعيبا معا بطل خيار الشرط وامتنع عليه ردهما وخيار التعيين على حاله فيمسك ايهما شاء بثمنه ويرد الآخر ولا يغرم من قيمة عيب المردود شيئا استحسانا لان المعيب محل لابتداء البيع ايضا بخلاف الهالك ليس محلا لابتدائه فليس محلا للتعيين ولو كان البيع فاسدا فقبضاه فاحدهما مضمون عليه بالقيمة والآخر امانة ولو ماتا جميعا ضمن نصف قيمة كل منهما بخلاف البيع الصحيح يضمن نصف ثمن كل فان قيل من اين يتعين المعيب للبيع دون الامانة واحدهما لا على التعيين مبيع كما ان احدهما لا على التعيين امانة ولامتناع الرد بان اعتبار البيع عمل بالدليلين الحادث وهو البيع فانه سبب لايجاب الضمان ذكره القاضي الغزنوي في مختلفاته واما عدم الضمان على الامين فبالاستصحاب الحال فان قيل فلم لم يضمن الآخر اذا هلك ثانيا باعتبار انه مقبوض على سوم الشراء الجواب يمنع انه كذلك بل المقبوض كل منهما على حقيقة الشراء لاحدهما وليس هنا شيء على سوم الشراء لان ما على سوم الشراء لا يخرجه عقد بل يعين الثمن فقط وهنا يخرج تمام العقد فلزم بالضرورة ان قبض النعلين على ان احدهما غير عين مبيعا واحدهما غير عين امانة فاذا فرض وجود ما يعين المبيع منهما من الاسباب تعين الآخر للامانة فان قيل لا شيء انعكس حكم طلاق احدى الزوجين وعتق احد العبدين هنا حيث يتعين للطلاق والعتاق الباقي لا الهالك المبيع وهنا يتعين الهالك للبيع اجاب على القسمين بانه لا فرق في الحاصل لان الهالك يهلك على ملكه في المسائل كلها غير انه اذا هلك كل من الزوجة والعبد على ملكه تعين الباقي بالضرورة للطلاق والعتاق فاذا هلك العبد هنا على ملكه تعين الباقي للامانة وانت تعلم ان حقيقة السؤال انه لاي شيء جعل الهالك هنا هو المحل للتصرف دون الباقي وهناك جعل المحل للتصرف الباقي دون الهالك مع ان التصرف في الكل لا في الاحد الدائر بين المعينين فلا بد من الفرق وهو ان العبد هنا لما اشرف على الهلاك خرج من ان يكون محلا للرد بالوجه الذي قلناه من المختلفات فتعين العقد فيه بتعيين الباقي للضرورة وحين اشرفت الزوجة والعبد على الهلاك لم يخرجا عن كونهما محلا للرد بالوجه محلا للطلاق والعتاق وهو التصرف فتعين الباقي لها ضرورة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على انه بالخيار ثلاثة ايام فهلك احدهما فانه يمتنع عليه رد الآخر لان العقد تناولهما جميعا حتى ملك اتمام العقد فيهما فاذا تعذر عليه رد احدهما لا يتمكن من رد الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وهنا العقد لما تناول احدهما حتى لا يملك اتمام العقد فيهما

قوله ومن اشترى دارا على انه بالخيار ثلاثة ايام او اقل او اكثر عندهما فبيعت دار الى جانبها فاخذها بالشفعة فهو رضا بالبيع فيسقط خياره واستفدنا من هذا ان من اشترى دارا بالخيار له ان يشفع بها فيما يباع بجنبها لان له الاجازة والرضا والشفعة بها رضا بها لانها تدل على اختياره للملك فيما يشفع به لانه اي الشان ما ثبتت الشفعة الا لدفع ضرر الجوار وذلك اي ضرر الجوار يحصل باستدامة الملك فحيث شفع دل على انه مستديم للملك فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رح خاصة لانه القائل بان المشتري بالخيار للمشتري لا يدخل في ملك المشتري فلا يشفع بها وقد قال يشفع بها فيحتاج الى جعله فعلا يفيد الرضا بالبيع فيلزم البيع فيثبت الملك من وقت عقد الخيار فيكون سابقا على شراء ما فيه الشفعة اما على قولهما فلا حاجة لانهما قائلان بان المشتري بالخيار ملكها فيتجه له الشفعة بها والوجه انهما ايضا يحتاجان الى زيادة ضميمة لان الملك وان كان ثابتا عندهما فلدفعه فهو مزلزل والشفعة لدفع الضرر المستقر

قال وإذا اشترى الرجلان عبدا على أنهما بالخيار فرضي أحدهما فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة رح وقالا له أن يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما أن إثبات الخيار لهما إثباته لكل واحد منهما فلا يسقط بإسقاط صاحبه لما فيه من إبطال حقه وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما رده معيبا به وفيه إلزام ضرر زائد وليس من ضرورة إثبات الخيار لهما الرضاء برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد قال ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك لأن هذا وصف مرغوب فيه فيتحقق في العقد بالشرط أثر فوائته يوجب التخيير لأنه ما رضي بدونه

فحين شفع دل على قصده استيفاء الملك فيسقط خياره فلا يفسخ بعد ذلك وفي المبسوط على تقدير أنه لم يملكها على قول أبي حنيفة وعدم تمام التمليك قال لأنه صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب فإنهما يستحقان الشفعة وإن لم يملكا رقبة الدار بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع فإن المشتري هنا لم يصر أحق بالتصرف ولو اعتبر المأذون والمكاتب كالوكيل عن السيد في الحال كان حسنا ويرجع الآخذ بالشفعة إلى سبب الملك هذا ولو كان خيار رؤية كان له أن يشفع في الدار المبيعة إلى جانبها قولا واحدا لأن خيار الرؤية حتى إذا رآها كان له أن يردها بعد ما شفع بها وسيأتي أنه لو أسقط خيار الرؤية صريحا لا يسقط لأنه معلق بالرؤية فقبلها هو عدم تحقيقه قولنا ثبت له خيار الرؤية أنه إذا رآها ثبت له خيار الرؤية وكذا لا يبطل خيار العيب بالأخذ بالشفعة **قوله** إذا اشترى الرجلان عبدا على

أنهما بالخيار ورضي أحدهما بالبيع بطل خيار الآخر فليس له أن يرده عند أبي حنيفة رح وقالا له أن يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية بأن اشترى الرجلان شيئا فاطلع على عيبه فرضي به أحدهما دون الآخر لم يكن للآخر رده عنده وعندهما له ذلك واشتريا ولم يريا فعند الرؤية رضي أحدهما دون الآخر لهما أن إثبات الخيار والإجابة لكل منهما فلا يسقط حقه بإسقاط صاحبه حقه وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما رده معيبا به وفيه إلزام ضرر زائد فإن البائع كان بحيث ينتفع به متى شاء كيف شاء فصار بحيث لا يقدر على ذلك إلا بطريق المهايأة واختيار ما شرع لدفع الضرر عن أحدهما بإلحاق الضرر بالآخر فإن قيل هذا الضرر حصل في ملك البائع قلنا ممنوع لأنه بعد خروجه عن ملكه فإن مع اختيار المشتري يخرج المبيع عن ملك البائع فإن قيل لما شرط الخيار لهما فقد رضي بهذا العيب أجيب بأنه إنما رضي به في ملكهما فإن قيل بل رضي به مطلقا لأن الخيار معلوم أنه قد يكون عنه فسخ وقد يكون عنه إبرام فشرط رضا الكل من الأمرين أجاب عنه المصنف بقوله وليس من ضرورة إلخ يعني لا يلزم من كونه شرطا لهما أن يكون أيضا يفسخ أحدهما بجواز كونه قضاه بفسخهما فإذا جاز هذا كان هو الظاهر إذ الظاهر أن التصرف من العاقل إذا احتمل كلا من أمرين في أحدهما ضرر دون الآخر أنه إنما أراد المحتمل الذي لا ضرر فيه لأن الظاهر بل اللازم عدم قصد العاقل إلى ما لا يضره بلا فائدة **قوله** ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب أي حرفته ذلك فإن كان بخلاف ذلك فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك ولو مات هذا المشتري انتقل الخيار إلى ورثته إجماعا لأنه في ضمن ملك العين وهذا الشرط حاصله شرط وصف مرغوب فيه في المبيع ولو كان موجودا فيه دخل في العقد ومن كان من مقتضياته فكان شرطه إذا لم يكن فيه ضرر صحيحا فالأصل في اشتراط الأوصاف أن ما كان وصفا للظرف فيه فهو جائز وما لا فيه غرر لا يجوز إلا أن يكون اشتراطه بمعنى البراءة من وجوده وهو ليس مرغوبا فيه فعلى هذا يتفرع ما لو باع ناقة أو شاة على أنها حامل أو تحلب كذا فالبيع فاسد عندنا خلافا للشافعي على الأصح عنده ولأنه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها حتى لو شرط أنها حلوب جاز كما إذا شرط في الفرس أنها هملاج وفي الكلب أنه صائد حيث يصح ومنه شرط كونه ذكرا أو أنثى وشرط الثمن مكفولا أما لو اشترى جارية على أنها حامل فاختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز كالناقة والشاة وقيل يجوز إن الحبل في الجواري عيب بخلاف البهائم فكان ذكره ذلك للبراءة عن هذا العيب وقيل إن اشتراها ليتخذها ظئرا فشرط أنها حامل يعني ذلك غرضه للبائع فالبيع فاسد لأنه شرط زيادة مجهولة في وجودها غرر فكانت كالناقة وإن لم يرد ذلك جاز حملا لقصد البراءة من عيب الحبل ومنه لو اشتراه على أنه معيب فوجده سليما صح وكان له هذا ومذهب الحسن عن أبي حنيفة رح في شرط الحمل في البقرة والجارية أنه يجوز وروى ابن سماعة عن محمد في اشتراط أنها حلوبة لا يجوز لأن المشروط هنا أصل من وجه وهو اللبن قال محمد في مسئلتنا فإن

وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورة والانوثة في الحيوان واوصاف الفواكه وصف السلامة واذا اخذه باجمع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

قبضه المشتري ووجده كاتبا او خبازا على ادنى ما ينطلق عليه الاسم لا يكون له حق الرد ومعناه ان يوجد منه ادنى ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز اعني الاسم الذي يشهر بالحرفة فلو فعل من ذلك ما ليس كذلك كان له حق الرد بان يكتب شيئا يسيرا ناقصا في الوضع او يخبز قدرا يدفع عنه الهلاك باكله واذا لم يجده كما شرط وامتنع الرد بسبب من الاسباب رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن بان يقوم العبد كاتبا وغير كاتب فيرجع بالتفاوت وعن ابي حنيفة رح لا يرجع بشيء لان ثبوت الخيار للمشتري بالشرط لا بالعقد وتعذر الرد في خيار الشرط لا يوجب الرجوع على البائع فكذا هذا والصحيح ما في ظاهر الرواية وبه قال الشافعي لان البائع عجز عن تسليم وصف السلامة كما في العيب ولو اختلف المشتري والبائع بعده فقال المشتري لم اجده كاتبا وقال البائع سلمته اليك كاتبا ولكنه نسي عندك والمدة تحتمل انه ينسى في مثلها فالقول للمشتري والاصل في هذا ان القول لمن يتمسك بالاصل وان العدم في الصفة العارضة اصل والوجود في الصفات الاصلية اصل وشهادة النساء بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال حجة اذا تأيدت بمؤيد وان لم تتأيد تعتبر في ثبوت توجه الخصومة لا في الزام الخصم اذا عرف هذا فاذا اختلفا قبل القبض او بعده فقال المشتري ليس بهذا الوصف وقال البائع هو بهذا الوصف للحال يؤمر بالخبز والكتابة فان فعل ما ينطلق عليه الاسم على ما ذكرنا لزم المشتري والا يرد ولا يعتبر قول العبد في ذلك وان قال البائع سلمته بها ونسي عندك والمدة تحتمل ذلك والمشتري ينكر ذلك فالقول قول المشتري ويرده لان الاصل عدم هذه الصفة وان لم يكن قبضه لم يجبر على قبضه ودفع الثمن حتى تعرف هذه الصفة ولو اشترى جارية على انها بكر ثم اختلفا قبل القبض او بعده فقال البائع بكر للحال وقال المشتري ثيب فان القاضي يريها النساء فان قلنا بكر لزم المشتري بلا يمين البائع لان شهادتهن تأيدت هنا بمؤيد لان الاصل البكارة وان قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لان الفسخ حق قوي وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد بمؤيد لكن يثبت حق الخصومة ليتوجه اليمين على البائع اذ لا بد للمشتري من الدعوى والخصومة حق ضعيف لانها ليست بمقصودة لذاتها فجاز ان تثبت بشهادتهن فيحلف البائع بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر فان لم يكن قبض يحلف بالله لقد بعتها وهي بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزم المشتري وروي عن ابي يوسف ومحمد في رواية انها ترد بشهادتهن قبل القبض بلا يمين من البائع وان لم يكن عند القاضي من النساء من يوثق بهن لا يحلف البائع لان العيب لم يثبت للحال فلا يثبت حق الخصومة فلا يتوجه اليمين على البائع فتلزم الجارية على المشتري الى ان يحضر من النساء من يوثق بهن ولو قال بعتها وسلمتها اليك وهي بكر وزالت في يدك فالقول قوله لان الاصل هو البكارة ولا يريها القاضي النساء لان البائع مقر بزوال البكارة وانما يقول زالت في يدك واعلم انه اذا اشترط في المبيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه فتارة يكون البيع فاسدا وتارة يستمر على الصحة ويثبت للمشتري الخيار وتارة يستمر صحيحا ولا خيار للمشتري وهو ما اذا وجده خيرا مما شرطه وضابطه ان كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار والثياب اجناس اعني البرود الاسكندري والمروي والكتان والقطن والذكر مع الانثى في بني آدم جنسان وفي سائر الحيوانات جنس واحد والضابط فحش التفاوت في الاغراض وعدمه فاذا اشترى ثوبا على انه اسكندري فوجده بلديا او هندي فوجده مرويا او كتان فوجده قطنا او ابيض فوجده مصبوغا او مصبوغ بعصفر فاذا هو بزعفران او دارا على ان بناها آجر فاذا هو لبن او على ان لا بناء ولا نخل فيها فاذا بها بناء او نخل او ارضا على ان جميع اشجارها مثمرة فوجد واحدة غير مثمرة او على انه عبد فاذا هو جارية او فرس على انه ياقوت فاذا هو زجاج فهو فاسد في جميع ذلك ولو اشترى جارية على انها مولدة الكوفة فاذا هي مولدة بغداد او غلاما على انه تاجر او كاتب فاذا هو لا يحسنه او على انه فحل فاذا هو خصي او عكسه او انها بغلة فاذا هو بغل او ناقة فكان جملا او لحم مغز فكان لحم

باب خيار الرؤية

ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده وقال الشافعي رح لا ينعقد اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله ع من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه

ضان او على عكسه ونحو ذلك فله الخيار فلو اشترى على انه بغل فوجده بقلة او حمارا او بعيرا فاذا هو آتان او ناقة او جارية على انها رقاء او حبلى او ثيب فاذا هي بخلافه جاز ولا خيار له لانه صفة افضل من المشروط وينبغي في مسئلة البعير والناقة ان يكون في العرب واهل البوادي الذين يطلبون الدر والنسل اما اهل المدن والمكارية فالبعير افضل ولو باع دارا بما فيها من الجذوع والخشب والابواب والنخيل فاذا ليس فيها شيء من ذلك لا خيار للمشتري ✤

باب خيار الرؤية قدمه على خيار العيب لانه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم واللزوم بعد التمام والاضافة من قبيل اضافة الشيء الى شرطه لان الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية **قوله** ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده سواء رآه على الصفة التي وصفت له او على خلافها مثل ان يشتري جرابا فيه اثواب هروية او زيتا في زق او منطقة في غرارة من غير ان يرى شيئا ومنه ان يقول بعتك درة في كمي صفتها كذا او ثوبا في كمي صفته كذا او هذه الجارية وهي حاضرة منتقبة له الخيار اذا رآها من ذلك وفي المبسوط الاشارة اليه او الى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه ولا الى مكانه لا يجوز بالاجماع انتهى لكن اطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمى جنس المبيع اولا وسواء اشار الى مكانه او اليه وهو حاضر مستور او لا مثل ان يقول بعت منك ما في كمي بل عامة المشايخ قالوا اطلاق الجواب يدل على الجواز عنده ولائمة قالوا لا يجوز بجهالة المبيع من كل وجه والظاهر ان المراد بالاطلاق ما ذكره شمس الائمة وغيره كصاحب الاسرار والذخيرة لبعد القول بجواز ما لم يعلم جنسه اصلا كان يقول بعتك شيئا بعشرة وقول المص وقال الشافعي لا يجوز العقد اصلا هو فيما لم يسم جنسه قولا واحدا انه لا يجوز واما فيما سمى جنسه وصفته على ما نقل في شرح الوجيز والحلية انه يجوز على قوله القديم وعلى قوله الجديد لا يجوز وعن مالك واحمد مثل قولنا واختاره كثير من اصحاب الشافعية منهم القفال وهو قول عثمان رض بن عفان وطلحة رض وذكر المص رح في وجه قوله ان المبيع مجهول مقتصرا عليه يعني وكلما كان كذلك لا يجوز بيعه لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ونهيه عن بيع ما ليس عند الانسان وما ذلك الا للجهالة قلنا لا النهي عن بيع ما ليس عندك فالمراد منه ما ليس في الملك اتفاقا لا ما ليس في حقيقتك ونحن شرطنا في هذا البيع كون المبيع مملوكا للبائع فقضينا عهدته واما بيع الغرر فلفظه يفيد انه غيره وذلك ليس الا بان يظهر له ما ليس في الواقع فيتبين عليه فيكون مغرورا لا بذلك فيظهر له خلافه فيتضرر به وكيف كان فلا شك بعد القطع ونحن نقطع بان النهي عن ذلك لما يلزم من الضرر فيه ونقطع بان لا ضرر فيما اخبرنا من ذلك انما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار اذا رآه فاما اذا اوجبنا له الخيار اذا رآه فلا ضرر فيه اصلا بل فيه محض مصلحة وهو ادراك حاجة كل من البائع والمشتري فانه لو كان له به حاجة وهو غائب واوقفت جواز البيع على حضوره ورؤيته وربما يفوت بان يذهب فيساومه فيه آخر او فيشتريه منه فكان في الشرع هذا البيع على الوجه الذي ذكرنا من اثبات الخيار عند رؤيته محض مصلحة لكل من العاقدين من غير لحوق شيء من الضرر فانا نتناول له النهي عن بيع الغرر والاحكام لم تشرع الا لمصالح العباد قطعا فكان مشروعا قطعا فوجب ان يحمل الحديث على البيع الباتات الذي لا خيار فيه لانه هو الذي يوجب ضرر المشتري والنهي قطعا ليس الا لذلك فظهر ان كلا من الحديثين لم يتناولا ما اخبرناه فكان نفيه قولا بلا دليل وكفانا في اثباته المعنى وهو انه مال مقدور التسليم لا ضرر في بيعه على الوجه المذكور فكان جائزا ويبقى الحديث الذي ذكره المص زيادة في الخبر وهو ما رواه ابن ابي شيبة والبيهقي مرسلا حدثنا اسمعيل بن عياش عن ابي بكر بن عبد الله بن ابي مريم عن مكحول رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم

وكذا اذا قال رضيت ثم رآه له ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضاء بالشئ قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت

من اشترى شيا لم يره فله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء تركه والمرسل حجة عند اكثر اهل العلم وتضعيف ابن ابى مريم بجهالة عدالته لا ينفى علم غير المضعفين بها وقد روى هذا الحديث ايضا الحسن البصرى وسلمة بن المحبق وابن سيرين وهو راى ابن سيرين ايضا وعليه مالك واحمد وهو من نقل عنه تضعيف ابن ابى مريم فدل قبول العلماء على ثبوته والحق ان عمل من ضعف ابن ابى مريم على وفق حديثه يقتضى على ان العمل على وفق الحديث هل هو تصحيح له وهى مسئلة مختلفة بين الاصوليين والمختار لا ما لم يعلم انه عمل من الحديث وقد روى الحديث ايضا مرفوعا رواه ابو حنيفة رح عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن ابى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم من اشترى شيا لم يره فهو بالخيار اذا رآه ورواه الدارقطنى من طريق ابى حنيفة رح الا ان فى طريقه الى ابى حنيفة عمر بن ابراهيم الكردى نسب الى وضع الحديث هذا ولا بد من كون المراد فى الحديث بالرؤية العلم بالمقصود وهو من عموم المجاز عبر بالرؤية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية من افراد المعنى المجازى وهذا لوجود مسائل اتفاقية لا يكتفى بالرؤية فيها مثل ما اذا كان المبيع مما يعرف بالشم كمسك اشتراه وهو يراه فانه انما يثبت الخيار له عند شمه فله الفسخ عند شمه بعد رؤيته وكذا لو راى شيا ثم اشتراه فوجده متغيرا لان تلك الرؤية غير معرفة للمقصود الان وكذا شراء الاعمى يثبت له الخيار عند الوصف لقيام الوصف مقام الرؤية وقول المص فصار كجهالة الوصف فى المعاين المشار اليه يعنى فيما لو اشترى ثوبا مشارا اليه لا يعلم عدد ذرعانه يريد تشبيه بذلك فى مجرد ثبوت الجواز لا بقيد ثبوت الخيار لانه لا خيار فى المشبه به اعنى الثوب وهو بناء على لزوم ذكر الجنس فى هذا البيع فيبقى الفائت مجرد علم الوصف وقوله وكذا قال رضيت الخ اى وكذا له الخيار اذا رآه يعنى اذا قال رضيت كائنا ما كان قبل الرؤية ثم رآه لان يرده لان ثبوت الخيار معلق فى النص بالرؤية حيث قال فهو بالخيار اذا رآه والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والاسقاط لا يتحقق قبل الثبوت وقوله وحق الفسخ الخ جواب عن سؤال مقدر هو طلب الفرق بين الفسخ والاجازة قبل الرؤية فانه اذا اجاز قبلها لا يلزم واذا فسخ قبلها لزم مع استوائهما فى التعريفين فى تعلقهما بالشرط فى الحديث ولا وجود للمعلق قبل الشرط وحاصل الجواب ان المعلق بالشرط هو عدم قبل وجوده اذا لم يكن له سبب غير ذلك الشرط فان الشئ قد يثبت باسباب كثيرة فالحديث لما علق الخيار بالرؤية ثبت به تعليق كل من الاجازة والفسخ بها لان معنى الخيار ان له ان يجيز وان يفسخ ثم لم يثبت للاجازة سبب آخر فبقى على العدم حتى يثبت سببه وهو الرؤية بخلاف خيار العيب فان سببه وهو العيب قائم قبل الرؤية فاذا قال رضيت قبل الرؤية سقط خياره اذا اطلع عليه لرضاه بالعيب قبل ذلك واما الفسخ فيثبت له سبب آخر وهو عدم لزوم هذا العقد على المشترى وما كان غير لازم عليه له ان يفسخه بالضرورة كالعارية والوديعة والا فهو لازم وقد فرض غير لازم هذا خلف وقد سلك المص مسلك الطحاوى فى عدم نقل خلاف فى جواز الرد قبل الرؤية ونقل فى التحفة فيه اختلاف المشائخ منهم من منع وانه لا رواية فيه واما قول المص ولان الرضا بالشئ قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرد فلو لو تم لزم وان لا يصح البيع بشرط البراءة من العيوب لان حاصله الرضا بالمبيع قبل رؤية العيب ثم لمن يمنع الفسخ قبل الرؤية ان يمنع وجود سبب آخر غير الرؤية وقولكم عدم اللزوم سبب آخر قبل الرؤية قلنا يمنع تحقق عدم اللزوم بل نقول قبل الرؤية البيع بات فليس له فسخه فان الشارع علق اثبات قدرة الفسخ والاجازة التى هى الخيار بالرؤية فقبله يثبت حكم السبب وهو اللزوم الى غاية الرؤية ثم يرفع عندها فيثبت قدرة الفسخ والاجازة معا واعلم ان خيار الرؤية يثبت فى اربعة مواضع ليس غير شراء الاعيان والاجارة والصلح عن دعوى مال على عين والقسمة وعرف من هذا انه لا يكون فى الديون فلا يكون فى السلم فيه

قال ومن باع ما لم يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة رح يقول وله الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضاء دلالة وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال وجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه وروى ان عثمان بن عفان رض باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله رض فقيل لطلحة رض انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان رض انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم رض فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رض ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب وتصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم يبطله قبل الرؤية لانه يربو على صريح الرضاء ويبطله بعد الرؤية لوجوده دلالة الرضاء

ولا في الاثمان الخالصة بخلاف ما لو كان المبيع انا من احد النقدين فان فيه الخيار ولو تبايعا مقايضة ثبت الخيار لكل منهما ومحله كل ما كان في عقد ينفسخ بالفسخ لا ما لا ينفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع ان كانت اعيانا لان لا يفيد فيها لان الرد لما لم يوجب الانفساخ بقي العقد قائما وقيامه يوجب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة فلو كان له ان يرده لكان له ان يرده ابدا وليس للبائع ان يطالب المشتري بالثمن ما لم يسقط خيار الرؤية منه ولا يتوقف الفسخ على قضاء ولا رضا بل بمجرد قوله رددت ينفسخ قبل القبض وبعده لكن يشترط علم البائع عند ابي حنيفة ومحمد رح خلافا لابي يوسف رح كما هو خلافهم في الفسخ في خيار الشرط **قوله** ومن باع ما لم يره بان ورث عينا من الاعيان في بلدة اخرى فباعها قبل ان يراها فلا خيار له وكان ابو حنيفة رح يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب فانه يثبت للبائع حتى جاز ان يرد الثمن بالنبهرجة وخيار الشرط فانه يجوز لهما ولو اقتصر على خيار العيب كان اقرب لان ثبوته في العيب معقول لاحتباس ما هو بعض المبيع عند البائع فكان سبيل من ترك حقه او اخذه باخذ الثمن ورد المبيع بخلاف خيار الشرط وفي عدم الرؤية لتحصيل شرط البيع وهو العلم التام بالمبيع غير انه جوز متاخرا للمصلحة التي ذكرناها ثم تقرير المص حيث قال وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا دلالة لا يعني في حق البائع وثبوتا في حق المشتري ولا يتحقق ذلك اي تمام الرضا الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية بحال انه قياس يجامع عدم الرضا بالبيع على الثبات وهو تعليل بالعدم وحاصله ان ثبوت الخيار لعدم تمام الرضا باحكام العقد فكذا هنا ويرد عليه ان حكم الاصل اعني خيار الشرط متوقف شرعا على تراضيهما فقياسه ان يكون هكذا يثبت الخيار بتراضيهما لا اذا اسكتا فيلزم رح فكذا هنا وليس الواقع هذا المظهر اختلاف حكم الاصل والفرع ولو لم يختلفا فالاصل معدول عن القياس فلا يقاس عليه فكذا حق له ان يرجع وذكر للمرجوع اليه وجهين احدهما انه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه ولا يخفى انه نفي للحكم بمفهوم الشرط اذ حاصله انتفاء الحكم لانتفاء الشرط والثاني ما اخرجه الطحاوي ثم البيهقي عن علقمة بن ابي وقاص ان طلحة رض اشترى من عثمان بن عفان رض مالا فقيل لعثمان انك قد غبنت فقال عثمان لي الخيار لاني بعت ما لم اره وقال طلحة رض لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم رض فقضى ان الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان والظاهر ان مثل هذا يكون بمحضر من الصحابة رض لان قضية يجري فيها التخاصم بين رجلين كبيرين ثم انهما حكما غيرهما فيها فالغالب على الظن شهرتها وانتشار خبرها فحين حكم جبير بذلك ولم يرو عن احد خلافه كان اجماعا سكوتيا ظاهرا **قوله** ثم خيار الرؤية غير موقت بوقت خلافا لما ذهب اليه بعض المشايخ من انه موقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ فاذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره ولزم البيع فيه والمختار انه لا يوقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله ويبطله ما يبطل خيار الشرط من تعيب يعني بعد الرؤية او تصرف يبطل خيار الرؤية بقيد تفصيل يذكره في التصرف لا مطلقا فلذا وصله بقوله ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه للتصرف كالاعتاق للعبد الذي اشتراه ولم يره وتدبيره او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع ولو بشرط الخيار للمشتري لخلوص الحق فيه للمشتري وقوله كالبيع المطلق اشار به المطلق عن شرط الخيار للبائع لان به لا يخرج المبيع عن ملكه وكالهبة مع التسليم والرهن والاجارة تبطل خيار الرؤية سواء وجدت بعد الرؤية او قبلها لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ واذا تعذر الفسخ شرعا بطل الخيار ووجب تقدير قيد في الحديث فيكون قوله صلى الله عليه وسلم له الخيار اذا رآه مقيدا بما اذا لم يوجب موجب شرعي عدمه اذا رآه وحاصله تقدير مخصص بالعقل وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار للبائع والمساومة بالمبيع وهبته بلا تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لو ابطل الخيار كان باعتبار دلالته على الرضا وصريح الرضا قبل الرؤية لا يبطل الخيار فبدلالته اولى

قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب مطويا او الى وجه الجارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له والاصل في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع اشياء فان كان لا يتفاوت آحادها كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي اردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وان كان يتفاوت آحادها كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي رح وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف به صفة البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب مطويا يعلم البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو الكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروي عن ابي يوسف رح وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود

لوجود دلالة الرضا ولما كان قوله وما يبطل خيار الشرط بيطله مقيدا بالتفصيل المذكور سقط الاعتراض بالاخذ بالشفعة وبالعرض على البيع فانهما اذا وجدا من المشتري الذي له خيار الشرط يبطل خياره ولا يبطل بهما خيار الرؤية بل له ان ياخذ بالشفعة ثم يرد الدار عند الرؤية كما ذكرنا من ان دلالة الرضا لا تعمل في اسقاط خيار الرؤية قبل الرؤية ثم في التصرف الذي تعلق فيه حق الغير لو عاد الى ملكه يرد بقضاء او بفك الرهن او فسخ الاجارة قبل الرؤية ثم راه لا خيار له لانه سقط فلا يعود الا بسبب جديد الا في رواية عن ابي يوسف وثبوت الخيار له بظاهر النص تقدم وجوب تخصيصه وكانت هذه الرؤية الكائنة بعد العود من مجال التخصيص ومما يسقط خيار الرؤية ان يقبضه اذا راه لدلالة القبض بعد الرؤية على الرضا به قوله ومن نظر الى وجه الجارية الخ والاصل في هذا ان رؤية جميع اجزاء المبيع غير شرط في انتفاع ثبوت خيار الرؤية لتعذره عادة وشرعا والاجتزاء بنظر الى عورة العبد والامة التي يريد ان يشتريها ولزم في صحة بيع الصبرة النظر الى كل حبة حبة منها ولا قائل بذلك فيكتفى برؤية ما هو المقصود فاذا راه جعل غير المرئي تبعا للمرئي فاذا سقط الخيار في الاصل سقط في التبع اذا عرف هذا فمبنى عليه ان من نظر الى وجه الجارية او العبد ثم اشتراه فرأى الباقي فلا خيار له فليس له رد وبخيار الرؤية بخلاف ما لو رأى بطنها او ظهرها وسائر اعضائهما الا الوجه فان له الخيار اذا رأى وجهها لان سائر الاعضاء في العبد والامة تبع للوجه ولذا تتفاوت القيمة اذا فرض تفاوت الوجه مع تساوي سائر الاعضاء وفي الدواب يعتبر رؤية الوجه والكفل لانهما المقصودان فيسقط برؤيتهما ولا يسقط برؤية غيرهما منهما وقيل لا يسقط ما لم يرى قوائمها وهو المروي عن ابي يوسف ونقل صاحب الاجناس عن الجرجاني عن ابي حنيفة رح في الدابة اذا رأى عنقها او فخذها او ساقها او جنبها او صدرها ليس له خيار الرؤية وان رأى جانبا او ناحيتها فله الخيار وعن محمد يكفي الوجه اعتبارا بالعبد وفي رواية المعلى عن ابي حنيفة يعتبر في الدواب عرف التجار وفي شاة اللحم لا بد من الجس باليد فلا يكتفى بالرؤية ما لم يجسها لان المقصود اللحم وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود فلا يسقط الخيار بدون ذلك وكذا اذا رأى وجه الثوب مطويا لان البادي يعرف في الطي فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسير ثوبه ونقصان بهجته وبذلك يتقيد ثمنه عليه اللهم الا ان يكون له وجهان فلا بد من رؤية كلا الوجهين او يكون في طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم ثم قيل هذا في عرفهم اما في عرفنا فما لم ير باطن الثوب لا يسقط خياره لانه استمر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب وهو قول زفر وفي المبسوط الجواب على ما قال زفر وفي البساط لا بد عن رؤية جميعه ولو نظر الى ظهور المكاعب لا يبطل خياره ولو نظر الى وجهها دون الصدر يبطل قيل وينبغي ان ينظر الى الصدر في زماننا لتفاوته وكونه مقصودا وفي الجبة لا يبطل خياره برؤية باطنها ويبطل برؤية ظاهرها الا اذا كانت البطانة مقصودة بان كان بها فرو واما الوساده المحشوة اذا رأى ظاهرها فان كانت محشوة مما يحشى به مثلها يبطل خياره وان كان مما لا يحشى به مثلها فله الخيار هذا اذا كان المبيع واحدا فان دخل في البيع اشياء فان كانت الآحاد لا تتفاوت كالمكيل والموزون فعلامته اي علامة ما لا يتفاوت آحاده ان يعرض بالنموذج فيكتفى برؤية واحد منها في سقوط الخيار الا اذا كان الباقي اردى مما رأى فح يكون له الخيار يعني خيار العيب لا خيار الرؤية ذكره في الينابيع وفي المكافي اذا كان اردى لا خيار له لانه انما رضي بالصفة التي رآها لا بغيرها وهذا التعليل يفيد انه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق كلام المص والتحقيق انه في بعض الصور خيار عيب وهي ما اذا كان اختلاف الباقي يوصله الى حد العيب وخيار الرؤية انما كان لاختلاف لا يوصله الى اسم العيب بل الى

قال وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذلك اذا رأى خارج الدار او رأى اشجار البستان من خارج وعند زفر لابد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلابد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل

وقد يجتمعان فيما اذا اشترى مالم يره فلم يقبضه حتى ذكر له البائع به عيبا ثم اراه المبيع في الحال وان كانت احاده متفاوتة كالثياب والدواب والعبيد فلابد من رؤية كل واحد لكن على الوجه الذي ذكرنا اعني رؤية ما هو المقصود من كل واحد والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكر الكرخي قال المص وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة وبه صرح في المحيط وفي المجرد هو الاصح ثم السقوط برؤية البعض في المكيل اذا كان في وعاء واحد اما اذا كان في وعاءين او اكثر اختلفوا فمشائخ العراق على ان رؤية احدهما كرؤية الكل ومشائخ بلخ لا يكفي بل لابد من رؤية كل وعاء والصحيح انه يبطل برؤية البعض لانه يعرف حال الباقي بهذا اذا ظهر له ان ما في الوعاء الاخر مثله او اجود واما اذا كان ادنى فهو على خياره وان كان مما يتفاوت احاده كالبطاطيخ والرمان فلا يكفي رؤية بعضها في سقوط خياره في الباقي ولو قال رضيت واسقطت خياري وفي شراء الرحا بآلاته لابد من رؤية الكل وكذا السرج بآلاته ولبدة لابد من رؤية الكل قوله وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذا اذا رأى خارج الدار او رأى اشجار البستان من خارج لان النظر الى جميع اجزائها متعذر اذ لا يمكن النظر الى ما تحت الثياب وما بين الحيطان من الجذوع فيكتفى برؤية المقصود منها وعند زفر لابد من دخول البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفق عادتهم في الابنية الكوفة فان دورهم لم تكن متفاوتة اما في ديارنا فلابد من الدخول داخل الدار كما قال زفر لتفاوت الدور بكثرة المرافق وقلتها فلا يصير معلوما بالنظر الى صحنها وهو الصحيح وهذا لا يفيد الا ان يقال وكل من ذلك مقصود وعلى هذا ما ذكر من انه لا يشترط رؤية العلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة على خلاف بلادنا بديار مصر وشرط بعضهم رؤية الكل وهو الاظهر والاشبه كما قال الشافعي وهو المعتبر في ديار مصر والشام والعراق واما ما ذكر في الاشجار من الاكتفاء برؤية رؤس الاشجار او رؤية خارجه فقد انكر بعض المشائخ هذه الرواية وقال المقصود من البستان باطنه فلا يكتفى برؤية ظاهره وفي جامع قاضي خان لا يكتفى برؤية الخارج ورؤس الاشجار انتهى وفي الكرم لابد من رؤية عنب الكرم من كل نوع شاء وفي الرمان لابد من رؤية الحلو والحامض ولو اشترى دهنا في زجاجة فرؤيته من خارج الزجاجة لا تكفي حتى يصبه في كفه عند ابي حنيفة رح لانه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل وعن محمد يكتفي لان الزجاج لا يخفي صورة الدهن وروى هشام ان قول محمد موافق لقول ابي حنيفة وفي التحفة لو نظر في المرآة فرأى المبيع قالوا لا يسقط خياره لانه ما رأى عينه بل مثاله ولو اشترى سمكا في الماء يمكن اخذه من غير اصطياد فرآه في الماء قال بعضهم يسقط خياره لانه رأى عين المبيع وقال بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لان المبيع لا يرى في الماء على حاله بل يرى اكبر مما هو فهذه الرؤية لا تعرف المبيع واما اذا كان المبيع مغيبا في الارض كالجزر والبصل والثوم والفجل ونحوها لم يذكر في ظاهر الرواية وروى بشر عن ابي يوسف ان كان شيئا يكال او يوزن بعد القلع كالثوم والبصل وبصل الزعفران والشلجم ان باعه بعد ما نبت نباتا يفهم به وجوده تحت الارض جاز بيعه فان قلع البصل هل يثبت له الخيار حتى اذا رضي به يلزم البيع في الكل وان قلع البائع او المشتري باذن البائع يثبت له الخيار فلو رضي به لزم البيع في الكل لما عرف ان رؤية بعض المكيل والموزون كرؤية الكل وان قلعه المشتري بغير اذنه ان كان المقلوع شيئا له ثمن يبطل خياره في الكل فلم يكن له ان يرضى بالمقلوع او لم يرض وجد في ناحية من الارض اقل منه او لم يوجد لان بالقلع صار المقلوع معيبا لان كان حيا ينمو وبعده صار مواتا والتعيب في يد المشتري يمنع الرد بخيار الرؤية وان كان المقلوع شيئا لا ثمن له لا يبطل خياره لان وجوده كعدمه وان كان شيئا يباع عددا ان قلعه البائع او المشتري باذنه له الخيار في الباقي حتى لو رضي به لا يلزم البيع في الكل لانه عدد متفاوت فرؤية بعضه لا يكون كله وان قلعه المشتري بغير اذن البائع بطل خياره وهو المختار

قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هما سواء وله ان يرده قال رح معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط قصدا وله ان القبض نوعان تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على الخلاف وكوسلم الموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة وهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا في البيع

وقد حكي فيه خلاف بين ابي حنيفة وبينهما فيما ذكرنا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رؤية بعضه كرؤية كله وجعلاه كالمكيل والموزون والعدد في المتقارب لان بعضها يستدل في العادة على الكل وان اختلف البائع والمشتري في القلع فقال المشتري اخاف ان قلعته لا يصلح لي ولا اقدر على الرد وقال البائع لو قلعته فقد لا ترضى تطلع انسان بالقلع فان تشاحا فسخ القاضي العقد بينهما قوله ونظر الوكيل الى المبيع كشف لمعنى الوكيل بالقبض كما فسره المص وهو من يقول له الموكل وكلتك بقبضه او كن وكيلا عني بقبضه كنظر المشتري حتى لا يرده المشتري بعد قبض الوكيل رؤيته الا من عيب لا يكون نظر الرسول كنظر المرسل والرسول هو من يقول له المشتري قل لفلان يدفع اليك المبيع او انت رسولي اليه في قبضه او راسلتك لتقبضه او امرتك بقبضه وعلى هذا اذا قال اذهب واقبضه يكون رسولا لا وكيلا لانه مما صدقات امرتك وقد قيل لا فرق بين الرسول والوكيل في فصل الامر فان قال اقبض المبيع فلا يسقط الخيار منهم من حكى هذا القول فيما اذا قال امرتك بمادة التفعيل راى وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هما يعني الرسول والوكيل بالقبض سواء فيرد الموكل الذي له الخيار ما قبضه وكيله كما يرد ما قبضه رسوله واما الوكيل بالشراء فرؤيته يسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل اي قبل الوكالة بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به واذا لم يملكه لا يثبت عن فعله وصار كخيار العيب والشرط بان اشترى شيئا لم يره عليه ثم وكل بقبضه فقبضه الوكيل وهو يرى عيبه لا يسقطه خيار العيب للموكل وكذا اذا وكل بقبض ما اشتراه بشرط الخيار فقبضه الوكيل لا يسقط خيار الشرط وصار ايضا كالاسقاط قصدا بان قبضه الوكيل بالقبض مستورا ثم راه فاسقط الخيار قصدا لا يسقط وله ان القبض على نوعين قبض تام وهو ان يقبضه وهو يراه وانما كان هذا قبضا تاما لان خيار الرؤية يبطل بهذا القبض وبقاء خيار الرؤية يمنع تمام القبض فلما بطل بهذا القبض من المشتري كان هذا القبض تاما وناقص وهو ان يقبضه مستورا واذا كان كذلك كان القبض مع الرؤية متضمنا لسقوط خيار الرؤية لاستلزامه تمام الصفقة ولا يتم دونه ثم الموكل ملك القبض بنوعيه فكذا وكيله لاطلاق التوكيل بخلاف ما اذا اسقط الخيار قصدا بان قبضه مستورا ثم رآه فاسقطه الخيار لان يقبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فلا يملك الوكيل بعد ذلك اسقاطه لانتفاء ولايته ونقض بمسئلتين لم يقم الوكيل مقام الموكل فيهما احدهما ان الوكيل لو راى قبل القبض لم يسقط برؤيته الخيار والموكل لو راى ولم يقبض يسقط خياره والثانية لو قبضه الموكل مستورا ثم راه بعد القبض فابطل الخيار بطل والوكيل لو فعل ذلك لم يبطل واجيب بان سقوط الخيار بقبض الوكيل انما يثبت ضمنا لتمام قبضه بسبب ولايته بالوكالة وليس هذا ثابتا في مجرد رؤيته قبل القبض ونقول بل الحكم المذكور للموكل وهو سقوط خياره اذا راه انما يتاتى على القول بان بمجرد مضي ما يتمكن به من الفسخ بعد الرؤية يسقط الخيار وليس هو بالصحيح والمعين لجواب الاول يقع الفرق في المسئلة الثانية لانه لا يثبت ضمنا للقبض الصحيح بل يثبت بعد انتهاء الوكالة بالقبض الناقص وقوله وبخلاف خيار العيب لانه يثبت مع تمام الصفقة لانه لم يشرع لتتميم القبض بل لتسليم الجزء الغائب في ضمن القبض مع بقاء الخيار ولذا كان له ان يرد المعيب وحده فيما اذا اشترى شيئين وقوله في الكتاب الا من عيب قال فخر الاسلام يحتمل الا من عيب لم يعلمه الوكيل فان كان علمه يجب ان يبطل خيار العيب كذا ذكره الفقيه ابو جعفر ولم نسلم مسئلة خيار العيب والصواب عندنا ان لا يملك الوكيل بالقبض ابطال خيار العيب فيكون معناه علم او لم يعلم وقوله وخيار الشرط على هذا الخلاف الخ يعني وخيار الشرط لا نص فيه عندنا ان شيئه فيكون على الخلاف وذكر القدوري وهو رواية الهندواني لان القبض التام لا يحصل بخيار الشرط لان وجوده يخير الفسخ فلا يتم القبض مع ذلك كخيار الرؤية بعينه ولئن سلم انه لا يبطل بالقبض التام وهو الاصح فان الموكل لا يملك التام منه اذا فرضنا ان التام لا يكون معه خيار الفسخ فلا يملكه الوكيل بخلاف الرسول بالبيع والشراء فانه لا يملك شيئا من القبض لا التام ولا الناقص لانه لم يوسمه بالقبض بل

قال وبيع الاعمى وشراؤه جائز ولهما الخيار اذا اشترى لانه اشترى مالم يره وقد قررناه من قبل ثم يسقط خياره بحسبه اذا كان يعرف بالجس
وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لان الوصف يقام مقامه
الرؤية كما في السلم وعن ابي يوسف رحمه الله اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه وقال قد رضيت سقط خياره لان التشبيه يقام مقام الحقيقة
في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الاخرس في الصلوة واجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن يوكل وكيلا
يقبضه ويراه وهذا اشبه بقول ابي حنيفة رحمه الله لان رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما مر آنفا قال ومن رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له
ان يردهما لان رؤية احدهما لا تكون رؤية للآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة
قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الاصل

بدار الرسالة وكذا لا يملك التسليم ايضا وصور الارسال في البيع تقدمت اوائل كتاب البيوع وصورتها بالشراء ان يقول قل لفلان اني اشتريت
منك كذا وكذا العين بكذا قوله وبيع الاعمى وشراؤه جائز باتفاق الائمة الثلاثة وقال الشافعي لا يجوز لانه في السلم والشراء يدفع لغة الجواز ويقصر
لاهل يخرج له الخيار اذا اشترى لانه اذا اشترى مالم يره فيدخل في عموم قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق من اشترى مالم يره فله الخيار اذا
رآه وقد قررناه من قبل في اول الباب ولان الناس تعارفوا معاملة العميان بيعا وشراء والتعارف بلا نكير اصل في الشرع بمنزلة اجماع
المسلمين ثم يسقط خياره بحسبه البيع اذا كان يعرف بالجس كالشاة وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق وقوله كما في
البصير ظاهر في ان البصير اذا لم ير المبيع ولكن شمه فقط وهو مما يعرف بالشم كالمسك ونحوه فرضي به ثم رأى فلا خيار له ولا يسقط خياره في
العقار حتى يوصف له في جامع القاضي هو ان يوقف في مكان لو كان بصيرا لرآه ثم يذكر له صفته ولا يخفى ان الواقفة في ذلك المكان ليس
بشرط في صحة الوقف وسقوط الخيار به فلذا لم يذكره في المبسوط واكتفى بذكر الوصف لان الوصف قد اقيم مقام الرؤية كما في السلم وممن ذكره الكرخي
وقال وقوفه في ذلك الموضع وغيره سواء في انه لا يستفيد به علما وعن ابي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآى العقار وقال رضيت
سقط خياره لان التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين مقام القراءة للاخرس واجراء الموسى على رأس من لا شعر له
في الاحلال من الاحرام ولا يخفى ضعفه لان العجز لا يتحقق الا بتحقق العجز عن الوصف فان القائم مقام الشيء بمنزلته وقد ثبت شرعا اعتباره
بمنزلته في السلم ووجوب اجراء الموسى يختلف فيه وكذا التحريك غير لازم للامي وعن ابي يوسف ايضا انه اعتبر الوصف في غير العقار
ايضا ولم يعتبر الشم والذوق والجس لان الوصف يقوم مقام الرؤية كما ذكرنا وقال مشايخنا لم يصر الحيطان والاشجار فاذا رضيت سقط خياره
لان الاعمى اذا كان ذكيا يقف على مقصوده بذلك وهو رواية بشر وابن سماعة في الدار وفي رواية هشام عن محمد انه يعتبر الوصف مع كل من
الذوق واللمس والجس لان تعريف الكامل في حقه يثبت بهذا الا فيما لا يمكن جسه كالثمر على رؤس الشجر فيعتبر فيه الوصف لا غير في اشهر الروايات
وهو المروي عن ابي يوسف ومحمد في شرح الجامع الصغير لابي الليث وقال ابو الحسن يوكل وكيلا يقبضه ويراه فيسقط بذلك خياره قال
المصنف وهذا اشبه بقول ابي حنيفة حيث جعل رؤية الوكيل رؤية الموكل ولو وصف الاعمى ثم ابصر لا خيار له لان خياره سقط فلا يعود الا بسبب جديد
ولو اشترى البصير ثم عمي انتقل الخيار الى الوصف قوله ومن رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له ان يردهما لان رؤية احدهما
ليست رؤية للآخر للتفاوت في الثياب فيبقى الخيار فيما لم يره فله رده بحكم الخيار ثم لا يتمكن من رده فيردهما ان شاء كي لا يكون تفريقا للصفقة على
البائع قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده كخيار الشرط بدليل ان له ان يفسخه بغير قضاء ولا رضاء
يكون فسخا من الاصل لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم بصفات المبيع وكذا لا يحتاج الى القضاء والرضاء فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما
اذا استحق احدهما لا يرد الباقي وهنا وفي الخيار الشرط يرد الآخر اذا رد احدهما بعد القبض اجيب بان في احدهما في خيار الرؤية والشرط يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لما علم
ان الصفقة لا تتم معهما وفي الاستحقاق لو رد كان بعد التمام لان الصفقة تمت فيما كان ملك البائع ظاهرا فلم يثبت في الباقي عيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا
فاستحق بعضه كان له ان يرد الباقي ايضا كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض بهذا العيب في فصل الاستحقاق ولو
كان قبض احدهما ولم يقبض الآخر ثم استحق احدهما له الخيار لتفرقهما قبل التمام ولو كان المبيع مكيلا او موزونا فاستحق بعضه بعد القبض لا يخير لان الشركة

ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجرى فيه الارث عندنا وقد ذكرناه فى خيار الشرط ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التى رآه فلا خيار له لان العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبقرابة يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرئية بعدم الرضاء به وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا فى التغير فالقول قول البائع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشترى بخلاف ما اذا اختلفا فى الرؤية لانها امر حادث للمشترى فيكون القول قوله قال ومن اشترى عدل رطى ولم يره فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب وكذلك خيار الشرط لانه تعذر الرد فيها حرم عن ملكه وفى رد ما بقى تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وفيه وضم المسئلة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسى وعن ابى يوسف انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدورى

ليس بعيب فيه ولو استحق قبل القبض يخير لتفريق الصفقة قبل التمام ولو وجد باحدهما عيبا فى مسئلة الكتاب قبل القبض ليس له ان يرده وحده لتفرق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم قبل القبض هذا والمعنى فى منع تفريق الصفقة قبل التمام وجوازه بعده لدفع الضرر الاكثر وذلك ان فى تفريقها ثبوت ضررين دايما غير انه قبل التمام يكون ضرر البائع اكثر فانه ضرر مال فانه قد لا يروج احدهما الا بالاخر لجودة احدهما ورداءة الاخر وهو فوق ضرر المشترى فان ضرره ليس الا بطلان مجرد قوله اذا الزمناه ردهما وبعد القبض ضرر المشترى اكثر لانه متى رد الكل يبطل حقه عن اليد وضرر البائع موهوم اذ قد يبيع المردود بثمن جيد فعلمنا بدفع اعلى الضررين فيهما قوله ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجرى فيه الارث على ما ذكرناه من الوجه فى خيار الشرط وتقدم ان خيارى الشرط والرؤية لا يورثان وخيار العيب والتعيين يورثان بالاتفاق قوله ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان وجده على الصفة التى رآه عليها فلا خيار له لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة فلم يتناوله قوله عليه الصلوة والسلام من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه لانه باطلاقه يتناول الرؤية عند العقد وقبله الا اذا كان المشترى لا يعلمه مرئيته اى لا يعلم ان المبيع كان قد رآه فيما مضى كان رأى جارية ثم اشترى جارية متنقبة لا يعلم انها التى كان رآها ثم ظهرت اياها فان له الخيار لعدم ما يوجب الحكم عليه بالرضا او رأى ثوبا ملفوفا فى ثوب وبيع فاشتراه وهو لا يعلم انه ذلك وان وجده متغيرا عن الحالة التى كان رآه عليها فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانت رؤيته وعدمها سواء فان اختلفا فى التغير فقال البائع لم يتغير وقال المشترى تغير فالقول للبائع لان دعوى التغير بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤيته ما يدل على المقصود من البيع دعوى امر حادث بعده والاصل عدمه فلا تقبل الا ببينة بخلاف ما اذا اختلفا فى الرؤية فقال البائع رأيته وقال المشترى لم ارده فالقول للمشترى مع يمينه لان البائع يدعى امرا عارضا هو العلم بصفته والمشترى ينكره والقول له وكذا لو اراد ان يرده فقال البائع ليس هذا الذى بعتكه وقال المشترى بل هو هو القول للمشترى سواء كان ذلك فى بيع بات او فيه خيار الشرط او الرؤية ولقائل ان يقول الغالب فى البياعات كون المشترين رأوا المبيع فدعوى البائع رؤيته المشترى تمسك بالظاهر لان الغالب هو الظاهر والمذهب ان القول لمن يشهد له الظاهر لا لمن يتمسك بالاصل الا ان يعارضه ظاهر فالوجه ان يكون القول للبائع فى الرؤية بخلاف ما اذا كان له خيار العيب فان القول للبائع فى انه غير المبيع مع يمينه وهذا لان المشترى فى الخيارين يفسخ العقد بفسخه بلا توقف على رضا الآخر بل على علمه على الخلاف واذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك اختلافا فى المقبوض فالقول فيه قول القابض ضمينا كان او امينا كالغاصب والمودع بخلاف الفسخ بالعيب فانه لا ينفرد المشترى بفسخه ولكنه يدعى ثبوت حق الفسخ فى الذى احضره والبائع ينكره وقوله الا اذا بعدت المدة استثناء من قوله القول قول للبائع الا فى صورة ما اذا طالت المدة على ما قالوا اى المشايخ لان الظاهر شاهد للمشترى اذ الظاهر انه لا يبقى الشئ فى رد التغير وهى بالدنيا زمانا طويلا لم يطرقه تغير قال محمد رحمه الله رأيت لو رأى جارية ثم اشتراها بعد عشر سنين او عشرين سنة وقال تغيرت لا يصدق بل يصدق لان الظاهر شاهد له قال شمس الائمة وبه افتى الصدر الشهيد والامام المرغينانى فنقول ان كانت لا تتفاوت فى تلك المدة غالبا فالقول للبائع واذا كان التفاوت غالبا فالقول للمشترى مثاله لو رأى دابة او مملوكا فاشتراه بعد شهر وقال تغير فالقول للبائع لان الشهر فى مثله قليل قوله ومن اشترى عدل رطى لم يره وقبضه فباع ثوبا منه او وهبه وسلمه ثم رأى الباقى ليس له ان يرد شيئا منها الا من عيب وكذا لو اشترى العدل المذكور على ان له الخيار ثلثة ايام

باب خيار العيب

واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم لا يرضى به

وهو شرط الخيار والباقي بحاله اعني فباع بعضها او وهبه سقط خياره في الباقي وليس له ان يرده بخيار الشرط بل اذا اطلع على عيب و هذا لانه تعذر الرد فيما اخرجه عن ملكه فلو رد الباقي فقط كان تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام لما مر من ان قيام خيار الرؤية والشرط يمنع تمامها وان كان بعد القبض بخلاف خيار العيب فان الصفقة تتم معه بعد القبض وفيه اي في المقبوض وضع المسئلة لانها لو لم تكن مقيدة به لم يصح تصورها اذ لا يصح بيع ما لم يقبض وهبته ولانه لو كان قبل القبض كانت الخيارات كلها سواء وهي انه لا يرد واحدها بل يردها بخيار الرؤية ان شاء فلا يصح ح قوله الا من عيب لانه اذا اشترى شيئين ولم يقبضهما حتى وجد باحدهما عيبا لا يرد المعيب خاصة بل يردهما ان شاء الا ان يقال في عدم رد الباقي عند رؤيته ترك العمل بحديث الخيار لحديث النهي عن تفريق الصفقة مع انه متروك الظاهر فان تفريقها جائز بعد تمامها وحديث الخيار اقوى قلنا لم يقل بعدم رده مطلقا بل قلنا اذا رده يرد معه الآخر فرد ما شرطا في الرد عملا بحديث الصفقة لتكون عاملين بالحديثين معا جمعا بينهما والعدل المثل والمراد به هنا الغرارة التي هي عدل غرارة اخرى عن الجمل او نحوه اي يعادلها ومنها الثوب والبط في المغرب جبل من الهند تنسب اليه الثياب البطية وقيل جبل بسواد العراق وذكر الضمير في قوله فباع منه على لفظ العدل ثم انثه في قوله لم يرد شيئا منها على معناه فكان نظير قوله تع وكم من قرية اهلكناها فجاءها بأسنا بياتا وهم قائلون هذا ولو عاد الثوب الذي باعه من العدل او وهبه الى المشتري بسبب هو فسخ محض كالرد بخيار الرؤية او الشرط او العيب بالقضاء او الرجوع في الهبة فهو اي المشتري للعدل على خياره اي خيار الرؤية مثله ان يرد الكل ح بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة كما ذكره شمس الائمة السرخسي وعن ابي يوسف وهو رواية علي بن الجعد عنه انه اي خيار الرؤية لا يعود لان الساقط لا يعود كخيار الشرط الا بسبب جديد وصححه قاضي خان وعليه اعتماد القدوري وحقيقة الملحظ مختلف فشمس الائمة لحظ البيع والهبة بالغاء ال فيعمل المقتضي وهو خيار الرؤية عمله ولحظه على هذه الرواية لسقطا واذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا اوجه لان نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها والله الموفق + +

باب خيار العيب تقدم وجه ترتيب الخيارات والاضافة في خيار العيب اضافة الشيء الى سببه والعيب والعيبة والعاب بمعنى واحد يقال عاب المتاع اي صار ذا عيب وعابه زيد يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب ايضا على الاصل والعيب ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصا قوله واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع ولم يكن شرط البراءة من كل عيب فهو بالخيار ان شاء اخذ ذلك المبيع بجميع الثمن وان شاء رده هذا اذا لم يتمكن من ازالته بلا مشقة فان تمكن فلا كاحرام الجارية فانه سبيل من تحليلها وبجاسة الثوب وينبغي حمله على ثوب لا يفسد بالغسل ولا ينقص واثما ثبت له هذا الخيار لان مطلق العقد وهو ما لم يشترط فيه عيب يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير بيان الاول من المنقول والمعنى اما المنقول فما علقه البخاري حيث قال ويذكر عن العداء بن خالد قال كتب الي النبي صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم من العداء بن خالد بيع المسلم المسلم لا داء ولا خبثة ولا غائلة ثم قال البخاري وقال قتادة الغائلة الزنا والسرقة والاباق وروى ابن شاهين في المعجم عن ابيه قال حدثنا عبد العزيز بن معاوية القرشي قال حدثنا عباد بن ليث قال حدثنا عبد الحميد بن وهب ابو وهب قال قال لي العداء بن خالد بن هودة الا اقرؤك كتابا كتبه لي رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هودة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدا لا داء به ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم فنفي هذا ان المشتري لو اراد الرد بالاول انه النبي صلى الله عليه وسلم وصح في المغرب ان المشتري كان العداء وتعليق البخاري انما يكون صحيحا اذا لم يكن بصيغة التمريض كيذكر بل نحو قوله وقال معاذ

وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد دون تضرره والمراد به عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضا به **قال** وكلما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ

لاهل اليمن ففي قوله عم بيع المسلم المسلم دليل على ان بيع المسلم المسلم مكان سليما ويدل عليه قضاؤه عم بالرد فيه على ما في سنن ابي داود بسنده الى عائشة رضي الله عنها ان رجلا ابتاع غلاما فاقام عنده ما شاء الله ان يقيم ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي صلى الله عليه وسلم فرده عليه فقال الرجل يا رسول الله قد استغل غلامي فقال عليه السلام الخراج بالضمان وفسر الخطابي الدار بما يكون بالرقيق من الادواء التي يرد بها كالجنون والجذام ونحوها والخبثة ما كان خبيثا الاصل مثل ان يسبى من له عهد يقال هذا سبي خبثة اذا كان ممن يحرم سبيه وهذا سبي طيبة بوزن خيرة ضده ومعنى الغائلة ما يغتال فتك من حيلة وما يدلس عليك في البيع من عيب وتفسير الدار يوافق تفسير ابي يوسف له واما ابو حنيفة رح فسره فيما رواه الحسن عنه بالزنا في الجوف والكباد والرتية وفسر ابو يوسف الغائلة بما يكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة وهو قول الزمخشري الغائلة الخصلة التي تغول المال اي تهلكه من اباق وغيره والخبثة هو الاستحقاق وقيل هو الجنون واما المعنى فلان السلامة لما كانت الاصل في المخلوق انصرف مطلق العقد اليها ولان العادة ان القصد الى ما هو متحقق من كل وجه لان دفع الحاجة على التمام به يكون والناقص معدوم من وجه فلا ينصرف اليه الا بذكره وتعينه ولما كان القصد الى السالم هو الغالب صار كالمشروط فيتخير عند فقده كيلا يتضرر بالزام ما لم يرض به قوله وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان اي نقصان العيب وبه قال الشافعي رح خلافا لاحمد رح لان الخيار ثبت لدفع الضرر عن المشتري فلا يتحقق على وجه يوجب ضررا على الآخر من غير التزام له والبائع لم يلتزمه لانه حين باعه بالمسمى لم يرض بزواله عن ملكه الا به وان كان معيبا وهذا لان الظاهر معرفته بالعيب فانزل عالما به لطول مدة لبثه كونه في يده ولذا يعينه الفقهاء على انه اذا باعه على انه معيب فوجده سليما لا خيار له ولا يقال انه ما رضي بالثمن المسمى الا على اعتبار انه معيب فلا يكون راضيا به حين وجده سليما لانه انزل عالما بوصف السلامة فيه فحيث باعه بالمسمى كان راضيا بالثمن على اعتباره سليما فلا يرجع بشيء كما جعل عالما بالعيب فانزل غير راض فيه معيبا الا بذلك الثمن فلا يرجع عليه بشيء بل تخير في اخذه به او رده فان بذلك يعتدل النظر من الجانبين في دفع ضرر لم يلتزمه واحد منهما به فهذا الوجه هو الاوجه وذكر المصنف قبله قوله ولان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بمجرد العقد فليس له ان يأخذ في مقابلة فواته شيئا وهذا لان الثمن عين فانما يقابله مثله والوصف دونه فانه عرض لا يجوز بانفراده فلا يقابل به الا تبعا لعرضه غير منفرد عنه وقوله بمجرد العقد احتراز عما اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة كما لو ضرب البائع الدابة فتعيبت فان الوصف ح يفرد بالضمان ويتخير المشتري وكذا اذا قطع البائع يد المبيع قبل القبض فانه يسقط نصف الثمن لانه صار مقصودا بالتناول او حكما بان امتنع الرد لحق البائع كان تعيب عند المشتري بعيب آخر او لحق الشرع بان جنى جناية ولذا قلنا ان من اشترى بقرة فحلبها وشرب لبنها ثم ظهر له عيب لا يردها لان تلك الزيادة التي اتلفها جزء المبيع الا انها تبع محض فروع لو صالح المشتري البائع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز وبه قال مالك والشافعي في وجه وفي وجه لا يجوز والاتفاق على عدمه في خيار الشرط والرؤية **قوله** وكلما اوجب نقصان الثمن الذي اشتري به في عادة التجار فهو عيب وهذا ضابط العيب الذي يرد به وهذا لان ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به والمرجع في كونه عيبا او لا اهل الخبرة بذلك وهم التجار وارباب الصنائع ان كان المبيع من المصنوعات وبهذا قالت الائمة الثلاثة وسواء كان ينقص العين او لا ينقصها ولا ينقص منافعها بل مجرد النظر اليها كالنظر الى الاسود الصحيح القوي على العمل وكما في جارية تركية لا تعرف لسان الترك **قوله** والاباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير وقوله ما لم يبلغ بمعنى مدة عدم بلوغه تجري مجرى البدل من الصغير واذا كان ذلك عيبا في الصغير فظهرت عند البائع

ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدث عند المشتري في صغره فله ان يرده لانه عين ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يرده لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعقل فاما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا

ثم وجدت ايضا عند المشتري في الصغر له ان يرده به ثم قال القدوري فاذا بلغ اليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ وقد اعطى المصنف معنى هذه الجملة حيث قال ومعناه اي معنى قوله فاذا بلغ الخ وحاصله انه اذا ظهرت هذه الاشياء عند البائع في صغره ووجد عند المشتري بعد البلوغ لم يرده به لانه غير ذلك الذي كان عند البائع وبينه بان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر والبول في الفراش للصغير لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة في الصغير لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن فاذا اختلف سببها بعد البلوغ وقبله كان الموجود منها بعده غير الموجود منها قبله واذا كان غيره فلا يرد به لانه عيب حادث عنده بخلاف ما اذا ظهرت عند البائع والمشتري في الصغر او ظهرت عندهما بعد البلوغ فان له ان يرده بها واذا عرف الحكم وجب ان يقرر اللفظ المذكور في المختصر وهو قوله فاذا بلغ فليس ذلك الذي كان قبله عند البائع بعيب اذا وجد بعده عند المشتري حتى يعاوده بعد البلوغ عند المشتري بعد ما وجد بعده عند البائع واكتفا بلفظ المعاودة لان المعاودة لا تكون حقيقة الا اذا اتحد الامر لانه لا يقال عاد زيد فيما اذا ابتدأ غيره ففرض تحقق المعاودة بعد البلوغ يوجب وجوده منه قبل ذلك بعد البلوغ ايضا والا فلا معاودة وقوله ليس بعيب اي لا يرد به قوله والمراد من الصغير الخ تقييد للصغير الذي ذكرانه اذا وجد منه شيء من هذه الامور عند البائع والمشتري يريد بان يكون صغير العقل واما الصغير الذي لا يعقل فهو ضال فقد ضال لا آبق وكذا لا يكون بوله وسرقته عيبا قال في الايضاح السرقة والبول في الفراش قبل ان ياكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لانه لا يعقل بالفعل وبعد ذلك عيب ما دام صغيرا وكذا روى ابو يوسف في الامالي عن ابي حنيفة وفي بعض المواضع وتستنجي وحده واذا قدر بها حده ما قدر بها في الحضانة اقتضى ان يكون ابن سبع سنين اذا صدر منه ذلك لا يرد به لانهم قدروا الذي ياكل وحده الخ بذلك لكن وقع التصريح في غير موضع بتقديره بما دون خمس سنين وفي الفوائد الظهيرية وهنا مسئلة عجيبة هي ان من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول في الفراش كان له الرد ولو تعيب بعيب آخر عند المشتري كان له ان يرجع بالنقصان فاذا رجع به ثم كبر العبد هل للبائع ان يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ لا رواية فيها قال وكان والدي يقول ينبغي ان يسترد استدلالا بمسئلتين احدهما اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له ردها ولو تعيبت بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع به ثم ابانها الزوج كان للبائع ان يسترد النقصان لزوال ذلك العيب فكذا فيما نحن فيه والثانية اذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له الرد ولو تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع ثم برئ بالمداواة لا يسترد والا استرد والبلوغ هنا لا بالمداواة فينبغي ان يسترد انتهى وفي فتاوى قاضي خان اشترى جارية وادعى انها لا تحيض واستحق بعض الثمن ثم حاضت قالوا ان كان البائع اعطاه على وجه الصلح عن العيب كان للبائع ان يسترد ذلك وفيها ايضا اشترى عبدا وقبضه فحم عنده وكان يحم عند البائع قال الامام ابو بكر محمد بن الفضل المسئلة محفوظة عن اصحابنا انه ان حم في الوقت الذي كان يحم فيه عند البائع كان له ان يرده او في غيره فلا يقبل له فلو اشترى ارضا فنزت عند المشتري وقد كانت تنز عند البائع كان له ان يسترد لان سبب النز واحد وهو تسفل الارض وقرب الماء الا ان يحيي ماء غالب او كان المشتري رفع من ترابها فيكون النز غير ذلك او يشتبه فلا يدري انه عينه او غيره قال القاضي الامام يشكل ما في الزيادات اشترى جارية بيضاء احدى العينين وهو يعلم بذلك فلم يقبضها حتى انجلى ثم عاد عند البائع ليس للمشتري الرد وجعل الثاني عين الاول الذي رضي به اذا كان الثاني عند البائع ولم يجعله

قال والجنون في الصغر عيب ابدا ومعناه اذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه او في الكبر يرده لانه عين الاول اذ السبب في الحالين متحد وهو فساد العقل وليس معناه انه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قل ما يزول فلا بد من المعاودة للرد قال والبخر والدفر عيب في الجارية لان المقصود قد يكون الاستفراش وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام لان المقصود هو الاستخدام ولا يخلان به الا ان يكون من داء لان الداء عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا عادة له على ما قالوا لان اتباعه يخل بالخدمة

الباطن

عينه اذا عاد البياض عند المشتري وقال لا يرد ثم قال القاضي الامام كنت اشاور شمس الائمة الحلواني وهو يشاورني فيما كان مشكلا اذا اجتمعنا فشاورته في هذه المسئلة فما استفدت منه فرقا قوله والجنون عيب ابدا هذا لفظ محمد فلو جن في الصغر في البائع ثم عاوده في يد المشتري في الصغر او في الكبر يرد لانه عين الاول لان السبب للجنون في حال الصغر والكبر متحد وهو فساد الدماغ فهذا معنى لفظ ابدا المذكور في لفظ محمد وليس معناه انه لا يشترط المعاودة للجنون في يد المشتري كما ذهب اليه طائفة من المشايخ فاثبتوا حق الرد بمجرد وجود الجنون عند البائع وان لم يجن عند المشتري فان هذا غلط لان الله تعالى قادر على ازالته بازالة سببه وان كان قل ما يزول وقد تحققنا كثيرا من النساء والرجال جنوا ثم عرفوا بالمداواة فاذا لم يعاوده جاز كون البيع صدر بعد ازالة الله سبحانه وتعالى هذا الداء وزوال العيب فلا يرد بلا تحقق قيام العيب فلا بد من معاودة الجنون للرد وهذا هو الصحيح وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير واختاره الاسبيجابي قال محمد بعد قوله اذا جن مرة واحدة فهو عيب لازم ابدا باسطر وان طعن المشتري بابا ق او جنون لا يعلم القاضي ذلك فانه لا يستحلف البائع حتى يشهد شاهدان انه قد ابق عند المشتري او جن صرح باشتراط المعاودة في الجنون بخلاف ما اذا ولدت الجارية عند البائع او عند اخر فانها ترد على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح وان لم تلد ثانيا عند المشتري لان الولادة عيب لازم لان الضعف الذي حصل بالولادة لا يزول ابدا وعليه الفتوى وفي رواية كتاب البيوع لا ترد وفي المحيط تكلموا في مقدار الجنون قيل هو عيب ان كان ساعة وقيل ان كان اكثر من يوم وليلة فهو عيب يوم وليلة فما دونه ليس بعيب قيل المطبق عيب ما ليس بمطبق ليس بعيب السرقة وان كان اقل من عشرة عيب قيل ما دون الدرهم نحو فلس او فلسين ونحوه ليس عيبا والعيب في السرقة لا فرق فيه بين كونه من المولى او من غيره الا في المأكولات فان سرقتها لاجل الاكل من المولى ليس عيبا ومن غيره عيب سرقتها للبيع من المولى وغيره عيب نقب البيت عيب وان لم يسرق منه وابق ما دون السفر عيب بلا خلاف واختلفوا في انه هل يشترط خروجه من البلد فقيل شرط فلو ابق من محلة الى محلة لا يكون عيبا ومن القرية الى مصر ابق وكذا على العكس لو ابق من غاصبه الى المولى فليس بعيب لو ابق منه ولم يرجع الى المولى ولا الى الغاصب فان كان يعرف منزل مولاه ويقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان لم يعرفه او لا يقدر فلا قوله والدفر هذه اربعة اشياء عيب في الجارية وليست عيبا في الغلام البخر والدفر والزنا وولد الزنا لان الجارية قد يراد منها الاستفراش وهذه المعاني تمنع منه فكانت عيبا بخلاف الغلام فانه للاستخدام خارج البيت وهذه ليست مانعة منه فلا يعد عيبا الا اذا كان البخر والدفر من داء فيكون عيبا في الغلام ايضا لان الداء عيب في فتاوى القاضي قال الا ان يكون فاحشا لا يكون مثله في عامة الناس فيكون عيبا وعن ابي حنيفة الدفر ليس عيبا في الجارية ايضا الا ان يفحش فيكون عيبا فيها دونه وقيل اذا كان العبد ادرد يكون البخر عيبا به والصحيح انه كل لا فرق بين كونه امرد وغيره والدفر نتن ريح الابط يقال رجل دفر وامرأة دفراء ومنه السبب يقال دفار معدول عن دافرة يقال شممت دفر الشيء ودفره بسكون الفاء وفتحها كل ذلك بالدال مهملة واما باعجام الذال فبفتح الفاء لا غير وهو حده من طيب ونتن وربما خص به الطيب فقيل مسك اذفر ذكره في الجمهرة وفيها وصفت امرأة من العرب شيخا فقالت ذهب فرده واقبل بخره قيل الرواية هنا والسماع بالذال غير المعجمة والبخر بالجيم عيب هو انفتاح تحت السرة ومنه سمي بعض الناس ابخر وفي الصحاح غالب ابن ابجر واقبله وسمي به فرس لفقره وكذا الادرد وهو عظم الخصيتين والادرن عيب هو من يسيل الماء من منخريه والبخر الذي هو عيب هو الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون لفلج في الاسنان فان ذلك يزول بتنظيفها ووجه كون الجارية ولد زنا عيبا انه يخل بالمقصود من طلب الولد لانها اذا كانت ولد زنا غير الولد بامه قوله الا ان يكون الزنا له عادة استثناء من قوله دون الغلام وقوله على ما قالوا يعني المشايخ لان اتباعه يخل بالخدمة اذ كل ما يوجبه لحاجة اتبع هواه وقال قاضي خان لو كان الزنا منه مرارا كان عيبا لانه يضعفه عن بعض الاعمال

ثم ان المراد بالعيب ما لا يدخل تحت الشرع عن مجتهد كما مر وقد في بعض الكفارات فتحمل الرقبة فلو اشتراه على انه كافر

فوجده مسلما لا يرد ولا يرد بالعيب وعند الشافعي رد ولان الكافر يستعمل فيما يستعمل المسلم وفوات الشرط بمنزلة العيب

ويزداد بالعدد ضعفا في نفسه لتقبل وفي عرضه ريا تأذى به عرض سيده ومن العيوب عدم الختان في الغلام والجارية المولودين بالمصر فيجب ختانهما

في الصغر وفي العيب من دار الحرب لا يكون عيبا مطلقا وفي فتاوى قاضي خان هذا عندهم يعني عدم الختان في الجارية المولودة وما عندنا عدم

الختان في الجواري لا يكون عيبا قوله والكفر عيب فيهما اي في الغلام والجارية لان طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر للعداوة الدينية وفي الرقيق غاية الاضرار

بالمسلم ولا يأمنه على الخدمة في الامور الدينية كاتخاذ ماء الوضوء وحمل المصحف اليه من مكان الى مكان ولا يقدر على امتناعه عن كفاره وقتل خطأ فتقل قيمته والوجه والاول

ولذا قلنا انه لو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زائل العيب والنكاح والدين عيب في كل من الجارية والغلام وعند الشافعي تفصيل حسن في الدين وهو

اذا كان دينا متأخرا الى بعد العتق فالخيار له يرده به كدين معاملة بان اشترى شيئا بغير اذن المولى وان كان في رقبته بان جنى في يد البائع فلم يفده حتى باعه فلا رد ولا

يقال بعد العتق قد يضر في نفسه لان الامة سيرانه قوله واذا كانت الجارية بالغة لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب لان انقطاع الحيض في اوانه واستمراره علامة

الداء فكان الانقطاع والاستمرار دليلا على الداء والداء عيب وقد يتولد المرض من الانقطاع في اوانه بخلاف ما اذا كانت ايسة او آيسة فان الانقطاع ليس عيبا

لان حقيقة التعييب فيها بالداء ولذا قال بعضهم اذا اراد ان يرد بعيب الانقطاع فلا يدعي الانقطاع بل ينبغي ان يدعي باحد السببين من الحبل او الداء

حتى تسمع دعواه لان الانقطاع بدونهما لا يعد عيبا فالرجوع في الحبل الى قول النساء وفي الداء قول الاطباء ولا يثبت العيب بقول الاطباء

حتى تسمع الخصومة مع البائع الا ان يتفق منهم عدلان بخلاف العيب الذي لا يطلع عليه الا النساء فانه يقبل في توجيه الخصومة قول امرأة واحدة وكذا

في الحبل وفي الكافي نص على الاكتفاء في المرض الباطن بقول طبيب عدل ولا يشترط العدد ولفظة الشهادة وبكذا نص عليه الشيخ ابو المعين شرح الجامع الكبير

وجه انه لتوجه الخصومة لا للرد وفي التحفة اذا كان العيب باطنا لا يعرفه الا الخواص كالاطباء والنحاسين فان اجتمع عليه مسلمان او كافر

مسلم عدل قبل وثبت العيب في اثبات حق الخصومة وفي فتاوى قاضي خان ان اخبر بذلك عدل واحد ثبت العيب في حق الخصومة والدعوى

ثم يقول القاضي هل تحدث عندك هذا العيب فان قال نعم قضى عليه بالرد وان انكر ولا بينة عليه استحلف كما سنذكره ويعتبر في الارتفاع الموجب للعيب

اقصى غاية البلوغ وهو ان يكون سنها سبع عشرة سنة عند ابي حنيفة ويعرف ذلك اي الارتفاع والاستمرار بقول الامة لانه لا طريق له الا ذلك فاذا

انضم الى قولها قول البائع اذا استحلف قبل القبض وبعده في الصحيح ردت واحترز بقوله في الصحيح عما روي عن ابي يوسف انها ترد قبل القبض بقولها

مع شهادة القابلة عما عن محمد اذا كانت الخصومة قبل القبض ينبغي بقول النساء وجه الصحيح ان شهادتهن حجة ضعيفة فلا يحكم بها الا بعد دعوى

البائع ثم ذكر في النهاية في صفة الخصومة في ذلك ان المشتري اذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يسأله عن مدة الانقطاع فان ذكر مدة قصيرة لا تسمع

دعواه وان ذكر مدة مديدة سمعت المدة روي عن ابي يوسف تقدر بثلاثة اشهر وعن محمد باربعة اشهر وعشر وعن ابي حنيفة ذرعا بين الحيضتين وما دون المدة قصيرة

فان كان القاضي مجتهدا اخذ بما ادى اليه اجتهاده والا اخذ بما اتفق عليه اصحابنا وهو سنتان واذا سمع الدعوى يسأل البائع اي كناية على المشتري فان

قال نعم رد على البائع باتفاق المشتري وان قال هي كذلك للحال وما كانت كذلك عندي توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيامه للحال فان

طلب المشتري يمين البائع يحلف البائع فان حلف يرى ان الكل ردت عليه وان شهد للمشتري شهود لا تقبل شهادتهم على الانقطاع وتقبل على

الاستحاضة عليها لانها مما يمكن الاطلاع ولا يمكن على الانقطاع الذي يعد عيبا وان انكر البائع الانقطاع في الحال هل يستحلف عند ابي حنيفة او لا

يستحلف هذا نبوا عن تقرير الكتاب وانما الواقع تقرير الهداية بانقله صاحب النهاية بعد ما ذكر هذا ما ذكر عن اصحابنا وما قضى خان انه يرى جارية تحيض ما لم تحض

قال فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض اي مستحاضة فهو عيب لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند ابي حنيفة رح ويعرف ذلك بقول امة قهرمانة تضم اليه تلك البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح

عند المشتري شهر الى اربعين يوما قال القاضي الامام ارتفاع الحيض عيب ادناه شهر واحد اذا ارتفع هذا القدر عند المشتري كان له ان يرده اذا ثبت انه كان عند البائع انتهى وهذا كما ترى لا يشترط ثلاثة اشهر ولا اكثر وينبغي ان يعول عليه وما يتقدم خلاف بينهم في استبراء ممتدة الطهر فعند ابي حنيفة رح هو قول زفر ستة اشهر وعند ابي يوسف ثلاثة اشهر وهو قول ابي حنيفة رح وعند وهو قول محمد اربعة اشهر وعشر وفي رواية عن محمد شهران وخمسة ايام وعليه الفتوى والرواية هناك ليست واردة هنا لان الحكم هناك يستدعي ذلك الاعتبار فان الوطي ممنوع شرعا الى الحيضة لاحتمال الحبل فيكون سائقيا ماء زرع غيره فقدره ابو حنيفة رح وزفر بشهرين لان اكثر مدة الحبل فاذا مضت ظهر انتفاؤه فجاز وطيها وهو قياس وقدره محمد وابو حنيفة في رواية باربعة اشهر وعشر لانها اعتبرت بمدة المتوفى عنها ولان فيها يظهر الحبل غالبا لو كانت حاملا وقدره ابو يوسف بثلاثة لانها جعلت عدة التي لا تحيض والحكم هنا ليس الا كون الامتداد عيبا فلا يتجه اناطته بسنتين او غيرهما من المدد لان كونه عيبا باعتبار كونه يودي الى الداء وطريقا اليه وذلك لا يتوقف على مضي مدة معينة مما ذكرنا ظهر انه لا يحتاج الى دعوى الانقطاع للرد به الى تعيين انه عن حبل او داء في الدعوى على ان كونه عيبا باعتبار كونه مفضيا الى الداء الا انه لا يكون الا عن داء يتقدم عليه فلذا لم يتعرض الفقيه النفس قاضي خان لما ذكر من تعيين كون الانقطاع عن احدهما بل اذا ادعى الانقطاع في اوانه فقد ادعى العيب ويكفي شهر واحد فان به يتحقق الانقطاع في اوانه وهو العيب لانه ان كان في الواقع مسببا عن داء فهو عيب وطريقا اليه فكذلك فيكفي في الخصومة ادعاء ارتفاعه فقط وهو الذي يجب ان يعول عليه لا فقط ما يظهر للطبيب وامتدة الطهر وكثيرا ما يكون في الممتدة طهرا شهرين وثلاثة صحيحة لا يظهر بها داء وهذا هو ظاهر الهداية الا ترى الى قوله ويعرف ذلك بقول الامة وكذا قال الامام التمرتاشي وغيره انما يعرف ذلك عند المنازعة بقول الامة لانه لا يقف على ذلك غيرها فلو كان على اعتقاده لزوم دعوى الداء او الحبل في دعوى عيب الانقطاع لم يتصور ان يثبت بقولها حتى توجه اليمين على البائع بل لا يرجع الا الى قول الاطباء او النساء فظهر ان ما ذكر في النهاية من لزوم دعوى الداء او الحبل في دعوى انقطاع الحيض ثم انه يحتاج في توجه الخصومة الى قول الاطباء او النساء ليس تقريرا في الكتاب بل ما ذكره مشايخ اخرون يغلب على الظن خطاؤهم وكذا ما ذكر غيره من حبل هذه وزان المشتراة بكرا على قول ابي حنيفة وابي يوسف انه اذا قال المشتري ليست بكرا وقال البائع بكرا في الحال فان القاضي يريها النساء فان قلن هي بكر لزم المشتري من غير يمين البائع لان شهادتهن تايدت بمؤيد هو ان الاصل البكارة وان قلن هي ثيب لا يثبت حق الفسخ بشهادتهن فيحلف البائع لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر ان كان بعد القبض وان كان قبله حلف انها بكر غير موافق لان العيب هنا يوجب حق الخصومة بمجرد قولها حتى يتوجه عليه اليمين ويقضى بالنكول على ما في الكتاب والتمرتاشي وغيرهما وفي البكارة لا بد من رؤية النساء وكيف ولا طريق الى استعلام الانقطاع الا قولها بخلاف البكارة لها طريق تستعلم به فلا يرجع فيها الى قولها اذا عرف هذا فقول المصنف هو الصحيح ان كان احترازا عن قول ابي يوسف انها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وما ذكرنا عن محمد فغير مناسب فان ما عن ابي يوسف ومحمد في ذلك انما هو في دعوى البكارة والثيوبة والقرن بقياس هذه عليها غير صحيح اذ لا يعرف ذلك الا من النساء وقول النساء هنا انها منقطعة الحيض غير معتبر وقد ذكروا ان الشهادة على الانقطاع الكائن عيبا لا يقبل اذ لا يطلع عليه وترتيب الخصومة على ما في الهداية وقاضي خان والتمرتاشي وهو ما صححنا ان يدعي الانقطاع في الحال ووجوده عند البائع فان اعترف البائع بها ردت عليه وان انكر وجوده عنده واعترف بالانقطاع في الحال استخبرت الجارية فان ذكرت انها منقطعة اتجهت الخصومة فيحلف بالله ما وجد عنده وان نكل ردت عليه وهذا قول المصنف واذا انضم اليه نكول البائع ولو اعترف بوجوده عنده وانكر الانقطاع في الحال فاستخبرت فانكرت الانقطاع والغرض ان لا يقبل عليه بينة والمشتري يدعيه فقد صرح

قال واذا حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لان
في الرد اضرارا بالبائع لانه يخرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فاستمر ولا بد من دفع الضرر عنه
فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البائع ان يأخذه بعيبه لانه رضي بالضرر

في النهاية بما قدمناه من انه اذا كان الانقطاع في الحال لا يستحلف عند ابي حنيفة ويستحلف عندهما ويجب كون الاستحلاف على العلم بما بعده ما يعلم بها
شطنه عند المشتري فان نكل تجبت الخصومة وان حلف تعذرت ولعمري قلما يحلف كذلك الا وهو بار ومن اين له العلم بها عند المشتري
ثم تحسن وكون المذكور في النهاية مبني على ما ذكره هو في صورة الخصومة واما في الهداية فان القول قولها في الانقطاع ويمكن ان يجري
فيه ايضا وهذا تعداد العيوب عدة الجارية عن طلاق رجعي عيب لا عن بائن والنكاح عيب فيهما وكثرة الخيلان وحمرة الشعر اذا فحشت بحيث
تضرب الى البياض وكذا الشمط لانه في غير اوانه وليل الدار وفي اوانه وليل الكبر والعشى ان لا يبصر ليلا والسن الساقطة خمسا او غيره
وسواده وسواد الظفر والعسر وهو ان يعمل بيساره ولا يستطيع العمل بيمينه بخلاف اعسر يسر وهو ان يعمل بهما فانه زيادة حسن والقشم وهو
يبوسة الجلد وتشنج في الاعضاء والغرب وهو ورم في المأبض وربما يسيل منه شيء فيصير صاحبه كصاحب الجرح السائل والحول والحوص
نوع منه والشتر وهو انقلاب الجفن وبه سمي الاشتر والظفر وهو بياض يبدو في انسان العين وجوب العين وغيرها والشعر والقبل في العين
ومنه قول الشاعر يصف خيلا تراهن يوم الروع كالحدأ القبل والماء في العين والسبل والسعال القديم اذا كان عن داء واما القدر
المعتاد منه فلا والعزل وهو ان يعزل ذكره الى احد الجانبين والمشش وهو ورم في الدابة له صلابة والفدع وهو اعوجاج في مفاصل
الرجل والفج وهو تباعد ما بين القدمين والصكك وهو صك احدى ركبتيه بالاخرى والرتق والقرن والعقل وهو امتلاء لحم الفرج والسلعة
والقروح وآثارها والدخس وهو ورم يكون باطراف حافر الفرس والحارد الخف وهو ميل كل من بهامي الرجل الى الاخر وقال محمد ابن الاعرابي
الاخف الذي يمشي على ظهر قدميه وتناثر شعر الراس والصدق التواني اصل العنق وقيل ميل في البدن والشدق بينة مفرطة في الفم
والتخنث قيل اذا فحش او كان باقي بافعال ريبة والحمق وكونها مغنية وشرب الغلام وترك الصلوة وغيره من الذنوب وقلة الاكل في البقرة
ونحوها وكثرته في الانسان وقيل في الجارية عيب لا الغلام ولا شك انه لا فرق اذا افرط وعدم المسيل في الدار والشرب للارض وكذا ارتفاعها
بحيث لا تسقى الا بالسكر وكون الجارية محترقة الوجه لا يدري حسنها من قبحها بخلاف ما اذا كانت دميمة او سوداء والفرار في الدواب ان كان
كثيرا فاحشا وكذا اكل العذرة والجموح والامتناع عن اللجام وكذا الحرن عند العطف والسير والسيلان اللعاب على وجه يسيل المخلاة اذا علق
عليه فيها وكثرة التراب في الحنطة تردبه بخلاف ما اذا كان معتادا وليس له ان يميز التراب ويرجع بحصته وكذا لو اشترى خفا او مكعبا للبس فلم يدخل
رجله فيه فهو عيب ولو باع سويقا ملتوتا على ان فيه كذا من السمن او قميصا على ان فيه عشرة اذرع والمشتري ينظر اليه وظهر خلافه فلا خيار له قوله
واذا حدث عند المشتري عيب باقة سماوية او غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بنقصان العيب وليس له ان يرد
المبيع لان الرد اضرار بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما فلو الزمناه به معيبا تضرر ولا بد من دفع الضرر عن المشتري فتعين الرجوع بالنقصان
الا ان يرضى البائع ان يأخذه بعيبه الحادث ضد المشتري فله ذلك لانه رضي بالضرر وما كان عدم الزامه المبيع الا لدفع الضرر عنه فاذا رضي
فقد اسقط حقه اللهم الا ان يمتنع اخذه اياه بحق الشرع بان كان المبيع عصيرا فتخمر عند المشتري ثم اطلع على عيب فانه لو اراد البائع ان يأخذه بعيبه
لا يمكن من ذلك لما فيه من تمليك الخمر وتملكها ومنعهما من ذلك حق الشرع فلا يسقط بتراضيهما على اهداره كما لو تراضيا على بيع الخمر وشرائها فان قيل
ينبغي ان يرجع جانب المشتري فيرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لان البائع دلس عليه فكان مغرورا من جهته اجيب بان المعصية الصادرة عنه لا تمنع

قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث فان قال البائع انا اقيله كان له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي به فان باعه المشتري لم يرجع بشيء لان الرد غير ممتنع برضاء البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان فان قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاول لانه لا ينفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلا وليس للبائع ان ياخذه لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه فان باعه المشتري بعد ما راى العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع وعن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه قميصا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعده بالتسليم اليه

بصفته ماله كالغاصب اذا عمل فالثوب المغصوب الخياطة او الصبغ ابا حنيفة لان الظالم لا يظلم والضرر عن المشتري يندفع باثبات حق الرجوع بصفة العيب فان قيل قد تقدم ان الاوصاف لا حصة لها من الثمن بانفرادها اجيب بانها اعتبرت اصولا ضرورة جبر حق المشتري والا يهدر كما صيرت اصولا بالقصد من اتلافها وكلما رجع بالنقصان فمعناه ان يقوم العبد بلا عيب ثم يقوم مع العيب وينظر في التفاوت وان كان مقدار عشرة القيمة رجع بعشر الثمن وان كان اقل او اكثر فعلى هذا الطريق ثم الرجوع بالنقصان اذا لم يمتنع الرد بفعل مضمون من جهة المشتري اما اذا كان بفعل من جهته كذلك كان قتل المبيع او باعه او وهبه وسلمه او اعتقه على مال او كاتبه ثم اطلع على عيب فليس له الرجوع بالنقصان وكذا اذا قتل عند المشتري خطأ لانه لما وصل البدل اليه صار كان ملكه من القاتل فكان كما لو باعه ثم اطلع على عيب فلم يكن له حق الرجوع ولو امتنع الرد بفعل غير مضمون له ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع **قوله** لا يرجع بالنقصان اذا ابق العبد ما دام حيا عند ابي حنيفة وبه قال الشافعي لان الرد موهوم فلا يصار الى خلفه وهو الرجوع بالنقصان الا عند اليأس من الاصل وعن ابي يوسف يرجع لتحقق العجز في الحال والرد موهوم وهو لا يعارض الموجود **قوله** ومن اشترى ثوبا فقطعه يعني ولم يخطه ثم وجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع لانه عيب حادث فان قال البائع انا اقيله كذلك اي مقطوعا كان له ذلك لان الامتناع اي امتناع رده لحقه وقد رضي به اي برده معيبا فزال المانع فان باعه المشتري اي بعد القطع بعد علمه بالعيب او قبله لم يرجع بشيء لان الرد لم يمتنع بالقطع برضى البائع فحين باعه مع عدم امتناع رده مقطوعا صار حابسا للمبيع بالبيع فان كان المشتري قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او كان المبيع سويقا فلته بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لانه امتنع الرد بسبب الزيادة المتصلة وانما امتنع لانه لا وجه للفسخ في الاصل اعني الثوب بدونها كالصبغ مثلا والخياطة والسمن لانه لا ينفك عنه ولا الى الفسخ معها لان الزيادة ليست بمبيعة والفسخ لا يرد على غير المبيع لانه رفع الى ما كان من المبيع فيبقى ما كان من المبيع والثمن على ما كان فلو رد على الزيادة لزم الربا فان الزيادة ح تكون فضلا مستحقا في عقد المعاوضة بلا مقابل وهو معنى الربا او شبهته ولشبهته الربا حكم الربا فلا يجوز فامتنع اصلا وليس للبائع ان ياخذه وان رضي المشتري بترك الزيادة لان الامتناع لم يتمحض لحقه بل لحقه وحق الشرع بسبب ما ذكرنا من لزوم الربا ورضاه باسقاط حقه لا يتعدى الى حق الشرع بالاسقاط واذا امتنع الرد بالفسخ فلو باعه المشتري يرجع بالنقصان لان الرد لما امتنع لم يكن المشتري مبيعه حابسا له عن البائع وعلى هذا الاصل وهو ان الرد اذا كان ممكنا فاخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان لان حابس وان كان مع عدم امكانه يرجع لانه غير حابس قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان التمليك من الابن الصغير حصل بمجرد القطع للغرض المذكور قبل الخياطة مسلما اليه وهو نائبه في التسليم فصار به حابسا للمبيع مع امكان الرد والخياطة بعد ذلك وجودها وعدمها سواء فلا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا والباقي بحاله رجع بالنقصان لانه لا يصير مسلما اليه الا بعد الخياطة فكانت الخياطة على ملكه وكان امتناع الرجوع بسبب الزيادة التي هي الخياطة قبل اخراجه عن ملكه فبعد ذلك لا يتفاوت الحال بين ان يخرجه عن ملكه بالبيع او الهبة اولا في جواز الرجوع بالنقصان وهو معنى ما في الفوائد الظهيرية من ان الاصل في جنس هذه المسائل ان كل موضع يكون المبيع قائما على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع فاخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان وكل موضع يكون المبيع قائما على ملكه ولا يمكنه الرد وان رضي البائع فاخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان انتهى وهذا اصل آخر في الزيادة اللاحقة بالمبيع الزيادة متصلة ومنفصلة وكل منهما ضربان فالمتصلة غير متولدة من المبيع كالصبغ

قال ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب يرجع بنقصانه اما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل مملوكا للملك وانما يثبت الملك ضرورة انه لا يمكن فكان انهاء فصار كالموت وهذا لان الشيء ينتهي بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر والاستيلاد بمنزلته لان تعذر النقل مع بقاء المحل لامر الحكمي وان اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة رح انه يرجع لانه انهاء الملك وان كان بعوض فان قتل المشتري العبد او كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة رح اما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي فصار كالموت حتف انفه فيكون انهاء ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا واذا اسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا واما الاكل ففي الخلاف عنه هو يرجع وعند الا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق انما اندفع في المبيع بقصد شرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق فانه لا يتعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فاشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا الا ترى ان البيع ما يقصد بالشراء وهو يرجع بالجميع

والخياطة واللت بالسمن والغرس والبناء وهي تمنع الرد بالعيب بالاتفاق خلافا للشافعي واحمد ولو قال البائع انا اقبله كذلك ورضي المشتري لا يجوز لما ذكرنا من حق الشرع للزوائد المتصلة غير المتولدة لو كان حنطة فطحنها او دقيقا فخبزه فلو باعه بعد ذلك يرجع بالنقصان لانه ليس بحابس للمبيع بل امتنع قبل البيع بحق الشرع وفي كون الطحن والشيء من الزيادة المتصلة تامل والمتولدة من الاصل كالسمن والجمال والجلاء رباحس العين وهي لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية لان الزيادة تحصلت تبعا للاصل تولدا منه مع عدم انفصالها فكان الفسخ لم يرد على زيادة اصلا والمنفصلة المتولدة منه كالولد واللبن والثمر في بيع الشجر والارش والعقر وهي تمنع الرد لتعذر الفسخ عليها لان العقد لم يرد عليها ولا يمكن التبعية للانفصال فيكون المشتري بالخيار قبل القبض ان شاء رد بها جميعا وان شاء رضي بها بجميع الثمن واما بعد القبض فيرد المبيع خاصة لكن بحصته من الثمن بان يقسم الثمن على قيمته وقت العقد وعلى قيمته الزيادة وقت القبض فاذا كانت قيمته الفا وقيمة الزيادة مائة والثمن الف سقط عشر الثمن ان رده واخذ تسعمائة وغير متولدة منه كالكسب وهي لا تمنع بحال بل يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة ويسلم له الكسب الذي هو الزيادة وهو قول احمد والشافعي واحمد حوفيه الحديث الذي ذكرناه اول الباب الذي فيه قول البائع انه استغل غلامي فقال صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وجعل الشافعي واحمد حكم المنفصلة المتولدة في حكم الكسب لامكان الفسخ على الاصل بدونها والزيادة للمشتري ونحن نفرق بين الكسب الذي لو لدن المنافع وهي غير الاعيان وان كانت منافع الحر مالا مع ان الحر ليس بمال والعبد المكسوب للكتابة ليس مكاتبا والولد تولد من نفس المبيع فيكون له حكمه فلا يجوز ان يسلم له مجانا فيه من شبهة الربا ولو هلكت الزيادة بآفة سماوية ثبت له الرد لانها لم تكن وبه قال الشافعي قبل الحكم بالارش وانما قيد المص بقوله احمر ليكون زيادة بالاتفاق فان السواد عنده نقص كما سنعلم انهو كالقطع وانتقاص المبيع في يد المشتري يمنع الرد باي سبب كان بالاتفاق قوله ومن اشترى عبدا فاعتقه المشتري او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان اما الموت فلان الملك ينتهي به والشيء بانتهائه يتقرر فكان الملك قائم والرد متعذر وقد اطلع على عيب وذلك موجب للرجوع واما امتناع الرد فانما يكون مانعا اذا كان عن فعل المشتري اما اذا ثبت حكما للشيء فلا وههنا ثبت حكما للموت فلا يمنع الرجوع بالنقصان واستشكل عليه ما اذا صبغ الثوب احمر واخواته فانه يرجع بالنقصان مع الامتناع بفعله واجيب بان امتناع الرد في ذلك انما هو بسبب الزيادة التي حصلت في المبيع حقا للشرع للزوم شبهة الربا قيل فكان ينبغي للمص ان يزيد فيقول بلا فعله الذي لا يوجب زيادة واما العتق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع وهو قول الشافعي واحمد لان العتق انهاء للملك لان الآدمي ما خلق في الاصل للملك وانما ثبت الملك فيه عن سببه موقتا الى الاعتاق فثبت انه انهاء فصار كالموت وهذا وهو الرجوع بالموت وما في معناه بسبب انه انهاء لان الشيء بانتهائه يتقرر الى اخر ما قررناه وقوله والتدبير والاستيلاد بمنزلته اي بمنزلة الاعتاق وان لم يزيلا الملك كما يزيله الاعتاق لانه يتعذر معهما النقل من ملك الى ملك وبذلك يتعذر الرد وقوله مع بقاء المحل احتراز عن الموت والاعتاق وقوله بالامر الحكمي اي حكم الشرع لا بفعل المشتري كالقتل قوله فان اعتقه على مال ثم اطلع على عيب لم يرجع بشيء وكذا لو كاتبه لان المشتري حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة انه اي العتق على مال يرجع بالنقصان وهو قول ابي يوسف وبه قال الشافعي واحمد لان العتق سواء كان بمال او بلا مال هو انهاء للملك اعني الرق ولهذا يثبت به الولاء في الوجهين واذا كان انهاء كان كالموت وكونه بمال او بغيره طرد والوجه ما تقدم من كونه حابسا له بحبس بدله قوله فان قتل المشتري العبد اي لم يمت عنده حتف انفه او كان المبيع طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة رح اما القتل فالمذكور من عدم الرجوع فيه ظاهر الرواية عن اصحابنا وعن ابي يوسف انه يرجع وذكر صاحب الينابيع ان محمدا معه وهو قول الشافعي واحمد لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي من قصاص او دية فكان كالموت حتف انفه وانما يتعلق به حكم الآخرة من استحقاق العقاب اذا كان

فان اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة رح لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعنهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما انه يرده ما بقي لانه لا يضره التبعيض **قال** ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب فان كان ينتفع به مع فساده لم يرده لان الكسر عيب حادث وللمشتري ان يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي رح يرده لان الكسر بتسليط قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البيض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل مما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر وعبده

بغير حق ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا قال صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج اي مهدر وانما سقط الضمان عن المولى بسبب الملك لذا لو باشره في غير ملكه كان مضمونا ولما سقط الضمان عن المولى صار كالمستفيد بالعبد عوضا هو سلامة نفسه ان كان عمدا وسلامة الدية للمولى ان كان خطأ فكان كانه باعه بخلاف الاعتاق لانه ليس بفعل مضمون لا محالة لانه في ملك الغير لا ينفذ وعتق احد الشريكين ان نفذ لا يتعلق به ضمان اذا كان معسرا بل اذا كان موسرا على تقدير فلم يوجبه بذاته فلم يستفد اي لم يلزم استفادته بالاعتاق عن ملكه شيئا حقيقة ولا حكما واما الاكل فعندهما يرجع به وبه قال الشافعي واحمد رح وفي الخلاصة عليه الفتوى به اخذ الطحاوي وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق ثم اطلع على عيب عنده لا يرجع وعندهما يرجع لهما انه صنع بالمبيع ما يقصد لشرائه ويتعاد فعله غيره من الاكل واللبس حتى انتهى الملك به فكان كالاعتاق بخلاف القتل والاحراق ونحوه من الاستهلاك ليس معتادا اغراضا عن الشراء المقصود به وله انه اتلفه بفعل مضمون منه لو وجد في غير ملكه غير انه سقط اي انتفاء الضمان لملكه فكان كالمستفيد به عوضا كالقتل فلا يرجع ولا يعتبر كونه مقصودا بالشراء لانه وصف طردي لا اثر له في اثبات الرجوع الا ترى ان البيع ما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع وجعل المص قول ابي حنيفة استحسانا مع تاخيره وجوابه عن دليلهما يفيد مخالفته في كون الفتوى على قولهما واورد عليه القطع والخياطة فانهما موجبان للضمان في ملك الغير مع انه يرجع بالنقصان فيهما اجيب بان امتناع الرد فيهما لحق الشرع لا لفعله ولا كذلك هنا فانه امتنع لفعله لا لحق الشرع وهذا يتم في الخياطة لا زيادة اما في مجرد القطع فلا يتم ولذا لو قبله البائع مقطوعا كان له ذلك بخلافه مخيطا او مصبوغا بغير السواد **قوله** ولو اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عنده يعني لا يرد ما بقي ولا يرجع بالنقصان فيما اكل لان الطعام كشيء واحد حتى كان رؤية بعضه كرؤية كله يسقط الخيار فصار كما لو باع بعضه ثم اطلع على عيب فانه يبطل حقه في الرجوع في غير قول زفر فانه قال يرجع بنقصان العيب في الباقي الا ان يرضى البائع ان ياخذ الباقي بحصته من الثمن وعنهما روايتان رواية انه يرجع بنقصان العيب في الكل فلا يرد الباقي ورواية يرد ما بقي لان الطعام لا يضره التبعيض فكان قادرا على الرد كما اخذه ويرجع بالنقصان فيما اكل هكذا ذكره المص وهو نقل القدوري في كتاب التقريب وفي شرح الطحاوي ان الاول قول ابي يوسف رح قال يرجع بالنقصان في الكل الى ان يرضى البائع ان ياخذ الباقي بحصته من الثمن والثاني قول محمد قال وكان الفقيه ابو جعفر يفتي بقول محمد رح وهو اختيار الفقيه ابي الليث وفي شرح الجمع قال ابو يوسف يرد ما بقي الى ان يرضى البائع لان استحقاق الرد في الكل دون البعض متوقف على رضاه وقال محمد يرد ما بقي وان لم يرض لما ذكرنا ان التبعيض لا يضره وفيما لو باع البعض عنهما روايتان في رواية لا يرجع بشيء كما هو قول ابي حنيفة رح لان الطعام كشيء واحد فبيع البعض كبيع الكل وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض ولكن لا يرجع بالنقصان فيما باع وفي المجتبى عن مجمع النجاري اكل بعضه يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقي وبه يفتى ولو اطعمه ابنه الصغير او الكبير او امرأته او مكاتبه او ضيفه لا يرجع بشيء ولو اطعمه عبده او مدبره او ام ولده يرجع لان ملكه باق ولو اشترى دقيقا فخبز بعضه ظهر انه مورد ما بقي ورجع بنقصان ما خبز هو المختار ولو كان ثمنا دايبا فاكله ثم اقر البائع انه كان وقعت فيه فارة رجع بالنقصان عندهما وبه يفتى وفي الكفاية كل تصرف يسقط خيار الشرط يسقط خيار العيب اذا وجده في ملكه بعد العلم بالعيب ولا رد ولا ارش لانه كالرضا به **قوله** ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا او قرعا او فاكهة فكسره غير عالم بالعيب فوجده فاسدا فان لم ينتفع به كالقرع المر والبيض المدر رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا بخلاف ما لو كسره عالما بالعيب لا يرده ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره بان كان في موضع يؤكل الحطب وهو ما يشترى للوقود على ما قيل من انه اذا كان كذلك يرجع بحصة اللب ويصح العقد في قشره بحصته من الثمن لان العقد فيه صادف محله لان ماليته الجوز قبل الكسر ليس الا باعتبار اللب واذا كان اللب لا يصلح له

قال ومن باع عبدا فباعه المشتري فرد عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي باقراره او ببينة او بالنكول له ان يرده على بائعه لانه فسخ من الاصل لانه
لم يكن خلفا لانه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة

لم يكن محل البيع موجودا فيظهر ان العقد وقع باطلا واختاره المص واشار اليه الامام السرخسي وان كان ينتفع به مع فساده بان باكله الفقراء او
يصلح للعلف يرجع بحصة العيب لان الكسر عيب حادث عند المشتري فيمتنع الرد فيرجع بالنقصان الا ان يتناول شيئا منه بعد العلم فلا يرجع بشيء لذا
قال الحلواني هذا اذا ذاقه فوجده كذلك فتركه فان تناول شيئا منه بعد ما ذاقه لا يرجع بشيء واما اذا اشترى بيض نعامة فوجدها مذرة ذكر بعض المشايخ في
شرح الجامع انه يرجع بنقصان العيب وهذا يجب ان يكون بلا خلاف لان بالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعا وقول المص وقال
الشافعي يرد يعني اذا وجد بعد الكسر بحيث ينتفع به اطلقه وفي شرح الاقطع قيده بما اذا كان الكسر مقدارا لا يعلم العيب الا به فعلة الرد في الصحيح من قوليه
انتهى وليس هذا التفصيل عندنا ولا في قول اخر للشافعي ثم وجه قول الشافعي على ما في الكتاب ان هذا الكسر بتسليط البائع فكانه كسره بنفسه قلنا التسليط
على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما اذا كان المبيع ثوبا فقطعه المشتري ثم اطلع على عيب فانه لا يرده مع انه سلطه على قطعه بالبيع فعرف بالاجماع على انه
لا يرده وفي مسئلة القطع ان تسليطه هذا هدر وان التسليط المعتبر هو ما لو سلطه ان يكسره وهو في ملكه اي ملك البائع بان امره بكسره فذاك هو التسليط المانع
من الضمان على الكاسر واما البيع فتسليط المشتري على ان يكسره في ملك نفسه ولا اثر لهذا في نفي ولا اثبات ولو وجد البعض فاسدا فان كان قليلا جاز
البيع استحسانا لان كثيرا من الجوز والبيض لا يخلو عن قليل فاسد فكان كقليل التراب في الحنطة والشعير فلا يرجع بشيء اصلا وفي القياس يفسد وهو ظاهر
وان كان كثيرا لا يجوز البيع ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد في صفقة واحدة ولا نقض في المسئلة ولكن فيه ضرورة
ظاهرة وقال المص في القليل انه كالواحد والمثنى وفي النهاية اراد بالكثير ما وراء الثلاثة لانه زاد على النصف وجعل الفقيه ابو الليث الخمسة والستة في المائة من الجوز مستغرقا قال
لان مثل ذلك قد يوجد في الجوز فصار كالمشاهد يعني عند البيع ولو اشترى عشر جوزات فوجد خمسة خاوية اختلفوا فيه قيل يجوز العقد في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن بالاجماع
وقيل يفسد في الكل بالاجماع لان الثمن لم يفصل وقيل العقد فاسد في الكل عند ابي حنيفة رح لانه يصير كالجمع بين الحي والميت في البيع وعندهما يصح في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن
وهو الاصح لان هذا بمعنى الثمن المفصل عندهما فان الثمن يقسم على الاجزاء لا على القيمة **قوله** ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبله بقضاء القاضي بسبب اقراره بالعيب
انه كان عنده ووجد عند المشتري منه وهو المشتري الاخر او ببينة على ذلك لانكاره العيب او بسبب نكوله عن اليمين على العيب فله ان يرده على بائعه الاول يعني له ان يخاصم الاول ويقبل
ما يجب معه الى ان يرده عليه وقيده في المبسوط بما اذا ادعى المشتري الثاني العيب عند البائع الاول اما اذا اقام البينة ان العيب كان عند المشتري الاول
لم يذكره في الجامع وانما ذكر في اقرار الاصل فقال ليس للمشتري الاول ان يخاصم مع بائعه بالاجماع لان المشتري الاول لم يصر مكذبا فيما اقر به و
لم يوجد هنا قضاء على خلاف ما اقر به فبقي اقراره بكون الجارية سليمة فلا يثبت له ولاية الرد وهذا وانما يرده على هذا التقدير لان الرد بهذا الطريق فسخ من الاصل
يعني من كل وجه فجعل البيع كان لم يكن وقد اطلع على عيب فله ان يخاصم فيه اذ لا مانع من ذلك وما يحتال مانعا منه وهو ان القضاء بالبينة والنكول
فرع انكاره العيب فبخصومة البائع الاول فيه يكون مناقضا فلا تسمع خصومته ولذا قال زفر انه لا يرده عليه للتناقض المذكور وكذا بالاقرار فان معناه
على ما فسره المص ان يدعي عليه انه اقر بالعيب فينكر الاقرار فيشهد عليه بالاقرار فان اقراره غير مقطوع به لجواز كذب الشهود ووهمهم ولهذا لو قال
بعد الرد ليس به عيب لا يرده على البائع الاول بالاتفاق اجاب المص عنه بقوله لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء فانعدم انكاره العيب هذا بعد
تسليم ان انكاره ظاهر في الصدق والا فيجوز كونه لدفع الخصومة فان كثيرا من الناس يفعله فصار ظاهرا يعارض ظاهر الديانة المقتضية لصدقه
ثم لو كان ظاهرا في صدقه فقد ثبت كون هذا الظاهر غير واقع لتكذيب الشرع اياه بخلاف قوله لا عيب فيه بعد الرد لانه لا مكذب له وقيل

وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لان البيع هناك واحد والموجود ههنا بيعان فسخ الثاني لا يفسخ الاول وان قيل بغير قضاء القاضي ليس له ان يرده لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما والاول ثالثهما

تكذيب الشرع اياه باثبات العيب لا يرفع تناقضه وكونه مواخذا في حق نفسه بزعمه وهي الدافعة لخصومته للبائع الاول وقوله وهذا بخلاف الوكيل متصل بقوله له ان يرده لان المعنى له ان يخاصم فيرده بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد ما باعه بطريق الوكالة عليه بعيب بالقضاء ببينة او باباء اليمين او باقرار المامور بالعيب بالبيع كذا لفظ الجامع حيث يكون ردا على الموكل من غير حاجة الى خصومة والرد عليه بالخصومة لان ذلك عند تعذر البيع حتى يكون البيع الاول قائما بعد انفساخ البيع الثاني فيحتاج الى الخصومة في الرد وههنا البيع واحد فاذا ارتفع رجع الى الموكل من غير تكلف زيادة وقيده فخر الاسلام بعيب لا يحدث مثله فقال له الرد بالبينة وباباء اليمين وبالاقرار في عيب لا يحدث مثله اما في عيب يحدث مثله يرده بالبينة وباباء اليمين ولا يرده لما مر مع الاقرار لان اقرار المامور لا يسمع على الامر ومعنى اشتراطه البينة او النكول او الاقرار والفرض انه لا يحدث مثله انه اذا اشتبه على القاضي ان العيب قديم اولا او علم انه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا ولم يثبت عنده تاريخ البيع فاحتاج المشتري الى اقامة البينة او غيرها من الحجج ان تاريخ البيع منذ شهر فيعلم القاضي ح ان العيب كان في يد البائع فيرده عليه اما اذا عاين القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر فلا يحتاج الى شيء من ذلك فيكون الرد على الوكيل ردا على الموكل بلا زيادة خصومة وقد اعتبر ض قول محمد انه بنكول الوكيل يلزم الموكل فان النكول بدل عنده اقرار عندهما وبدل الانسان لا يثبت في حق غيره واقرار الوكيل بالعيب لم يلزم الامر في عيب يحدث مثله اجيب بانه ليس حقيقته بل جار مجراه الا يرى انه لو ادعى بمال على عبد ماذون له بالتجارة فانكر ونكل عن اليمين يحكم عليه به مع ان بدله المال لا يجوز الا في حق نحو الضيافة البسيرة وكذا عندهما لو نكل عن اليمين في كل حكم كان له ان يعود فيحلف ويسقط المال عن نفسه ولو كان اقرارا لم يملك الرجوع عنه والشيء اذا اجري مجرى الشيء لا يلزم كونه مجراه من كل الوجوه وهل حكمه حكم صريح الاقرار عند ابي يوسف لا وعند محمد نعم وتظهر ثمرته فيما قال في الدعوى من رواية بشر بن الوليد عن ابي يوسف لو ادعى دارا في يد رجل فانكر فنكل فقضى القاضي للمدعي بها ثم اقام المدعى عليه البينة انه اشتراها من المدعي قال يسمع القاضي بينته ويرد الدار عليه ولو اقام انه اشتراها من رجل آخر لا تقبل وقال محمد في رواية ابن سماعة لا تقبل في الوجهين والنكول بمنزلة الاقرار وابو يوسف يقول ليس بصريح الاقرار فتقبل وفي الايضاح ان رد على الوكيل بغير قضاء يلزم خاصة سواء كان في عيب يحدث مثله او لا يحدث مثله لان هذا الفسخ عقد جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما انتهى يعني الفسخ الذي بلا قضاء وقوله وان قبله يعني المشتري الاول بغير قضاء القاضي بل برضاه لا يرده على بائعه هذا هو الشق الثاني من ترديد المسئلة وحاصلها ان من اشترى عبدا او غيره فباعه فرد عليه بعيب بقضاء باحد الوجوه الثلاثة كان له ان يرده على البائع الاول خلافا لزفر وان قبله بالتراضي ليس له ان يرده عليه لان الرد بالتراضي بيع جديد في حق الثالث والبائع الاول ثالثهما كان المشتري الاول اشتراه من المشتري الثاني ولو اشتراه المشتري الاول من المشتري الثاني لم يكن له ان يرده على الاول فلا خصومة فكذا هذا وبهذا لو كان على المشتري الاول في الدار شفعة فاسقط الشفيع حقه فيما باعه ثم رد بعيب في التراضي تجدد للشفيع حق الشفعة فان المشتري الاول اشترى ثانيا ما باع فلا يكون له حق الخصومة في الرد ولا في الرجوع بالنقصان وقال الشافعي يرده اذا قبله بلا قضاء لان الرد بالعيب عنده يرفع العقد من اصله نص عليه الشافعي فلم تتفاوت الرد بالرضا والقضاء ونحن بينا الفرق بانه بالقضاء فسخ وبالرضا بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما لان قيل لما باشر سبب الفسخ وهو النكول او الاقرار بالعيب يكون راضيا بحكم السبب فلا فرق بين القضاء والرضا في وجوب كونه بيعا في حق ثالث اجيب بان المسئلة فيما اقر بالعيب وابى القبول فرد عليه القاضي جبرا فلا يتحقق فيه معنى البيع لعدم الرضا وقد قدمنا ان معنى الاقرار الشهادة

وفي الجامع الصغير وان دخله باقراره بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وبهذا يتبين ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول

عليه به ولانه اذا قبله بغير قضاء فقد رضي بالعيب فلا يرده على بائعه واستشكل على هذا الاصل وهو انه فسخ من الاصل مسائل احداها المبيع لو كان عقارا لا يبطل حق الشفيع في الشفعة ولو كان الرد بالعيب بالبينة فسخا من الاصل بطل حق الشفيع لبطلان البيع من الاصل والثانية ما اذا باع امة الحبلى وسلمها فولدت بعيب بقضاء ثم ولدت ولدا فادعاه ابو البائع لا تصح دعوته ولو كان الرد بقضاء فسخا من الاصل صحت كما لو لم يبعها الابن فادعاه الاب والثالثة ما لو احال غريمه بالثمن على المشتري ثم رد المشتري بعيب بقضاء لا تبطل الحوالة ولو كان فسخا من الاصل بطلت اجيب ببيان المراد وهو ان محمدا ذكر في مواضع ان بالرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب الى قديم ملك الواهب فيما يستقبل لا فيما مضى الا ترى ان من وهب مال الزكوة لرجل قبل الحول وسلمه اليه ثم رجع في هبته بعد الحول فانه لا يجب على الواهب زكوته باعتبار ما مضى ولا يجعل الموهوب عائدا الى قديم ملك الواهب في حق زكوة ما مضى من الحول وكذا الرجل اذا وهب دارا لآخر وسلمها اليه ثم بيعت دار بجنبها ثم رجع الواهب فيها لم يكن الواهب ان ياخذها بالشفعة ولو عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب وجعل كان الدار لم تزل عن ملك الواهب كان له الاخذ بالشفعة واذا عرف هذا الاصل خرجت المسائل المذكورة عليه اما الشفعة فلان حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وكذا المسئلة الثانية لان الا انما تصح دعوته باعتبار ولاية كانت له زمان العلوق وهو معنى سابق على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها بل يبقى ما كان من عدم ولاية هذه الدعوة وكذا المسئلة الثالثة لان الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد في ابطالها ولان صحتها لا تستدعي عندنا دينا على المحال عليه ولهذا قال شيخ الاسلام قول القائل الرد بقضاء فسخ وجعل العقد كان لم يكن متناقض لان العقد اذا جعل كان لم يكن جعل الفسخ كان لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل واذا انعدم الفسخ من الاصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه ولكن يقال العقد كان لم يكن على التفسير الذي قلنا وفي بعض المواضع قيده بعضهم بما اذا كان المبيع من غير النقود اما منها فلا وذلك لمسئلة نقلها شمس الائمة المحيط في المنتقى ان من اشترى دينارا بدراهم ثم باع الدينار من آخر بهم وجد المشتري الآخر بالدينار عيبا ورده على المشتري بغير قضاء فانه يرده على بائعه وذلك لمعنى وهو ان المبيعين حكمهما مقدرين لان المعيب ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون المعيب ملك البائع فاذا رد على المشتري يرده بخلاف المبيعين في غير النقود كمسئلة الهداية فانهما موجودان في ذلك فاذا قبله بدون القضاء فقد رضي بالعيب فلا يرده على بائعه واذن ما فيها من اطلاق المذكور بالنسبة الى موضع المسئلة غير محتاج الى هذا القيد وقوله وفي الجامع الصغير الخ انما ذكره لان ظاهره بخلاف القدوري فانه لم يقيد المسئلة فيه بكون العيب لا يحدث مثله وقيدها في الجامع حيث قال وان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم فقال انما قيد به ليعلم انه كذلك فيما يحدث مثله بطريق اولى لانه لما لم يكن من الرد فيما لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة والناقصة والسن الشاعية فانتفاؤه فيما يحدث مثله كالمرض والمشعال والقروح مع احتمال انه حدث عند المشتري اولى قال المص وفي بعض روايات البيوع اي بيوع الاصل ان كان فيما يحدث مثله يرجع يعني على البائع الاول اذا رده بالتراضي للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول وقد فعلا بغير قضاء ما لو رفع الى قاض فعله لان الرد متعين في هذا فكان فعلهما كفعل القاضي والمراد لا يحدث مثله مطلقا او في مدة كونه في ملك المشتري الاول الى رد المشتري الثاني قيل ووجه عامة الروايات ان هذا رد ثبت بالتراضي فكان كالبيع الجديد ولا نسلم انهما فعلا عين ما فعله القاضي لان الحكم الاصلي في هذا هو المطالبة بالسلامة وانما يصار الى رد العين فاذا تعذر الى الرد لم يصح في حق غيرهما الا ترى ان الرد اذا امتنع وجب الرجوع بحصة العيب وفيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحول الى غيره

قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري البينة لانه انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن او لا ليتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضى به صونا للقضاء فان قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع الثمن يعني اذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر به لانه على حجته اما اذا نكل الزم العيب لانه حجة فيه

فافترقا هذا كله فيما اذا كان الرد بالعيب من المشتري الثاني بعد قبضه اما اذا كان قبل قبضه فللمشتري الاول ان يرده على البائع الاول سواء كان بقضاء او بغير قضاء كما لو باع المشتري الاول للمشتري الثاني بشرط الخيار له او بيعا فيه خيار رؤية فانه اذا فسخ المشتري الثاني بحكم الخيار كان للمشتري الاول ان يرده مطلقا وعلمت ان الفسخ بالخيارين لا يتوقف على قضاء وقال في الايضاح الفقه فيه ان قبل القبض له الامتناع من القبض عند الاطلاع على العيب فكان هذا تصرف دفع وامتناع من القبض وولاية الدفع عامة فظهر اثره في حق الكل ولهذا لا يتوقف على القضاء فاما بعد القبض فموجب العقد قد تناهى الا ان حقه في صفة السلامة قائم فاذا لم يسلم له ثبت له حق الفسخ فجاء من هذا ان حق الفسخ بالعيب ما ثبت اصلا لان الصفقة تمت بالقبض بل لغيره وهو استدراك حقه في صفة السلامة وانما ظهر اثره في حق الكل لانه ثبت بولاية عامة ولو كان بالتراضي ظهر اثره في حقهما خاصة بخلاف الرد بخيار الرؤية والشرط لانه فسخ في حق الكل لان حقه في الفسخ ثبت اصلا لانهما يسلبان اللزوم في اصل العقد فكان بالفسخ مستوفيا حقا له وولاية استيفاء الحق تثبت على سبيل العموم ولذا لا يتوقف على القضاء قوله ومن اشترى عبدا

وقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري بينة على البائع ان العيب كان عنده وعنده مقتضى هذا التركيب انه اذا اقام هذا البينة يجبر على دفع الثمن وهو فاسد فقد ظهر الدين للثاني جبرا هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم البينة فيستمر عدم الجبر انتهى ولا بد من تقدير اخر مع يحلف لان معناه وليس معنى يحلف البائع بل معناه يقضى بالحلف وليس يلزم من الطلب الحلف منه الجبر على دفع الثمن بل اذا حلف وهو غير لازم بجواز ان ينكل فيستمر عدم الجبر فعلم الجبر يثبت مع احدى صورتي التحليف كما يثبت مع اقامة البينة وقيل تقدير فعل عام يدخل تحته الغايتان اعني الحلف واقامة البينة هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم به او بعده بان يحلف فيحلف او يقيم البينة ومنهم من اول لا يجبر ينتظر بدفع الثمن وانما قلنا انه لا يجبر على دفع الثمن اذا طالبه البائع به فادعى هو عيبا لانه انكر وجوب الثمن بدعوى العيب فانه به انكر تعين حقه لان حقه في السليم فلم يقبضه فما قبضه ليس موجبا دفع الثمن عليه ووجوب دفع الثمن اولا ليتعين حق البائع بازاء تعين حق المشتري في المبيع ولم يتعين لانه السليم وقد انكره واورد عليه ان الموجب للجبر قائم والمانع هو قياس العيب موهوم فلا يعارض المتحقق والجواب المنع قيام الموجب لانه البيع للسليم او هو مع قبضه وهو ينكره فهو محل النزاع وايضا فقد ثبت ما ادعاه فيؤدي الى نقض القضاء بدفع الثمن وصيانة القضاء عن النقض ينبغي ما امكن فلو ان المشتري قال شهودي بالشام مثلا فامهلني حتى احضرهم او ايتك بكتاب حكمي من قاضي الشام لا يسمع ذلك بل يستحلف البائع ويقضى بدفع الثمن ان حلف وان نكل رد المبيع وانما قلنا هذا لان في الانتظار بالبائع كثير اضرار لان التاخير الى غاية غير معلومة تجري مجرى الابطال خصوصا بعد قبض مال البائع على وجه المعاوضة وليس في الدفع كثير اضرار بالمشتري لانه على حجته اذ له ان يقيم البينة بعد حلفه على البائع ويرد المبيع ويسترد الثمن بخلاف ما لو قال شهودي حضور فان الامهال هنا الى المجلس الثاني ولا ضرر في هذا القدر على البائع فيمهل ولو قال احضر بيتي الى ثلاثة ايام اجلها وليس هنا ما ينفذ فيه القضاء ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة لان ذلك في العقود والفسوخ ولم يتناكر العقد بل حقيقة الدعوى دعوى مال على تقدير فالقضاء هنا بدفع الثمن الى غاية حضور الشهود بالمسقط وهذا صريح في قبول البينة بعد الحلف ولا خلاف فيه في مثله اعني اذا قال لي بينة غائبة او قال ليس لي بينة حاضرة ثم اتى ببينة تقبل

قال ومن اشترى عبدا فادعى اباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده والمراد التحليف على انه لم يابق عنده لان القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب في يد المشتري ومعرفته بالحجة فاذا اقامها حلف بالله تعالى لقد باعه وسلمه اليه وما ابق عنده قط كذا قال في الكتاب وانشاء حلف بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتناوله في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع

وما اذا قال لا بينة لي فحلف خصمه ثم اتى ببينة في ادب القاضي تقبل في قول ابي حنيفة وعند محمد لا تقبل ولا يحفظ في هذا رواية عن ابي يوسف وفي الخلاصة من رواية الحسن عن ابي حنيفة تقبل وفي جمع النسفي في قبول البينة عن اصحابنا روايتان نعم تحليف البائع في مسئلة الكتاب يخالف ما في روضة القضاة اذا قال بينتي غائبة لم يحلف عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يحلف وكذا لو قال لي بينة حاضرة في المصر فاحلفه ثم اتى بها لا يحلف في قوله خلافا لابي يوسف وقوله اما اذا لكل الزم العيب لانه يعني النكول حجة فيه اي في ثبوت العيب وقيد به لان النكول ليس حجة في كل شيء اذ ليس حجة في الحدود والقصاص بالاجماع ولا في الاشياء الستة عند ابي حنيفة قوله ومن اشترى عبدا فادعى المشتري اباقا عنده وعند البائع فاراد تحليف البائع على عدم الاباق عنده لا يحلف حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده اي عند المشتري لانه ح يثبت العيب فتصح الخصومة فيه وانما لزم ذلك لان القول وان كان قوله اي قول البائع لكن لا يعتبر انكاره ولا يتوجه اليمين عليه الا بعد ثبوت قيام المدعى سببا للرد ومعرفته اي معرفة قيام العيب بالحجة عند انكاره وهذا في دعوى نحو الاباق مما يتوقف الرد فيه على وجود العيب عندهما اما في عيب لا يتوقف رد على عوده عند المشتري كولادة الجارية وكذا الجنون على خلاف المختار فلا وعرف ان معنى المسئلة ان يدعي اباقا فينكر قيامه في الحال فيحتاج الى اثباته اما لو اعترف البائع به فانه يسال عن وجوده عنده فان اعترف رده عليه بالتماس المشتري وان انكر طولب المشتري بالبينة على ان الاباق وجد عند البائع فان اقامها رده والا حلف بالله عز وجل لقد باعه وسلمه وما ابق عنده قط قال المص كذا قاله في الكتاب اي الجامع فان عبارته هكذا فاذا اقام على ذلك البينة استحلف البائع بالله لقد باعه وقبضه وما ابق قط قالوا وان شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي به او بالله ما ابق عندك قط كل من هذه العبارات حسنة بقيت عبارتان محتملتان وهما ان يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب او لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب قالوا لا يحلف كذلك لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد فاذا افرض حدوث العيب كذلك فحلف لقد بعته وما به هذا العيب كان بارا في يمينه واما بعته وسلمته وما به هذا العيب فكذلك لان هذه العبارة صادقة اذا كان حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم فقد يكون حدوث العيب كذلك فيتناوله البائع في يمينه اي يقصد تعلق عدم العيب بالشرطين جميعا وهما البيع والتسليم على ظن ان صدقه لغة على تقدير قصده اليه يوجب بره شرعا وليس كذلك فان تناوله كذلك لا يخلصه عند الله تعالى من ذلك اليمين بل هي يمين غموس والاخصر مع الوفاء بالمقصود ان يحلف بالله ما ابق عندي قط ولو لم يجد المشتري بينة على وجود العيب عنده واراد تحليف البائع ما يعلم انه ابق عند المشتري يحلف على قولهما واختلف المشايخ في قول ابي حنيفة هل يحلف وتحقق الخصومة او يتحقق العجز عن الخصومة فعن القاضي ابي الهيثم ان الخلاف مذكور في النوادر عنده لا يحلف وعندهما يحلف وفي شرح الجامع الكبير للشيخ ابي المعين النسفي قال بعض مشايخنا منهم شيخ الامام ابو بكر محمد بن حامد لا خلاف في هذه المسئلة وتخصيص قولهما بالذكر لا يدل على ان قول ابي حنيفة بخلاف قولهما وانما يحلف على العلم لانه حلف على فعل الغير بخلاف حلفه على انه ما كان عنده فقيل لانه وان كان على فعل الغير لكن الحلف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا لم يكن الحالف مدعيا العلم به اما اذا كان مدعيا فلا الا ترى ان المودع اذا ادعى قبض الوديعة لها يكون القول له ويحلف على البتات مع انه فعل الغير وقيل ليس حاصله فعل الغير بل فعل نفسه وهو تسليمه سليما وهو قول الامام السرخسي والاول اوجه فان معنى تسليمه سليما ليس المراد منه السلامة في حال التسليم بل بمعنى سلمته والحال انه لم يفعل السرقة عندي فيرجع الى الحلف على قول الغير واورد على الاول مسئلتان احدهما لو باع رجلان عبدا من آخر صفقة واحدة ثم مات احدهما فورثه البائع الآخر ثم ادعى المشتري عيبا فانه يحلف في نصيبه بالجزم وفي نصيب مورثه بالعلم

وقوله لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع بالله ما تعلم انه ابق عنده يحلف على قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة رحمه الله هل الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب وانما نكل عن اليمين عنده ما يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه قال رضي الله عنه اذا كان الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ

عند محمد مع انه يدعي العلم بانتفاء العيب الثانية اذا باع المتفاوضان عبدا وغاب احدهما فادعى المشتري عيبا يحلف الحاضر على الجزم في نصيب نفسه وعلى العلم في نصيب الغائب مع ادعائه علما بذلك كما قلنا انتهى والوجه عندي ان يتشكل ما نحن فيه على هاتين المسئلتين لا عكسه لان تحليفه في نصفه على العلم وفي نصفه الاخر على البتات وهو واحد اعني العيب في ذات واحدة هو المشكل فالوجه ما ذكرنا والمسئلتان مشكلتان لانه ان علم بالعيب كان علمه بالنسبة الى النصفين او جهله كان ايضا كذلك الا ان يكون معنى المسئلة ان العبد كان عند كل من الشريكين مدة فيحلف هذا الوارث على البتات ما ابق عندي وعلى العلم ما اعلم انه ابق عند شريكي فليكن محملها ذلك وعلى هذا فلو لم يكن اقامته العبد الا عند هذا الشريك لا يحلف الا على البتات ويكتفي بذلك الا ان هذا غير معلوم فيحلف كما ذكروا ولو لم يكن اقامته الا عند الذي مات لا يحلف الا على البتات لان العقد اقتضى وصف السلامة واعلم انا مما تطارحنا انه لم يابق عند البائع وابق عند المشتري وكان ابق عنده اخر قبل هذا البائع ولا علم للبائع بذلك فادعى المشتري ذلك واثبته يرد به لانه بعيب العقد اوجب على هذا البائع التسليم ولو لم يقدر على اثباته له ان يحلفه على العلم وكذا في كل عيب يرد تكرره وجه قوله على تقدير الخلاف وهو ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصم فيه الا بعد قيام العيب اذا نكل البائع عن اليمين على وجود العيب عند المشتري يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه لانه بنكوله انزل مقر بوجود العيب عند المشتري فتوجه الخصومة فيه فيحلف على انه ما وجد عنده الى اخر ما ذكرنا وقوله الحلف يترتب على دعوى صحيحة قيل يفيد ان البينة لا يلزم ترتبها عليها بل تكون بلا دعوى اصلا في الحدود وكذا على انه وكيل او وارث ولا دعوى اصلا ففي دعوى غير صحيحة اولى وفي الكافي الاصح انه لا يحلف لان التحليف شرع لدفع الخصومة لا لاثباتها وهذا لو حلف البائع يحدث بينهما خصومة اخرى ولا يخفى ضعف هذا الكلام فان توجه اليمين هو من الخصومة فيها فمنتهى خصومة لا تندفع وكثيرا ما يترتب خصومات بعضها على بعض يكون منتهى بعضها مبدأ اخرى واما قوله في الوجه الحلف انما يترتب على دعوى صحيحة فنقول ان كان المراد بالصحيحة ما يستحق بها الجواب فهذه كذلك لانه اذا ادعى انه وجد عنده عيب في المبيع وقد وجد عند البائع فلا شك ان القاضي يطلب جوابه عن ذلك الا ترى الى قولهم فان اعترف الامر كذلك وعليه ان انكر وجوده عنده واعترف بوجوده عند المشتري فعلى المشتري البينة فان عجز عنها حلف الى اخره او اعترف بوجوده عنده وانكر وجوده عند المشتري وكل ذلك فرع الزامه بالجواب باحد هذه غير انهم لا يوجبون عليه اليمين على عدمه عنده حتى يثبت المقدمة الاولى وهو وجوده لان تحليفه على ذلك لا يفيد مقصود المشتري من الرد ان لم يثبت عوده عنده فلا يترتب عليه فايدته الا بعده فوجب تقديمه وكذا لو كان العيب مما يكفي للرد وجوده عند البائع فقط كولادة الجارية وكونها ولد زنا حلف عليه ابتداء غير متوقف على غير ذلك وبهذا ظهر ان لا فرق بين دعوى العيب ودعوى الدين في ان كلا منهما يستدعي جوابا بما يليق بالحال وان تكلف الفرق مع ضعفه بناه على ان الخصومة هناك تتجه قبل اثبات الدين وهنا لا تتجه الا بعد اثبات العيب غلط وانما هذه خصومة الغرض منها رد المبيع وتلك خصومة الغرض منها رد الدين وكل منهما يستدعي الجواب فكما ان له ان يجيب هنا بانكار العيب عندها راسا كذلك له ان يجيب بانكار الدين راسا بمعنى انه لم يثبت قط ثم كما ان عليه ان يثبت دخول العيب في الوجود بالبينة او النكول كذلك عليه ان يثبت دخول الدين في الوجود كذلك واذا ثبت دخوله في الوجود طالبه برده اليه فكذلك في العيب يطالبه برد الثمن ورده اي المبيع فاذا تأملت لا فرق والله اعلم فالوجه ما قالا من الزام اليمين على العلم ونفي الخلاف كما ذكر البعض لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه المال فعليه

قال ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا

اليمين لرجاء النكول وكونه بمجرد اليمين لا يثبت المال الا بعد يمين اخرى على وجوده عند البائع لا يضر لانه اذا توقف ثبوت الحق على امرين لم يكن بد من اثبات كل منهما ثم قال المصنف رح قال العبد الضعيف يعني نفسه اذا كانت الدعوى في اباق العبد الكبير يحلف البائع ما ابق عندي مذ بلغ مبلغ الرجال لانه عساه ابق عنده في الصغر فقط ثم بلغ عند المشتري بعد البلوغ وذلك لا يوجب الرد لاختلاف السبب على ما تقدم فلو الزمناه الحلف ما ابق عنده قط اضررنا به والزمناه ما لا يلزمه ولو لم يحلف اصلا اضررنا بالمشتري فيحلف كما ذكرنا وكذا في كل عيب يدعى ويختلف فيه الحال فيما بعد البلوغ وقبله بخلاف ما لا يختلف كالجنون وقد ظهر مما ذكرنا كيفية ترتيب الخصومة في عيب الاباق ونحوه وهو كل عيب لا يعرف الا بالتجربة والاختيار كالسرقة والبول في الفراش والجنون والزنا وبقي اصناف اخرى كذا ذكرها قاضي خان هي مع ما ذكرنا تتمة اربعة انواع الاول ان يكون عيبا ظاهرا لا يحدث مثله اصلا او من وقت البيع الى وقت الخصومة كالاصبع الزائدة والعمى والناقصة والسن الشائعة اي الزائدة فالقاضي فيها يقضي بالرد اذا طلب المشتري من غير تحليف للتيقن به في يد البائع والمشتري الا ان يدعي البائع رضاه به او العلم به عند الشراء او الابراء منه فاذا ادعاه سأل المشتري فان اعترف امتنع الرد وان انكر اقام البينة عليه فان عجز يستحلف ما علم به وقت البيع او ما رضي به ونحوه فاذا حلف رده وان نكل امتنع الرد والثاني ان يدعي عيبا باطنا لا يعرفه الا الاطباء كوجع الكبد والطحال فان اعترف به عند هما رده وكذا اذا انكره فاقام المشتري البينة او حلف البائع فكل الا ان ادعى الرضا فيعمل ما ذكرنا وان انكره عند المشتري يريه طبيبين مسلمين عدلين والواحد يكفي والاثنان احوط فاذا قالا ذلك يخاصمه في انه كان عنده الثالث ان يكون عيبا لا يطلع عليه الا النساء كدعوى الرتق والقرن والعفل والثيابة وقد اشترى بشرط البكارة فعلى هذا الا انه اذا انكر قيامه في الحال رأيت النساء والمرأة العدل كافية فاذا قالت ثيبا او قرنا ردت عليه بقولها عندهما كما تقدم واذا انضم اليه نكوله عند تحليفه غير ان القرن ونحوه ان كان مما لا يحدث يرد عند قول المرأتين هي قرنا بلا خصومة في ان ذلك كان عند البائع للتيقن بذلك كما في الاصبع الزائدة الا ان يدعي رضا فعلى ما ذكرنا وفي شرح قاضي خان العيب اذا كان مشاهدا وهو مما لا يحدث يومر بالرد وان كان مما يحدث واختلف في حدوثه فالبينة للمشتري لانه يثبت الخيار والقول للبائع لانه ينكر الخيار وهذا يعرف مما قدمناه ولو اشترى جارية وادعى انها خنثى يحلف البائع لانه لا ينظر اليه الرجال ولا النساء ولو وجد به عيبا فقال له البائع تبيعه قال نعم يلزمه لانه عرض على البيع ولو قال بعه فان لم يشتر رده على عرضه فلم يشتر سقط الرد ولو وجد البائع الثمن زيوفا فقال المشتري للبائع انفقه فان لم يرج رده علي فانفق فلم يرج رده استحسانا ولو كان ثوبا فقال هو قصير فقال البائع اره الخياط فانه قطعه والا رده ففعل فاذا هو قصير فله الرد اشترى ليست كفنا ثم وجد به عيبا لا يرده ولا يرجع بالارش حتى يحدث به عيب مانع من الرد وفي التجنيس لو وجده معيبا فخاصم بائعه فيه ثم ترك الخصومة اياما ثم عاد اليها فقال له بائعه لم لم تسكت عن الخصومة مدة فقال لانظر انه يزول او لا فله رده كذا في المجتبى قوله ومن اشترى جارية او غيرها من الاعيان وتقابضا وقبض البائع الثمن والمشتري الجارية فوجد بها المشتري عيبا فجاء لردها فاعترف البائع بما يوجب الرد الا انه قال بعتك هذه واخرى معها وانما يستحق علي رد حصته هذه فقط لا كل الثمن وقال المشتري بعتنيها وحدها فارد جميع الثمن ولا بينة لاحد فالقول قول المشتري لان هذا اختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض امينا كان او ضمينا لانه ينكر زيادة يدعيها عليه البائع ولان البيع انفسخ في المردود بالرد وذلك مسقط للثمن عن المشتري والبائع يدعي لنفسه بعض الثمن عليه بعد ما ظهر سبب السقوط والمشتري ينكر فالقول قوله وصار كالغصب اذا ادعى المغصوب منه انه غصبه هذا مع اخر او حدث

قال ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض احدهما ووجد بالآخر عيبا فانه يأخذهما بعيبه صفقة لان الصفقة تتفرق بتفرق الثمن وقد تفرق كذا وهذا لان القبض لا شبه بالعقد فلا تتفرق فيه كما لا تتفرق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن ابي يوسف انه يرده خاصة والاصح انه يأخذهما او يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده خاصة خلافا لزفر وهو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى الرديء لتروج الرديء وله انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب في خيار الرؤية والشرط لا يترتب على تمامه ولهذا لو استحق احدهما لا يتمكن من الرد ولا يسقط الثمن بالهلاك ويوزع فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه كله ومراده بعد القبض لان المكيل اذا كان من جنسين واحد فيكيله واحد لا يرى انه يسمى باسمه في جزء وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان في جانب واحد اما اذا كان في جانبين فهو عيبان يرد ما وجد فيه العيب دون الآخر

فيه زيادة فائدة العاصب فالقول قوله وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع بان اتفقا على ان المبيع جاريتان ثم قال البائع قبضتهما وانما يستحق حصة هذه وقال المشتري لم اقبض من المبيع سوى هذه فيكون القول قول المشتري لما بينا من ان القول قول القابض **قوله** ومن اشترى عبدين وثوبين ونحوهما صفقة واحدة وقبض احدهما ووجد بالآخر الذي لم يقبض عيبا فانه بالخيار ان شاء اخذهما بجميع الثمن وان شاء ردهما وليس له ان يأخذ السليم ويرد المبيع بحصته من الثمن في هذه الصورة لان الصفقة انما تتم بقبضهما لانهما انما تتم بقبض كل المبيع ولم يوجد فيكون ردا احدهما وحده تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا اي كون ردا احدهما بعد قبض احدهما فقط تفريقا للصفقة قبل تمامها بناء على ان تفريقها قبل القبض كتفريقها في نفس العقد فيما اذا قال بعتكهما بالف فقال قبلت في هذا بخمسمائة وانما كان كذلك لان القبض له شبه بالعقد لانه يثبت ملك التصرف كما يثبت العقد ملك الرقبة ولانه اعني القبض موكد لما اثبته العقد حتى ان الشهود بالطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون المهر لانه كان على شرف الزوال بتمكينها ابن الزوج مثلا ونحوه فالشهود بشهادتهم اكدوا لزومه وحققوه وما قيل في تمامه وحكم المشبه حكم المشبه به فان الصلوة للنار وعلى النجاسة حرام ولو صلى وبين يديه نار او بقربه نجاسة كان مكروها ليس تمثيلا صحيحا فان الثابت الكراهة وانما يكون حكمه حكمه ولو ثبتت الحرمة هذا اذا كان العيب في غير المقبوض فلو وجد العيب في المقبوض اختلفوا فيه يروى عن ابي يوسف انه يرده خاصة لان الصفقة تامة في المقبوض والصحيح انه يأخذهما او يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم لكله فما لم يقبض الكل لا تتم فيكون تفريقا قبل التمام وصار تمام الصفقة كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول الحبس دون قبض جميعه حتى لو بقي من الثمن درهم كان له ان يمنع جميع المبيع عليه ولو قال المشتري انا امسك المعيب واخذ النقصان ليس له ذلك فاما لو كان قبضهما اعني العبدين ثم وجد باحدهما عيبا فان له ان يرده خاصة خلافا لزفر وهو يقول فيه اي في رده وحده تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة ضم الجيد الى الردي لترويج الردي وفي الزامه المعيب وحده الزام هذا الضرر فاستوفيا ما قبل قبضهما وما بعده في تحقق المانع من رده وحده واشبه خيار الشرط والرؤية في ان الصفقة لا تتم اذا كان فيهما احد الخيارين هكذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره وقال القدوري في التقريب قال اصحابنا اذا اشترى عبدين صفقة واحدة فوجد باحدهما عيبا بعد القبض رده خاصة وان كان قبل القبض ردهما وقال زفر يرد المعيب في الوجهين لان العقد صح فيهما والعيب وجد باحدهما فصار كما بعد القبض وذكر صاحب المختلف والمنظومة مثل ما ذكر القدوري على خلاف ما ذكر المص وشمس الائمة وهو محمول على اختلاف الرواية عن زفر ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض تتم في خيار العيب بخلاف خيار الرؤية والشرط والتفريق بعد التمام جائز شرعا بدليل انه لو استحق احدهما بعد القبض ليس له ان يرد الآخر بل يرجع بحصته المستحق على البائع مع انه تفرقة الصفقة على المشتري والضرر الذي لزم البائع جاء من تدليسه لما قدمنا من ان ظاهر ان البائع عالم بحال المبيع وصار كما لو سمى لكل واحد ثمنا او شرط الخيار في احدهما بنفسه ثم هذا فيما يمكن ايفاء احدهما دون الآخر في الانتفاع كالعبدين اما اذا لم يكن في العادة كنعلين او خفين او مصراعي باب فوجد باحدهما عيبا فانه يردهما او يمسكهما بالاجماع لانهما في المعنى والمنفعة كشيء واحد والمعتبر هو المعنى وفي الايضاح والفوائد الظهيرية ولهذا قال مشايخنا لو اشترى زوجي ثور وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا وقد اتلف احدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة **قوله** ومن اشترى شيئا مما يكال كالحنطة والتمر او يوزن كالسمن والزعفران وغير ذلك فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه كله ومراده اذا كان الاطلاع على العيب بعد القبض اما لو كان قبله فلا فرق

ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض فالاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضاء العاقد لا برضاء المالك وهذا اذا كان بعد القبض اما لو كان ذلك قبل القبض له رد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وان كان ثوبا فله الخيار لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون

بين المكيل والموزون وغيرهما كالثياب والعبيد في انه يرد الكل او يحبس الكل بخلاف ما بعد القبض فانه يجوز رد المعيب خاصة في غير المكيل والموزون دونهما وانما قلنا بعد القبض يرد الكل لان المكيل اذا كان من جنس واحد كالحنطة والشعير وهو كشيء واحد فان الانتفاع والتقوم لا يتحقق باحاد حبات القمح منفردة بل مجتمعة فكانت الاحاد المتعددة منها كالشيء الواحد ثوب او بساط ونحوه الا ترى انه يسمى المتعدد منه المجتمع باسم واحد كالكر والوسق والتمرة فلا يتمكن من رد البعض خاصة كما لا يتمكن من رد بعض الثوب بخلاف الثوبين والعبدين فانه يرد قيمتهما يرد المعيب خاصة لانهما شيئان حقيقة وتقوما وانتفاعا لا يوجب افراد احدهما عن الآخر عيبا حادثا فيه قيل هذا يعني كونه يرد الكل اذا كان في وعاء واحد اما اذا كان في وعائين كما اذا اشترى عدلي حنطة صفقة فوجد باحدهما عيبا فانه يرد ذلك العدل خاصة كذا ذكره فخر الاسلام قال لان تمييز المعيب من غيره يوجب زيادة عيب في المعيب فانه اذا كان مختلطا بالجيد يكون اخف عيبا مما اذا انفرد فلو رد كان مع عيب حادث عند المشتري بخلاف ما اذا كان في وعائين فرد احدهما لعيبه فانه لا يوجب زيادة عيب قال الفقيه ابو الليث هذا التأويل يصح على قول محمد خاصة واحدى الروايتين عن ابي يوسف لا على قول ابي حنيفة فانه روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة في المجرد ان رجلا لو اشترى اعدالا تمر فوجد بعدل منها عيبا فان كان التمر كله من جنس واحد ليس له ان يرد المعيب خاصة لان التمر اذا كان من جنس فهو بمنزلة شيء واحد وليس له ان يرد بعضه ويمسك بعض وذكر الناطفي رواية بشر بن الوليد لو اشترى زقين من سمن او سلتين من زعفران او حلين من القطن او الشعير وقبض الجميع له رد المعيب خاصة الا ان يكون هذا والآخر سواء فاما ان يرده كله او يترك كله فقد رأيته كيف جعل التمر اجناسا مع ان الكل جنس التمر فعلى هذا يتقيد الاطلاق ايضا في نحو الحنطة فانها تكون سعيدية وبحرية وهما جنسان تيفاوتان في الثمن والعجمين ويتقيد اطلاق فخر الاسلام ان في الاعدال يرد المعيب خاصة بل ذلك اذا كان باقي الاعدال من غير ذلك الجنس مما هو مندرج تحت مطلق جنسه بان يكون بعض الاعدال برنيا وبعضها لبانة فيرد ذلك خاصة اما اذا كان الاعدال من جنس واحد بان يكون كلها برنيا او سجانيا او انقرا وعراقية فيرد الكل والعبرة كالعدل الواحد وان كثرت بجريان ما ذكرنا من وجه منع رد المعيب وحده فيها قوله ولو استحق بعضه اي بعض المكيل او الموزون فلا خيار للمشتري في رد ما بقي بل يلزمه ان يرده لانه لا يضره التبعيض وروي عن ابي حنيفة ان له رده وقد اضمر رواية القسمة وجه الظاهر انه لا يضره التبعيض لا في القيمة ولا في المنفعة اما في القيمة فان المد من القمح يباع على وزان ما يباع به الاردب والغرارة وما في المنفعة فظاهر فلا يتضرر به بخلاف غيره فانه ان كان مما يفصل يصير معيبا بتبعيضه فان الفصل من الثوب كالذراع اذا نودي عليه في السوق لا تبلغ قيمته متصلا بباقي الثوب وان كان مما لا يفصل كالعبد يصير معيبا بعيب الشركة بخلاف المكيل لا يتعيب بالشركة فانهما ان شاءا اقتسماه في الحال وانتفع كل بنصيبه كما يجب ومؤنة القسمة منصفة وقد تقوم بكيل عبدهما وغلامهما وقوله والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة جواب عن سؤال هو انه ينبغي ان يكون له رد ما بقي في صورة الاستحقاق كيلا يلزم تفريق الصفقة على المشتري للمستحق عليه فاجاب بان تفريق الصفقة انما يمتنع قبل التمام لا بعده وقد تحقق تمام هذه الصفقة حيث تحقق القبض ولم يظهر بعد ذلك الا الاستحقاق والاستحقاق لا يمنع تمامها لان تمامها برضا العاقد وقد تحقق لا برضا المالك يعني المستحق ولذا قلنا اذا اجاز المستحق لبدل الصرف وراس مال المسلم بعد افتراق العاقدين يبقى العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد يستدعي تمام رضى العاقد لا المالك و قوله وهذا اي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض اما اذا كان قبل القبض فله ان يرد الباقي لتفرق الصفقة عليه قبل التمام لان تمامها بعد الرضا بالقبض ولو كان المستحق ثوبا ونحوه كعبد وكتاب فله الخيار ولان التشقيص في الثوب عيب والشركة في العبد عيب فله الخيار بين رد الكل او امساكه

ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها او كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضا لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لان الخيار هناك للاختيار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا وان ركبها ليردها على بائعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس برضا اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه اما لصعوبتها او لعجزه او كون العلف في عدل واحد اما اذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرناه يكون رضا

وبقائه شريكا لا يقال ينبغي ان يثبت له خيار رد الكل لانه حدث عنده عيب بالاستحقاق اجاب بقوله وقد كان الخ اي هذا العيب اعني عيب الشركة كان ثابتا وقت البيع وانما تأخر ظهوره والظهور فرع سابقة الثبوت فلم يحدث العيب عند المشتري بل ظهر عنده فلم يمنع الرد بخلاف تمييز الجيد من الردي في المكيل اذا كان في وعاء واحد او كان صبرة فانه عيب حدث عنده فلا يمكنه الا رد الكل قوله ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا ونحوه من مرض او غير مرض فداواها او كانت دابة فركبها في حاجته اي حاجة نفسه وفي بعض نسخ حاجته فهو رضا لان ذلك دليل قصد الاستبقاء بخلاف خيار الشرط اذا ركب فيه مرة لحاجة نفسه او لبس الثوب مرة لا يكون مسقطا للخيار لان ذلك الخيار للاختيار وهو بالاستعمال فلا يكون ركوبه لحاجته مرة والاستخدام مرة مسقطا له فصار جنس هذه المسائل ان كل تصرف من المشتري يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والارش فمن ذلك العرض على البيع والاجارة واللبس والركوب لحاجته والمداواة والرهن والكتابة والاستخدام ولو مرة بعد العلم بالعيب بخلاف خيار الشرط فانه لا يسقط الا بالمرة الثانية لان الاولى للاختيار الذي لاجله شرع الخيار فلم تكن الاولى دليل الرضا اما خيار العيب فشرعيته للرد ليصل المشتري الى رأس ماله اذا عجز عن وصف الجزء الفائت اليه فبالمرة الاولى فيه لا يعجز عنها عن كونها دليل الرضا صار ف هذا بالاتفاق انما الخلاف فيما اذا اخر الرد مع القدرة عليه بالتراضي او بالخصومة بان كان هناك حاكم فلم يفعل ولم يفعل ما يدل على الرضا فعندنا لا يبطل خيار الرد سنة وعند الشافعي يبطل والتقييد بحاجته لانه لو ركبها لينقيها او يردها على بائعها او ليشتري لها علفا فليس برضا وله الرد بعد ذلك اما الركوب للرد فانه سبب الرد فانه لو لم يركبها احتاج الى سوقها فربما لا تنقاد او تتلف مالا في الطريق للناس ولا تحفظها عن ذلك الا الركوب والجواب في السقي وشراء العلف محمول على حاجته الى ذلك فيها لانها قد تكون صعبة فتفي قودها ليسقيها او يحمل عليها علفها ما ذكرناه مع كونه قد يكون عاجزا من المشي او يكون العلف في عدل واحد فلا يتمكن من حمله عليها الا اذا كان راكبا فتقييده بعدل واحد لانه لو كان في عدلين فركبها يكون الركوب رضا ذكره قاضي خان وغيره ولا يخفى ان الاحتمالات التي ذكرنا في ركوبها لسقيها انها لا تمنع الرد معها تجري فيما اذا كان العلف في عدلين ثم ركبها فلا ينبغي ان يطلق امتناع الرد اذا كان العلف في عدلين ولو اختلفا فقال البائع ركبتها لحاجة نفسك وقال المشتري لاردها عليك فالقول قول المشتري فاما لو قال البائع ركبتها للسقي بلا حاجة لانها تنقاد وهي ذلول ينبغي ان يسمع قول المشتري لان الظاهر ان المصنوع للركوب بلا ابطال حق الرد خوف المشتري من شيء مما ذكرنا لا حقيقة الجموح والصعوبة والناس يختلفون في تخيل اسباب الخوف فرب رجل لا يخطر بخاطره شيء من ذلك الاسباب وآخر بخلافه نعم لو حمل عليها علفا لغيرها كان رضا بركبها او لم يركبها قوله وجد بالدابة عيبا في السفر وهو يخاف على حمله حمله عليها ويرد بعد انقضاء سفره وهو معذور قوله ومن اشترى عبدا فسرق عند البائع وعلى ما ذكرنا ما وقع في المطارحة لا فرق بين ان يسرق عند البائع او غيره ولم يعلم المشتري به اي بفعله السرقة لا وقت البيع ولا وقت القبض وسيأتي فائدة هذا القيد فقطع عند المشتري فله ان يرده على بائعه ويأخذ الثمن كله هكذا في عامة شروح الجامع الصغير وبعض روايات المبسوط وفي جامع التمرتاشي وفي بعض روايات المبسوط يرجع بنصف الثمن ووفق بما ذكر في المبسوط حيث قال وعند ابي حنيفة يرجع بنصف الثمن لان القطع كان مستحقا بسبب كان عند البائع واليد من الادمي نصفه فينتقض قبض المشتري في النصف فيثبت للمشتري الخيار ان شاء رجع بنصف الثمن وان شاء رد الباقي ورجع بجميع الثمن كما لو قطعت يده عند البائع ولما ثبت الخيار بين رده وامساكه كان قول من قال يأخذ الثمن كله منصرفا الى اختياره رد العبد المقطوع وقول من قال يرجع بنصف الثمن

قال ومن اشترى عبدا فسرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان يرده ويأخذ الثمن عند ابي حنيفة رح وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وهي هذه الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وانه لا ينافي المالية فتنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى جارية حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسئلة ممنوعة

مقتصر فالى اختياره امساكه وفي شرح الطحاوي للاسبيجابي لو قطعت يده بيده بقبض الى آخر الصورة ان شاء رضي بالعبد الا قطع ورجع بنصف الثمن ومن شاء ترك وفي قول ابي يوسف ومحمد لا يرده ولكنه يرجع بنقصان العيب تقوم عبدا وجب عليه القطع وعبدا لم يجب عليه القطع ويرجع بازاء النقصان من الثمن الا اذا رضي البائع ان يرده فيرده ويرجع بجميع الثمن وح فلا يخفى ما في نقل المقتصر في جواب المسئلة كالمصرح ان له ان يرده يرجع بالكل وما في ما نقل في الحصر والمختلف فيما اذا قطعت يده عند المشتري ليس له عند البائع ان يرجع بنصف الثمن من الايقاع في الالباس واقرب ما يظن انهما روايتان جنح لولا ما ظهر من الجواب المفصل اتبدار كما ذكرنا وعبارة الهداية اخف فانه قال فله ان يرده ويأخذ الثمن فانها لا تمنع ان له شيئا آخر لكن لا يجوز الاقتصار على هذا الا اذا كان ماله من الآخر السكوت عنه متفقا عليه فاقتصر على محل الخلاف لكن الفرض ان الخلاف ثابت في الآخر وهو اذا امسكه فانه يأخذ النصف عنده وعندهما لا يرجع بالنقصان ويمسكه وقوله وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد عند البائع من قتل عمدا او رده ونحو ذلك يعني قتل عند المشتري ترجع بكل الثمن حتما وعندهما يقوم حلال الدم وحرامه فيرجع بمثل نسبته التفاوت بين القيمتين من الثمن قال المص فالحاصل انه اي القتل والقطع اي ثبوته في العبد بمنزلة الاستحقاق ولو استحق كله رجع بالكل او نصفه كان بالخيار بين ان يرده الباقي ويرجع بالكل وبين ان يرجع بنصف الثمن ويمسك النصف فكذا هنا وعندهما ذلك بمنزلة العيب يعني في الحكم ولا فهو عيب عندهما لا بمنزلة العيب وفي المبسوط فان مات العبد من ذلك القطع قبل ان يرده لم يرجع الا بنصف الثمن لان النفس ما كانت مستحقة في يد البائع لينتقض قبض المشتري في النصف لهما ان الموجود عند البائع سبب القتل والقطع وثبوت سبب ذلك لا ينافي مالية العبد ولذا صح بيعه وعتقه ولو مات كان الثمن مقررا على المشتري وليس لولي القصاص حق في ماليته وكذا لو كان ولي القصاص يأبى شراء المشتري اياه صح شراؤه ولو كان له حق في ماليته لم يصح كما لو اتى المرتهن بيع عبد الرهن لم يصح لتعلق حق المرتهن بالمالية فعرف ان استحقاق العقوبة متعلق بآدميته لا بماليته والاستحقاق باعتبار المالية فلا يجري استحقاق استيفاء العقوبة مجرى الاستحقاق في الكل والبعض انما يذهب المالية بالقتل وهو فعل انشاه المستوفي باختياره في النفس بعدما دخل في ضمان المشتري وبه لا ينتقض قبض المشتري لانه يتعلق بالمال المبيع وينتقض بأخذ المستحق له لان فيه من حيث هو مال فكان استيفاء العقوبة عيبا حادثا في يده فمنع الرد فيرجع بالنقصان وصار كما اذا اشترى حاملا لا يعلم بحملها وقت الشراء ولا وقت القبض فماتت عنده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا وغير حامل ولفظة الى في قوله الى غير حامل ليس لها موقع وله ان سبب وجوب القطع والقتل وجد في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى سبب القطع والقتل وهو سرقته الكائنة في يد البائع وقطعه وصار موته مضافا اليه وقطعه وصار كان قطع او قتل عند البائع الذي عنده السبب وصار كالعبد المغصوب اذا رده الغاصب على مالكه بعدما جنى عند الغاصب فقتل عند المالك بها او قطع فانه يرجع على الغاصب بتمام قيمته او نصفها كما لو قتل عند الغاصب بجامع استناد الوجود الى سبب الوجوب الكائن عند الاول واذا كان كذلك فينتقض قبضه كما في الاستحقاق وصار سبب السبب بمنزلة علة العلة لفوات المالية فكان المستحق به كانه المالية الا انه لا يظهر اثر ذلك الا بحقيقة فعل الاستيفاء وقبله لا يتم في حق ذلك فتبقى المالية فيصح البيع ونحوه واما اذا قتل فقد تم ح الاستحقاق وبطلت المالية وظهر اثره في نقض القبض فيرجع كما ذكرنا واذكر من مسئلة موت الحامل ممنوعة على قول ابي حنيفة بل يرجع على قوله بكل الثمن قاله القاضيان ابو زيد وفخر الدين قاضي خان رح وان لم يذكر الخلاف في الكتاب المنوع من الاصل استدلالا بما ذكر من مسئلة في الجامع الصغير في الامة المغصوبة اذا حبلت عند الغاصب ثم ردت فولدت في يد المالك وماتت له

ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضاء البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله البائع فبثلاثة ارباع لان اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي احدهما الرجوع فينتصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولو يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله في الصحيح لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع

ان يضمن الغاصب جميع قيمتها فكذلك هنا عنده واختصر المص عليه وان سلمنا فنقول الموجود في يد البائع العلوق وانما يوجب انفصال الولد لا الهلاك ولا يفضي اليه غالبا بل الغالب السلامة فليس هنا وجوب يفضي الى الوجود فهو نظير موت الزاني من الجلد بخلاف المسئلة الغصب لم يصح لان شرط صحته ان يردها كما اخذها ولم يوجد فصار كما لو هلكت في يد الغاصب وهنا الحبل لا يمنع من التسليم الى المشتري ثم ان تلف بعد ذلك بسبب كان الهلاك مستحقا عند البائع فينتقض قبض المشتري فيه وان لم يكن مستحقا لا ينتقض ونوقض بمسائل الاولى اذا اشترى جارية محمومة فلم يردها حتى ماتت عنده بالحمى لا يضاف الى السبب السابق حتى لا يرجع بكل الثمن بل بالنقصان مع ان موتها بسبب الحمى التي كانت عند البائع وثانيها اذا قطع البائع او غيره يد العبد ثم باعه ولم يعلم به المشتري فمات العبد منه عند المشتري يرجع بالنقصان لا بالثمن وثالثها اذا زوج امته البكر ثم باعها وقبضها المشتري ولم يعلم بالنكاح ثم وطئها الزوج لا يرجع بنقصان البكارة وان كان زوال البكارة بسبب كان عند البائع ورابعها لو زنى العبد عند البائع فجلد في يد المشتري فمات منه لا يرجع على البائع بالثمن وان كان موته بسبب كان عند البائع وخامسها لو سرق في يد البائع فقطعت عند المشتري فسرى القطع فمات يرجع بنصف الثمن لا بكله وان كان موته بسبب كان عند البائع اجيب بان الجارية لا تموت بمجرد الحمى بل بزيادة الالم وذلك بسبب آخر عند المشتري لا في يد البائع فليس مما نحن فيه واما الثانية فلان البيع لما ورد على قطع البائع او الاجنبي قطع سراية القطع لان السراية حق البائع فينقطع ببيع من له السراية وفيما نحن فيه السراية لغير من كان البيع منه فيمتنع انقطاع السراية بالبيع واما الثالثة فان البكارة لا تستحق بالبيع حتى لو وجدها ثيبا لا يتمكن من الرد واذا لم يكن شرط البكارة فقدها من باب عدم وصف مرغوب فيه لا من باب وجود العيب وعن الرابعة بان المستحق هو الضرب المولم واستيفاء ذلك لا ينافي المالية في المحل وموته بذلك الضرب انما هو لعارض عرض في يد المشتري وهو حرف الجلاد او ضعف المجلود فلم تكن تلك الزيادة مستوفاة حدا مستحقا واما الخامسة فقد تقدم جوابها من المبسوط **قوله** ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما اي بالسرقتين جميعا فعندهما يرجع بالنقصان اي نقصان عيب السرقة الموجودة عند البائع وعند ابي حنيفة ليس له ان يرده بلا رضا البائع للعيب الحادث وهو السرقة عند المشتري والقطع بهما كقولهما ولكن ان رضي البائع به كذلك رده ويرجع بثلاثة ارباع الثمن وان لم يرض به امسكه ويرجع بربع الثمن لان اليد من الآدمي نصفه في حق الاطلاق وقد تلف بالسرقتين الكائنتين عندهما فيتوزع نصف الثمن بينهما نصفين فيسقط ما اصاب المشتري فيرجع بالباقي ان رده بان رضيه البائع وذلك ثلاثة ارباع الثمن وبربعه ان امسكه بان رضي البائع لان نصف النصف لزم المشتري فيسقط عن البائع وهذا لان البائع انما قبله اقطع معيبا لا مع ان يتحمل ما لزم المشتري من النقصان بالسبب الكائن عنده بل يتوزع النقصان عليهما كما في الغاصب للعبد اذا قطع عنده ثم رده فسرق عند المالك فقطع بالسرقتين فانما يرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة **قوله** ولو تداولته الايدي بعد ان سرق عند ابي حنيفة ثم تداولته الايدي بعده ثم قطع عند الاخير بتلك السرقة رجع الباعة بعضهم على بعض بالثمن كما في الاستحقاق عند ابي حنيفة لان اجراءه مجرى الاستحقاق ولا يخفى ان هذا اذا اختار الرد لانك علمت ان حكم المسئلة عنده انه بالخيار بين ان يرده ويرجع بالكل او يمسكه ويرجع بنصف الثمن فيرجع بعضهم على بعض بنصف الثمن وعندهما يرجع الاخير الذي قطع في يده على بائعه بالنقصان ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب اما رجوع الاخير فلانه لما لم يتبعه لم يصر حابسا للمبيع فلا مانع من الرجوع واما بائعه فانما لا يرجع على بائعه لانه بالبيع صار حابسا للمبيع مع كون الرد بالعيب وعلمت ان بيع المشتري

قال ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم العيوب بعد ذلك وقال الشافعي لا يصح البراءة بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح وهو يقول ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون مفسدة

للعيب حبس للمبيع سواء علم بالعيب او لم يعلم فلا يمكنه الرد بعد ذلك وقوله في الكتاب اي الجامع الصغير ولم يعلم به يعني وقت البيع ولا وقت القبض يفيد على قولهما لانه عيب والعلم بالعيب عند البيع او القبض مسقط للرد والارش ولما عنده فعنه روايتان في رواية كقولهما فلا يرجع اذا علم باستحقاق يده او نفسه قال المص تبعا لشمس الائمة الصحيح انه يرجع وان علم بسرقته او اباحته وقت البيع او القبض لان هذا بمنزلة الاستحقاق من وجه والعيب من وجه فشبهه بالاستحقاق قلنا يرجع بكل الثمن اذا لم يعلم به وشبهه بالعيب لا يرجع عند العلم بشيء عملا بالشبهين ونظر فيه بعضهم لان هذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن وكونه اجرى مجرى الاستحقاق لا يخرجه عن كونه **قوله** ومن باع عبدا الخ ليس العبد بقيد فان البيع بشرط البراءة من كل عيب صحيح في الحيوان وغيره ويبرأ البائع به من كل عيب قائم وقت البيع معلوم له او غير معلوم ومن كل عيب يحدث الى وقت القبض ايضا خلافا لمحمد في الحادث واجمعوا ان البيع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به لا يدخل الحادث بعد القبض في البراءة وللشافعي قول كقولنا وقول انه لا يبرأ من عيب اصلا وثالثها وهو الاصح ويروى عن مالك يبرأ البائع في الحيوان عما لا يعلمه دون ما يعلمه لما روي ان ابن عمر رضي الله عنه باع عبدا من زيد بن ثابت بشرط البراءة فوجد زيد به عيبا فاراد رده فلم يقبله ابن عمر فترافعا الى عثمان رضي الله عنه فقال عثمان لابن عمر تحلف انك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فرده عليه والفرق ان كتمان المعلوم تلبيس بخلاف غير المعلوم واما في غير الحيوان فلا يبرأ من عيب ما فذكر المص خلافه مطلقا وهو احد اقواله قال وهو بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا تصح فنصب الخلاف في المبنى فقال هو يقول في الابراء معنى التمليك ولهذا يرتد بالرد حتى لو ابرأ من له الدين مديونه فرده المديون لم يبرأ وكذا لا يصح تعليق الابراء لما فيه من معنى التمليك وتمليك المجهول لا يصح ولانه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع الغرر وهذا بيع الغرر لانه لا يدري ان المبيع على اي صفته هو ولانه شرط على خلاف مقتضى العقد لان مقتضاه سلامة المبيع فهو كشرط عدم الملك ولنا ان الابراء اسقاط حتى يتم بلا قبول كالطلاق والعتاق بان طلق نسوته او عتق عبيده ولا يدري كم هم ولا اعيانهم كان ورث عبيدا في غير بلده او زوجه وليه صغيرا فبلغ وهي في غير بلده ولذا لا يصح تمليك الاعيان بلفظ الابراء ويصح الابراء بلفظ الاسقاط كان يقول اسقطت عنك ديني عليك والاسقاط لا يبطله جهالة الساقط لان جهالته لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك فاظهرنا اثره في صحة رده وعدم تعليقه بالشرط فانتفى المانع ووجد المقتضي وهو تصرف المعاقل البالغ باسقاط حقوقه بخلاف التمليك فان جهالة الملك فيه تمنع من التسليم فلا يترتب فائدة التصرف عليه اما الاسقاط فان الساقط يتلاشى فلا يحتاج الى تسليم فظهر ان المبطل تمليك المجهول ليس الجهالة بل عدم القدرة على التسليم ولذا جاز بيع ثغر من صبرة وانما امتنع بيع شاة من قطيع للمنازعة في تعيين ما يسلمه للتفاوت واما عدم الصحة في قول ابرأت احدكما فلجهالة من له الحق كما لا يصح قوله لرجل على الف وصح لفلان على شيء ويلزم بالتعيين على ان من المشائخ من اجاز والزمه بالتعيين كطلاق احدى زوجتيه وجه المختار ان الطلاق بعد وقوعه لا جهالة فيه وكذا العتاق لمن له الحق لانه الله تبارك وتعالى وكذا لو اتفقا على ابطاله لم يبطل ويدل على ما قلنا حديث علي بن ابي طالب رضي الله عنه حين بعثه صلى الله عليه وسلم ليصالح بين بني خزيمة وذلك انه صلى الله عليه وسلم بعث اولا خالد بن الوليد رضي الله عنه فقتل منهم قتلا بعدما اعتصموا بالسجود فدفع صلى الله عليه وسلم الى علي رضي الله عنه مالا فوداهم حتى ميلغة الكلب وبقي في يده مال فقال هذا لكم مما لا تعلمون ولا يعلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسر به وهو دليل جواز الصلح عن الحقوق المجهولة وروي ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في مواريث درست فقال صلى الله عليه وسلم استهما وتوخيا الحق وليحلل كل واحد منكما صاحبه وفيه اجماع على المسلمين لان من حضره الموت في كافة الاعصار استحل من معامليه من غير نكير والمعنى الفقهي ما ذكرنا والله اعلم بالصواب خلاف الثابت

ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول ابي يوسف رح وقال محمد رح لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر رح لان البراءة تتناول الثابت ولابي يوسف رح ان الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث

الثابت ومنه ولد الغرور للمدبرة امرأة الغير وجها وليست حرة وحين شرط البراءة من العيوب فقد نبهه على ايهام العيوب وبقائه في يده بها فلم يغره وقوله شرطا ينفي مقتضى العقد وهو السلامة قلنا يوافق مقتضاه وهو اللزوم وكيف السلامة مقتضاه ان اراد العقد المطلق سلمنا او المقيد بشرط البراءة من العيوب ان كانت بمعناه والا لزم ان لا يصح شرط البراءة من العيوب المسماة ان ظهرت وجوازه اتفاق وقوله ويدخل في هذه البراءة يعني البراءة المذكورة في الكتاب فان الاشارة اليها وهي البراءة من كل عيب واحترز بالاشارة المذكورة عن البراءة من كل عيب به وقد ذكرنا انه لا يبرئ عن العيب الحادث بالاجماع والمراد بقوله في قول ابي يوسف ظاهر الرواية عنه وهو قول ابي حنيفة وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر والحسن بن زياد والشافعي ومالك ورواية عن ابي يوسف لان البراءة تتناول الثابت فتنصرف الى الموجود وعند العقد فقط ولابي يوسف ان الملاحظ هو المعنى والغرض ومعلوم ان الغرض من هذا الشرط الزام العقد باسقاط المشتري حقه عن وصف السلامة ليلزم على كل حال ولا يطالب البائع بحال وذلك بالبراءة عن كل عيب يوجب المشتري الرد والحادث بعد العقد كذلك فاقتضى الغرض المعلوم دخوله واورد انه ذكر في شرح الطحاوي انه لو صرح بالبراءة من العيب الحادث لم يصح بالاجماع فكيف يصح عن ابي يوسف ادخال الحادث بلا تخصيص وهو مع التنصيص عليه بطلانه اجيب بمنع لمنه اجماع بان في الذخيرة اذا باع بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند ابي يوسف خلافا لمحمد وذكر في المبسوط في موضع آخر لا رواية عن ابي يوسف فيما اذا نص على البراءة من كل عيب حادث ثم قال وقيل ذلك صحيح عنده باعتبار انه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد ولئن سلمنا فالفرق ان الحادث يدخل تبعا لتقرير عرضها وكم من شيء لا يثبت مقصودا ويثبت تبعا ولو اختلفا في عيب انه حادث بعد العقد او كان عنده لا اثر لهذا عند ابي يوسف وعند محمد القول قول البائع مع يمينه على العلم انه حادث لان بطلان حق المشتري في الفسخ ظاهر بشرط البراءة وثبوت حق الفسخ بعيب حدث باطل فاذا ادعى باطلا لم يزل به ظاهرا لا يصدق الا بحجة وعند زفر القول للمشتري لانه هو المسقط لحقه فالقول في بيان ما اسقط قوله فروع مبهمة في الدراية بشرط البراءة من كل عيب به او حض ضربا من العيوب لم يتصرف الى الحادث بالاجماع ويصح تخصيصه ولو شرطها من عيب واحد كشجة فحدث عند المشتري عيب او موت فاطلع على عيب آخر كشجة اخرى فاراد ان يرجع بالنقصان لامتناع الرد بالعيب الحادث اعتبر ابو يوسف نفع حصول البراءة للبائع فجعل الخيار في تعيين العيب الذي يرد به اليه وجعله محمد للمشتري فيرد بايهما شاء ولا يخفى ان هذا اذا لم يعين الشجة المبتاع منها عند البيع بل ابرأه من شجة به او عيب ولو ابراه من كل غائلة فهي السرقة والاباق والفجور وكذا روي عن ابي يوسف ولو ابراه عن كل داء فعن ابي حنيفة الداء ما في الباطن في العادة وما سواه يسمى مرضا وقال ابو يوسف يتناول الكل وتقدم اول الباب ذلك في جميع التفاريق قطع الاصبع عيب ولا اصبعين صبيان والاصابع مع نصف الكف عيب واحد ولو قبل في الثوب لعيوبه يبرئ من الخروق وتدخل الرقع والرفو ولو تبرأ من كل سن سوداء تدخل الحمراء والخضراء ومن كل قرحة تدخل القروح الدامية وفي المحيط ابرأتك من كل عيب بعينه فاذا هو اعور لا يبرأ لانه عدمها لا عيب بها ولو قال انا بريء من كل عيب الا اباقه بريء من اباقه ولو قال الاباق فله الرد بالاباق ولو قال انت بريء من كل حق لي قبلك دخل العيب هو المختار دون الدرك ولو قال المشتري ليس به عيب لم يكن اقرارا بانتفاء العيوب حتى لو وجد به عيبا رده ولو عين فقال ليس بابق صح اقراره ولو وجد به عيبا فاصطلحا على ان يدفع اوبحط دينارا جاز ولو دفعه المشتري ليرد لم يجز لانه ربا وزوال العيب يبطل الصلح فيرد على البائع ما يدل او حط اذا زال ولو زال بعد خروجه عن ملكه لا يرد ولو صالحه بعد الشراء من كل عيب بدرهم جاز وان لم يجد به عيبا ولو قال اشتريت ملك العيوب لم يجز وحذف الحروف او نقصها او النقط او الاعراب في المصحف

باب البيع الفاسد

واذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخمر والخنزير وكذا اذا كان غير مملوك كالحر قال العبد الضعيف هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند اهل البيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فان مال عند البعض وفي الباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون امانة عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لانه يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي وسنبينه بعد هذا ان شاء الله تعالى وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل لانها ليست اموالا فلا تكون محلا للبيع

عيبه ولو وجده عيبا فاصطلحا على ان يحط على عشرة ويأخذ الاجنبي بما دراهم المحطوط ورضي الاجنبي بذلك جاز وجاز حط المشتري دون البائع ولو قصر المشتري الثوب فاذا هو يحترق وقال المشتري لا ادري تحرق عند القصار او عند البائع فاصطلحوا على ان يقبله المشتري ويرد عليه القصار درهما والبائع درهما جاز وكذا لو اصطلحا على ان يقبله البائع ويدفع له القصار درهما ويترك المشتري درهما قيل هذا غلط وتأويله ان يضمن القصار للمشتري ثم يدفع المشتري ذلك الى البائع وفي المجتبى ادخل المشتري القدوم في الدار واحد المنشار او حلب الشاة او البقرة لم يرد سواء كان في المصر او غيره وفي المصر يرد بقلة اللبن عند الشافعي ومالك واحمد وزفر ورواية عن ابي يوسف وبالمصراة شاة ونحوها شد ضرعها ليجتمع لبنها ليظن المشتري انها كثيرة اللبن فاذا حلبها ليس له ردها عندنا وبل يرجع بالنقصان في روايته الكرخي لا وفي رواية شرح الطحاوي يرجع لفوات وصف مرغوب فيه بعد حدوث زيادة منفصلة وقيل لو اختيرت هذه للفتوى كان حسنا لغرور المشتري بالتصرية ولو اغتر بقول البائع هي حلوب فتبين خلافه بعد الولادة يرجع فكذا هنا ولو وقف الارض او جعلها مسجدا ثم اطلع على عيب امتنع الرد والرجوع بالارش عند محمد وعند ابي يوسف يرجع بالارش ولو اشترى ضيعة مع غلاتها فوجدها سيئة ردها في الحال لانه ان جمع غلاتها فهو رضا وان تركها يزداد العيب فيمتنع الرد

باب البيع الفاسد

البيع جائز وغير جائز والجائز ثلاثة انواع بيع الدين بالعين وهو السلم وبيع العين بالعين وهو المقايضة وبيع العين بالدين وهو البيع المطلق وغير الجائز ثلاثة باطل وهو بيع ما ليس بمال كالحر والمدبر والمعدوم كالسمن في اللبن وغير مقدور التسليم كالابق والموقوف حصره في الخلاصة في خمسة عشر بيع العبد والصبي المحجورين وبيع غير الرشيد وقوف على اجازة القاضي وبيع المرهون والمستاجر وما في مزارعة الغير يتوقف على اجازة المرتهن والمستاجر والمزارع فلو تفاسخا الاجارة او رد الرهن لوفاء او ابراء لزمه ان يسلمه للمشتري وكذا بيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشتري يتوقف على اجازة المشتري وقبل القبض في المنقول لا ينعقد اصلا حتى لو تفاسخا لا ينعقد وفي العقار على الخلاف المعروف وبيع المرتد عند ابي حنيفة والبيع برقمه وبما باع فلان والمشتري لا يعلم موقوف على العلم في المجلس وبيع فيه خيار المجلس ويمثل بالبيع الناس وبيع المالك المغصوب ذكره محمد ان اقر الغاصب او جحد وللمغصوب منه بينة ثم البيع وبيع مال الغير ولنتم ما يتعلق بالمرهون والمستاجر والمغصوب ذكر انه اذا رجع الراهن والمستاجر الى الراهن والموجر فسخا او بغيره تم البيع وكذا ان اجاز المستاجر والمرتهن فان لم يجز طلب المشتري من الحاكم فسخ العقد فيثبت للمشتري الخيار اذا لم يعلم الرهن والاجارة وقت البيع وكذا ان علم عند محمد وعند ابي يوسف ان علم ليس له حق الفسخ فقيل ظاهر الرواية قول محمد وقيل بل قول ابي يوسف وليس للمستاجر حق فسخ البيع بلا خلاف وفي المرتهن خلاف المشايخ وليس للراهن والموجر حق الفسخ ولو هلك المغصوب قبل التسليم انتقض البيع وهو الاصح وقيل لا لانه اخلف بدلا وروى بشر عن محمد وابن سماعة عن ابي يوسف انه يجوز ولو قدم المشتري مقام المالك في الدعوى وعن ابي حنيفة روايتان وتقدم ان المزارعة والاجارة سواء كان البذر منه او لا فان اجاز فلا اجر لعمله وفي النوازل خلو اجارة المزارع فكذا المغصوب للمشتري وكذا في الكرم وان كانت الارض فارغة في المزارعة ولم تظهر الثمار في الكرم جاز البيع وبه اخذ المرغيناني ذكره في المجتبى ثم وجه تقديم الصحيح على الفاسد انه الموصل الى تمام المقصود فان المقصود سلامة الدين التي لها شرعت العقود ليندفع التغالب والوصول الى دفع الحاجة الدنيوية وكل منهما بالصحيح دون الفاسد فعقد مخالف للدين ثم ان افاد الملك وهو مقصود في المجلة لكن لا يفيد تمامه اذ لم ينقطع به حق البائع من المبيع ولا المشتري من الثمن او لكل منهما الفسخ بل يجب عليه ثم لفظ الفاسد في قوله باب البيع الفاسد وفي قوله اذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد مستعمل في الاعم من الفاسد فالباطل فالشارحون على ان ذلك الفاسد اعم من الباطل لان الفاسد غير المشروع بوصفه

وما بيع الخمر والخنزير ان كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بعين والبيع فاسد حتى يملك ما يقابله ان كان يملك شرعا
الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير في اهل الذمة الا انه غير متقوم لما ان الشرع امر باهانته وترك اعزازه في تملكه بالعقد مقصودا اعزازا
له هكذا لانه متى اشتريهما بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر فسقط التقوم اصلا بخلاف ما اذا اشترى
الثوب بالخمر معتبرا لان مشتري الثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز الثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب لا في حق نفس الثوب
حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقابضة

بل باصله والباطل غير المشروع بواحد منهما ولا شك ان يصدق على غير المشروع بواحد منهما انه غير مشروع بوصفه وهذا يقتضي انه يقال
حقيقة على الباطل لكنه الذي يقتضيه كلام الفقه والاصول انه بيانيه فانهم قالوا ان حكم الفاسد افادة الملك بطريقه والباطل لا يفيده اصلا
فقابلوه به واعطوه حكما يبائن حكمه وهو دليل تباينهما وايضا فانه ماخوذ في مفهومه اولا زم انه مشروع باصله لا وصفه وفي الباطل
غير مشروع باصله فبينهما تباين فان المشروع باصله وغير المشروع باصله متباينان فكيف يتصادقان اللهم الا ان يكون لفظ الفاسد مشتركا بين الاعم والاخص
المشروع باصله لا بوصفه في العرف لكن يجعله مجازا عرفيا في الاعم لانه خير من الاشتراك وهو حقيقة فيه باعتبار المعنى اللغوي ولذا
وجه بعضهم الاعمية بانه يقال للحم اذا صار بحيث لا ينتفع به للدود والسوس بطل اللحم واذا انتن وهو بحيث لا ينتفع به فسد اللحم فاعتبر
معنى اللغة ولذا ادخل بعضهم ايضا في البيع الفاسد لشموله المكروه لانه فات وصف الكمال بسبب وصف مجاور ثم الفساد بالمعنى الذي يعم
الباطل يثبت باسباب منها الجهالة المفضية الى المنازعة في المسمى او الثمن فخرج نحو جهالة كيلة قفزان الصبرة وعدد الدراهم فيما اذا
بيع صبرة طعام بصبرة دراهم ويعدم ملك المبيع للبائع والفساد بمعنى البطلان الا في السلم او مع الملك لكن قبل قبضه ومنها العجز عن
التسليم او السلم الا بضرر كجذع من سقف والغرر كضربة القابض والشرط الفاسد بخلاف الصحيح وقد دخل فيه صفقتان في صفقة البيعتين كذا
على ان بين لان او الاتباع مقصود كحيل الحيلة تدخل في عدم الملك واما الاوصاف كالية شاة حية يرجع الى ما في تسليمه ضرر اذ لا يمكن
شرعا الا ندبحها او في قطعها حية عجز عن التسليم لانها تصير ميتة يبطل بيعها وكون المبيع من البائع بما هو من جنس ثمن المتاع به وهو
اقل منه قبل نقد الثمن وعدم التعين في بيع كبيع هذا بقفيز حنطة او شعير مستدرك بدخول في جهالة الثمن قوله اذا كان احد العوضين او كلاهما
محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان احدهما غير مملوك كالحر هذا لفظ القدوري وقد ذكرنا ان لفظ فاسد يراد
به ما هو اعم من الباطل لان احد العوضين يصدق على كل من المبيع والثمن اما حقيقة او تغليبا كما قيل بناء على ان العوض خاص بالمبيع
لانه يراد به العوض ولا شك ان المبيع اذا كان محرما فان كان مالا فالبيع باطل كالخمر وكذا الثمن اذا كان محرما كميتة فهو باطل فلذا قال
المصنف هذه فصول جمعها اي في حكم واحد وهو الفساد والواقع ان فيها تفصيلا يعني ليس كلها فاسدا فان منها ما هو باطل وهذا مما
يتبين لك ان المعروف في عرف فقهائنا التباين بين الفاسد والباطل فان الاعم لا ينفي عن الاخص قال فبقول البيع بالميتة والدم
باطل لا فاسد باجماع علماء الامصار وكذا بالحر بان يجعل الميتة او الحر ثمنا لثوب مثلا وذلك لانعدام ركن البيع الذي هو مبادلة المال بالمال
فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد يعني من له دين سماوي فلذا كان البيع بالحر باطلا وان كان مالا عند بعض الناس واما البيع بالخمر والخنزير فاسد
لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه اي كل من الخمر والخنزير مال عند البعض وهم اهل الذمة كما سيصرح به في وجه الفرق حيث
قال مال عند اهل الذمة لحلها عندهم وهذا من المص يفيد انتفاء المالية عنها بالكلية في شرعنا وهو كذلك غاية الامر ان الاصطلاح على
تسمية البيع ثمن هو مال في بعض الاديان فاسدا وبما ليس مالا في دين سماوي باطل وهذا اسهل وانما الاشكال في جعل حكمة الملك
قلنا فيه نظر نذكره ان شاء الله تعالى ثم قال اما بيع الخمر والخنزير يعني اذا جعلا مبيعا فان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان
كان قبل العين كبيع هذا بقفيز حنطة فاسد والفرق ان الخمر مال في الجملة في شرع ثم امر باهانتها في شرع نسخ الاول وفي تملكه بالعقد مقصودا اعزاز له

قال وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل لكن استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عم اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لا ذمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل فلذلك كله دلا يجوز لو رضيه المكاتب بالبيع ففيه روايتان في الاظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد في المطلق خلاف الشافعي وقد ذكرناه في العتق

حيث اعتبر المقصود من تصرف العقلاء بخلاف جعله ثمنا واذا بطل لكون الخمر مبيعا فلان يبطل اذا جعل الميتة والخمر مبيعا اولى ومقتضى هذا ان يبطل في المقايضة بطريق اولى لان كل منهما مبيع لكن لما كان كل منهما ثمنا ايضا كما ان كل منهما مبيع ثبت صحة اعتبار الثمنية والمبيعية في كل منهما فاعتبر الخمر ثمنا والثوب مبيعا والعكس وان كان ممكنا لكن لا يرجع في هذا الى الاعتبار لما فيه من الاحتياط للقرب من تصحيح تصرف العقلاء المكلفين باعتبار الاعزاز للثوب مثلا فيبقى ذكر الخمر معتبر الاعزاز الثوب لا الثوب للخمر ووجبت قيمة الثوب لا الخمر ولا فرق بين ان يدخل الباء على الثوب والخمر في جعل الثوب المبيع وجه البطلان في بيع هذه الاشياء النص لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله ثلاثة انا خصمهم يوم القيمة رجل اعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فاكل ثمنه ورجل استاجر اجيرا فاستوفى منه ولم يعطه اجره معنى اعطى بي اعطى ذمته من الذمات ذكر في صحيح البخاري وقوله صلى الله عليه وسلم في الصحيح لعن الله الخمر الى ان قال وبائعها وفي الصحيحين لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها فاكلوا اثمانها وحديث ان الله تعالى اذا حرم شيا حرم ثمنه واما الاجماع فظاهر ثم المراد بالميتة التي يبطل العقد بها وعليها التي ماتت حتف انفها اما المنخنقة والموقوذة فهي وان كانت في حكم الميتة شرعا فانا نحكم بجوازها اذا وقعت بينهم لانها مال عندهم كالخمر كذا ذكره المص في التجنيس مطلقا عن الخلاف وفي جامع الكرخي يجوز بينهم عند ابي يوسف خلافا لمحمد ووجه قول محمد رح ان احكامهم كاحكامنا شرعا الا بعد ما استثنى بعد الامان والذي استثنى الخمر والخنزير فيبقى ما سوى ذلك على الاصل واتفق الرواة عن ابي حنيفة ان بيع الاشربة المحرمة يجوز الا الخمر ومنعا جواز كل ما حرم شربه وثبوت الضمان على القولين فرع الاختلاف في جواز البيع وقوله في الذخيرة في المنخنقة ونحوها البيع فاسد لا باطل صحيح لانها وان كانت ميتة عندنا فهي مال عند اهل الذمة فيجب ان البيع فاسد فكانت كالخمر ثم الباطل لا يفيد ملك التصرف لو هلك المبيع في يد المشتري فيه اي في البيع الباطل يكون امانة عند بعض المشايخ وهو ابو نصر احمد الطواويسي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة ان العقد غير معتبر فبقي مجرد القبض باذن المالك وذلك لا يوجب الضمان وعند البعض كشمس الائمة السرخسي وغيره يكون مضمونا بالمثل او القيمة وهو قول الائمة الثلاثة لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما كالخلاف الكائن بينهم في ام الولد والمدبر اذا بيعا فاما عند المشتري لا يضمنها عند ابي حنيفة وعندهما يضمنها والمقبوض على سوم الشراء هو الماخوذ يشتري مع تسمية الثمن بلا ابرام بيع كان يقول الى ذهب بهذا فان رضيته اشتريته بعشرة فاذا هلك ضمن قيمته فاذا ضمن هذا مع انه لم يوجد فيه صورة العلة فلان يضمن فيما نحن فيه مع انه وجد ذلك اولى ولمن ينصر المروي عنه من عدم الضمان ان الضمان في المقبوض على سوم الشراء ان قلت انه عند صحته كون المسمى ثمنا كالدراهم على ما ذكرنا من قوله ان رضيته اشتريته بعشرة سلمناه وهو منتف في تسمية الخمر كالخمر وان قلت عند التسمية مطلقا منعناه فيجب تفصيل وهو انه ان كان البطلان لعدم مالية الثمن اصلا لا يضمن وان كان لعدم المبيع كما لو باعه على انه ياقوت فاذا هو زجاج بثمن صحيح دراهم مثلا فقبضه يصير مضمونا والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به اذا كان القبض باذن المالك باتفاق الروايات فيملكه ويصير مضمونا عليه بالمثل ان كان مثليا او القيمة وكذا اذا قبضه في مجلس العقد بغير اذنه على الصحيح وفي غير مجلس القبض يملكه سياتي تمام هذه المسائل في احكام البيع الفاسد وكذا الخلاف في ان المملوك التصرف او العين ووجه لزوم القيمة وما عليه من الاشكال وقوله وما فيه اي في ثبوت الملك بالقبض في البيع الفاسد خلاف الشافعي وكذا مالك واحمد باعتبار ان الفاسد هو عندهم الباطل وسيبينه المص في فصل احكام البيع الفاسد اي بين الوجه من الجانبين قوله وبيع ام المولد والمدبر والمكاتب

قال وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا عليه قيمتها وهو رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال ولهذا لان المدبر وام الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق الضم اولى اذ لا يثبت حكم البيع فيهما فهما كجمال المشتري لا يدخل في حكم هذه بانفراده وانما يثبت حكم الدخول فيهما ضمنا اليه كذا هذا

فاسد وهذا لفظ القدوري قال المص معناه باطل لان استحقاق الحرية بالعتق ثابت لكل منهم بجهة لازمة على المولى لقوله صلى الله عليه وسلم في ام الولد اعتقها ولدها واقل ما يقتضيه هذا اللفظ ثبوت استحقاقها العتق على وجه اللزوم وتصحيح التدبير شرعا والصحيحة يوجب انعقاد التدبير سببا للعتق في الحال لانتفاء اهلية الاعتاق عن السيد بعد موته والاجماع على عتقه بعده بذلك اللفظ فكان ذلك اللفظ سببا للعتق في الحال والكتابة استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى حتى لا يملك فسخ الكتابة فلو ثبت الملك للمشتري بالبيع بطل ذلك كله فلا يجوز البيع وما لا يفيد الملك من البيع فهو باطل وذكر في الاصل حديث سعيد بن المسيب قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق امهات الاولاد من غير الثلاث وقال لا يبعن في دين وحديث اعتقها ولدها تقدم في حديث الاستيلاد واذا كان اقل ما يوجبه هذا اللفظ ثبوت استحقاق الحرية على وجه لازم فالمجاز مراد فيه بالاجماع ولو رضي المكاتب ففيه روايتان والاظهر جواز بيعه وتفسخ الكتابة في ضمنه لان اللزوم كان لحقه وقد رضي باسقاطه والمراد بالمدبر المدبر المطلق وتقدم خلاف الشافعي رح في جواز بيعه في كتاب العتاق اما المقيد فجواز بيعه اتفاق واستشكل حكم المص بان بيع المدبر واخويه باطل فانه يوجب كونهم كالحر ولو كانوا كالحر لبطل بيع القن اذا جمع مع مدبر او ام ولد او مكاتب كما اذا ضم الى حر وهو منتف بل يصح بيع القن ويلزم مشتريها حصته من الثمن المسمى واجيب بان المراد من قوله باطل انه لا يملك بالقبض كما لا يملك الحر وكان مثله فلو قال فاسد ظن انهم يملكون وانما تملك القن المضموم اليهم فلدخولهم في البيع لصلاحيتهم لذلك لدليل جواز بيع المدبر عن نفسه ولذا لو قضى قاض بجواز بيعه نفذ وكذا ام الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف رح في اصح الروايتين وهذا الجواب ربما يوهم انه بيع فاسد ولكنه خص حكم الفاسد بعدم الملك بالقبض والحق انه لا حاجة الى الحكم بتخصيص فهو باطل وحكمه حكمه وجاز ان يختلف افراد نوع شرعي في الحكم الشرعي لخصوصيته فان قيل التخصيص لازم على كل حال فانه اذا كان فاسدا فلا يملك بالقبض فهو تخصيص وان كان باطلا فهو يدخل في البيع حتى يملك القن المضموم اليه وهذا تخصيص الباطل فليكن فاسدا لخصوصا من حكم الفاسد فلا حاجة الى تاويله بالباطل قلنا نحن لم نقل حكم الباطل لانه لا يدخل في العقد بوجه ليلزم تخصيصه وتجد اللازم على تقدير تاويل الفاسد بالباطل وعدمه انما قلنا حكمه ان لا يملك بالقبض غاية الامر انه اتفق ان بعض ما هو مبيع مبيع باطل يدخل في العقد كالمدبر وبعضه لا يدخل كالحر والسوال فاسد لانه مغالطة لان قولنا في الكبرى لو كان كالحر لم يملك القن المضموم اليه ممنوع وانما يلزم لو كان مثله من كل الوجوه وهو منتف فصار حاصل الصورة لو كان باطلا كان كالحر في بعض الوجوه ولو كان مثله في بعض الوجوه لم يملك القن المضموم وح فعدم الاستلزام ظاهر **قوله** وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا عليه قيمتها للبائع وقولهما هذا رواية عنه وفي النهاية ان الروايتين عنه في المدبر اما ام الولد فباتفاق الروايات عنه لا يضمن المشتري لا الغاصب قيمتها اذا لا تقوم لام الولد عنده وانما تضمن بما يضمن الصبي الحر اذا غصب ومعناه انه اذا القاها الى ارض مسبعة او كثيرة الحيات فماتت بنهش حية او افتراس سبع فيها الدية على عاقلة الغاصب كما هو في غصب الصبي بشرطه اما المدبر فيضمن في البيع والغصب على روايتيهما هذه لهما في ضمان المدبر وام الولد انهما مقبوضان بجهة البيع فيكونان مضمونين عليه بالقبض كسائر الاموال المقبوضة على سوم الشراء وهذا اي كونهما مقبوضين بجهة البيع بسبب انهما يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما مما يصح تملكه وتمليكه فاذا قبض بعد وقوع العقد عليه وهو فيما يصح ان يباع في الجملة على ما ذكرناه من قريب فهو مقبوض بجهة البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه لانه جزء فلا يضمن بقبضه على احدى الروايتين اعني التي يبطل بيعه وان دخل تحت البيع اذا ضم اليه القن فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وقد يجعل المشار اليه بقوله وهذا كونهما مضمونين بالقبض وما صرنا اليه

قال ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد لانه باع ما لا يملكه ولا في خطيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد لانه غرر وقد نهى عليه السلام
ومعناه اذا اخذه ثم الفاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك

احسن ان شاء الله تعالى لان المذكور بعده تعليل للمشار اليه وكونها مضمونين بالقبض يصح تعليله بما قبله من كونها مقبوضتين بجهة البيع فيناسب كون التعليل لما لم يعلل اذا صلح له وهو صالح بل انصبابه ليس الا عليه فانه دعوى انه مقبوض بجهة البيع ببيان انه يدخل تحت البيع واما كونه مقبوضا فيفرض وقوعه حسا واما تفسير المقبوض بجهة البيع بانه المقبوض للمشتري بعد القبض ان وافقه فلو صح لزم ان يضمنا الا انهما لم يقبضا ليشتريا بعد القبض ان واقتابل قبضا بعد الموافقة واتمام البيع بزعمهما فالمذكور تفسير المقبوض على سوم الشراء فلا يكونان مقبوضين بجهة البيع فلا يضمنان فالحق ان المقبوض اعم من ذلك وهو ما صدقات المقبوض بجهة البيع فالمقبوض بجهة البيع يصدق على المقبوض في البيع الصحيح والفاسد والباطل وعلى سوم الشراء وذلك التفسير يخص المقبوض على سوم الشراء وما نحن فيه ليس مقبوضا على سوم الشراء والاصار الاصل عين الفرع فالمقبوض على سوم الشراء هو الاصل فيما نحن فيه والمقبوض بالعقد الباطل هو الفرع الملحق وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقة البيع فيما يقبل حقيقته اي حقيقة حكمه وهو الملك لان ضمان القيمة في البيع انما هو تقابل بملك البيع فلا بد من اعتبار جهة البيع ولا ملك يتصور هنا مع اعتبار جهته فيبقى مجرد قبض باذن المالك فلو اوجبنا ما كان عدوانا محضا بخلاف ضمان الغصب في المدبر عنده فانه لا يستدعي ذلك الاعتبار وكان بمجرد القبض بغير اذن المالك وهنا الاذن موجود ودخولها في البيع ليس الا ليثبت حكمه فيما ضم اليها فقط مع انتفاء المانع وهو عدم الصلاحية لما ذكرنا من ثبوتها من قريب فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده ويدخل اذا ضم اليه مال نفسه وباعهما له صفقة واحدة حيث يجوز البيع في المضموم بالحصة من الثمن المسمى على الاصح وان كان قد قيل انه لا يصح اصلا في شيء واذا قسم الثمن على قيمتي المضموم وام الولد والمدبر فاعلم ان قيمة ام الولد ثلث قيمتها قنة وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا وقيل نصفها وبه يفتى وتقدم كل ذلك في العتاق **قوله** ولا يجوز بيع السمك في الماء بيع السمك في الماء لا يجوز فان كانت له خطيرة فدخلها السمك فاما ان يكون اعدها لذلك او لا فان كان اعدها لذلك فما دخلها ملكه وليس لاحد ان ياخذه ثم ان كان يؤخذ بغير حيلة اصطيادا وجاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم مثل السمكة في حب وان لم يكن يؤخذ الا بحيلة لا يجوز بيعه لعدم القدرة على التسليم عقيب البيع وان لم يكن اعدها لذلك لا يملك ما يدخل فيها فلا يجوز بيعه لعدم الملك الا ان تسد الخطيرة اذا دخل فح يملكه ثم ينظر ان كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه والا لا يجوز ولو لم يعدها لذلك ولكنه اخذه ثم ارسله في الخطيرة ملكه فان كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم او بحيلة لم يجز لانه وان كان مملوكا فليس مقدور التسليم وقال ابو يوسف في كتاب الخراج رخص في بيع السمك في الاجام اقوام فكان الصواب عندنا في قول من كرهه حدثنا العلاء بن المسيب بن رافع عن الحارث العكلي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال لا تبايعوا السمك في الماء فانه غرر واخرج مثله عن ابن مسعود ومعلوم ان الاجمة قد يؤخذ منها السمك باليد والغرر الخطر وغير المملوك على خطر ثبوت الملك وعدمه فلذا جعل من بيع الخطر فروع من مسائل التهيئة حفر حفيرة فوقع فيها صيد فان كان اتخذها للصيد ملكه وليس لاحد اخذه وان لم يتخذها له فهو لمن اخذه نصب الشبكة للصيد فتعلق بها صيد ملكه فلو كان نصبها ليحفظها من بلد فتعلق بها لا يملكه وهو لمن ياخذه الا ان ياتي فيجوزه ومثله اذا هيا حجرة لوقوع الشاة فيه فملك ما يقع فيه ولو وقع في حجرة ولم يكن هيأه لذلك فلو احد ان يسبق فياخذه ما لم يكف حجره عليه وكذا من هيأ مكانا للسرقين فله طرح فيه عند البعض وفي فتاوى الفضلي خلاف هذا قال اهل سمرقند يرمون في ساحة رجل الرماد والتراب والسرقين هو لمن يسبق سواء هيأ المكان له اولا اما النحل اذا عسل في ارض انسان فهو له بكل حال لانه ليس صيد ابل قائم بارضه كالشجر والزرع والبيض كالصيد وكذا الفرخ لا يملك الا

قال ولا بيع الطير في الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ وكذا لو ارسله من يده لانه غير مقدور التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولان فيه غررا قال ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولانه يتنازع في كيفية الحلب ورب ما يزداد فيختلط المبيع بغيره قال ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لانها تزيد من اعلى وبخلاف الفصيل لانه يمكن قلعه والقطع والصوف متصل فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح انه عم نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف رح في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه

باعداد المكان لذلك **قوله** ولا بيع الطير في الهواء لانه قبل اخذه غير مملوك وبعد اخذه وارساله غير مقدور التسليم عقيب العقد ثم لو قدر على التسليم بعد ذلك لا يعود الى الجواز عند مشايخ بلخ وعلى قول الكرخي يعود وكذا عن الطحاوي وكذا الحكم فيما اذا جعل الطير ثمنا لان العين المجعولة ثمنا مبيع في حق صاحبه وذكر التمرتاشي لو باع طيرا يذهب ويجيء كالحمام فالظاهر انه لا يجوز وفي فتاوى قاضي خان وان باع طيرا لا يطير ان كان اجنا يعود الى بيته ويقدر على اخذه بلا تكلف جاز بيعه والا فلا وقول المص فيما ياتي والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها لانه مقدور التسليم لو اتفق **قوله** ولا بيع الحمل بكسر الميم ما في البطن من الجنين ولا النتاج لما في الصحيحين والسنن عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبلة وكان بيعا يتبايعه اهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزور الى ان تنتج الناقة ثم ينتج الذي في بطنها وفي الموطا ان ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه قال لا ربوا في الحيوان وانما نهى عن الحيوان عن ثلاث عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة وانما بطل بيع المعز فعسى ان لا تلد تلك الناقة او تموت قبل ذلك واما باللفظ الذي ذكره المص عن بيع الحبل وحبل الحبلة فغير معروف والملاقيح ما في الارحام جمع ملقوح والمضامين في الاصلاب وقيل بالعكس جمع مضمون من لقحت الناقة وولد ملقوح به لانهم استعملوه بلا بار يقال ضمن الشيء اي تضمنه **قوله** ولا اللبن يجوز بالجر عطفا على المضاف اليه وتقدير المضاف والرفع على اقامته مقام المضاف للغرر فلعله انتفاخ وبه قال الشافعي واحمد واجازه مالك ايا ما معلومة اذا عرف قدر حلابها وكون تسليمه بالتخلية كبيع التمر على رؤس النخل وهو مردود بالنهي عن بيع الغرر ولانه يتنازع في كيفية الحلب في الاستقصاء وعدمه وهو نزاع في التسليم والتسلم وما وضعت الاسباب الا لقطعه فبطل قول مالك لذلك والجواز ان يحدث لبن قبل الحلب فيختلط مال البائع بمال المشتري على وجه يعجز عن التخليص **قوله** ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان لانه يقوم به اولانه غير المقصود من الشاة فكان كالوصف من الذات وهو لا يفرد بالبيع ولانه ينبت من اسفل ساقه فساقه فيختلط المبيع بغيره بحيث يتعذر التمييز بخلاف القوائم اي قوائم الخلاف لانها تزيد من اعلاها وتعرف ذلك بان توضع في مكان من القائمة علامة فانها بعد ذلك تصير اسفل ويرتفع عنها راس القائمة ويرتفع غيرها مما يزيد من اسفل فالزائد يكون على ملك المشتري وقال الامام الفضلي الصحيح عندي ان بيع قوائم الخلاف لا يجوز لانه وان كان ينمو من اعلاه فموضع القطع مجهول فهو كمن اشترى شجرة على ان يقطعها المشتري لا يجوز لجهالة موضع القطع وما ذكره من بيع الشجر ليس متفقا عليه بل هي خلافية منهم من منعها اذ لا بد في القطع من حفر الارض ومنهم من اجازها للتعامل بخلاف فصيل لانه يقلع فلا تنازع فجاز بيعه قائما في الارض قال المص وقد صح انه صلى الله عليه وسلم نهى الخ وذلك ان الطبراني قال ثنا عثمان بن عمر الصبي قال ثنا حفص بن عمر الحوضي حدثنا عمرو بن فروخ ثنا حبيب بن الزبير عن عكرمة عن ابن عباس رض قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تباع ثمرة حتى تطعم ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع واخرجه الدارقطني والبيهقي عن عمرو بن فروخ قال الدارقطني وارسله وكيع عن عمرو بن فروخ ولم يذكر عن ابن عباس رض وهذا السند حجة وقول البيهقي تفرد برفعه عمرو بن فروخ وليس بالقوي لا يضره فانه ان كان كما قال مرسل فالمرسل حجة كالمرفوع لكن الحق خلافه قال في تضعيف ابن فروخ فقد نقل الذهبي توثيق عمرو بن فروخ عن ائمة الشان كابي داود وابن معين وابن حاتم والرفع زيادة وهي من الثقة مقبولة ورواه ابو داود في مراسيله عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه بسنده عن عكرمة عنه عليه الصلوة والسلام انه نهى ان يباع لبن في ضرع او سمن في لبن ورواه الدارقطني في سننه عن وكيع عن عمرو بن فروخ عن حبيب بن الزبير عن عكرمة ان النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ ابن ابي شيبة وروي مرة موقوفا على ابن عباس رض في مراسيل ابي داود وكذا رواه الشافعي رح تعالى اخبرنا سعيد بن سالم عن موسى بن عبيدة عن سليمان بن يسار عن ابن عباس رض انه كان ينهى عن بيع اللبن في ضروع الغنم والصوف

قال وجذع في السقف وذراع من ثوب ذكرا القطع او لم يذكرا لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة ايضا وكذا قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يسلمه للمشتري يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او البذر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وان شققهما واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اما الجذع فعيني موجود قال وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لانه مجهول لان فيه غررا قال وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لانه عم نهى عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرنا والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما اذا كانا موضوعين على الارض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة اوسق لانه عم نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهو ان يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق قلنا العرية العطية لغة وتاويله ان يبيع المعري له ما على النخيل من المعري بتمر مجذوذ وهو بيع مجاز لانه لم يملكه فيكون مبرا ابتداء

على ظهورها فصرف بذلك ان كل بيع في غلافه لا يجوز كاللبن في الضرع واللحم في الشاة الحية او شحمها او اليتها او اكارعها او جلودها او دقيقا في هذا الحنطة او سمنا في هذه اللبن ونحو ذلك من الاشياء التي في غلافها لا يمكن علمها لا يمكن اخذها وتسليمها الا بافساد الخلقة والجوب في قشرها مستثنى من ذلك بما اسلفناه والذهب والفضة في ترابهما بخلاف جنسهما والله الموفق قوله وجذع من سقف بالجر اي لا يجوز بيع جذع من سقف وذراع من ثوب اي ثوب يضره القطع كالعمامة والقميص اما ما لا يضره القطع كالكرباس فيجوز وقول الطحاوي في اجرين حائط وذراع من كرباس او ديباج لا يجوز ممنوع في الكرباس او محمول على كرباس تعيب اما ما لا تعيب فيجوز كما يجوز بيع قفيز من صبرة وكذا لا يجوز بيع حلقة من سيف او نصف فرع لم يدرك لانه لا يمكن تسليمه الا بقطع جميعه وكذا بيع فص خاتم مركب فيه ومثله نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه وذراع من خشبة للزوم الضرر في التسليم في كل ذلك واورد عليه انه ضرر لزم البائع بالتزامه اجيب بانه التزم العقد ولا ضرر فيه ولا يخفى ما فيه وقول فخر الاسلام ان رضي فله ان يرجع فيبطل البيع الا ان يقطعه او يقلعه فيسلمه قبل نقض البيع فينقلب صحيحا كذلك فان الرجوع لا يمكنه مع الملزوم وهو التزام العقد بما فيه من الضرر واما ايراد المحاباة فدفع بانه ليس فيها استهلاك مال نعم يرد بيع الجباب التي لا تخرج الا بقلع الابواب على قول من اجاز والبعض قد منعه واجيب بان التعيب الجدران دون الجباب وهذا يفيد ان المنظور اليه في المنع تعيب المبيع والكلام السابق يفيد انه تعيب غير المبيع وهو الظاهر والحق انه لا بد من سمع حاكم بمنع هذا وما يلحق هذا به وهو المعول عليه وذلك هو الحديث السابق من نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللبن في الضرع والسمن في اللبن افاد ان المنع اذا كان لا يسلم المبيع الا بعيب فيه ضرر لغير البيع فاللبن يدخله ضرر تسليم الثمن واظهر من هذا ثبوت الاجماع على عدم جواز بيع اطراف الحيوان كيف شاء اليتها ورجلها وهو معلل بما يلزم في التسليم من الضرر على البائع في المبيع من ذبح الشاة فخرج بيع الجباب التي يحتاج في تسليمها الى هدم اكثر الابواب على من يصحح بيعها قوله ولو لم يكن معينا يعني الجذع والذراع لا يجوز لما ذكرنا من لزوم الضرر ورد للجهالة ومعلوم ان هذا فيما يتعيب بالتبعيض ويختلف بخلاف درهم من قطعة نقرة ولو قلع البائع الجذع وقطع الذراع يعود العقد صحيحا لزوال المفسد قبل نقض البيع ولو فعل بعد الفسخ لا يجوز وقوله بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او البذر في البطيخ وكسرها وسلم البذر والنوى قبل الفسخ لا يعود صحيحا لان الفساد للغرر اذ في وجودهما احتمال وكان كبيع بلا مبيع فوقع باطلا بخلاف الجذع فانه عين محسوسة قائمة وانما يفسد للزوم الضرر فاذا تحمله البائع وسلمه قبل الفسخ وقع التسليم في بيع صحيح لان الفرض ان المبيع قائم لكن بوصف الفساد فاذا زال المفسد قبل زوال البيع صار بالضرر وقوعا بلا فساد وهو معنى الصحيح فهذا معنى قولهم انقلب صحيحا بخلاف الاول وقع باطلا وهو معنى المعلوم شرعا فليس هناك بيع قائم ليزول المبطل فيبقى بيعا بلا بطلان بل اذا زال المبطل بقي ملك المبيع بلا مانع من ايراد العقد الصحيح عليه وعدم المانع عن ايراد العقد الصحيح وايجاده ليس وجود البيع الصحيح ونقض بعدم جواز البيع فيما اذا باع جلد شاة معينة او كرشها وسواد بطنها فذبحها واعطاه ذلك حيث لا ينقلب جائزا مع انه تحمل الضرر بالذبح اجيب بان المنع هناك لعلة اخرى غير لزوم الضرر في التسليم وهو كونه متصلا متضمنا لخلقه والنص يمنعه وهو النهي عن الصوف على الظهر واللبن في الضرع والسمن في اللبن وقد يقال لا اثر لذلك فيما فيه الكلام وهو انه اذا زال المانع بالذبح والفصل فان قيل بقينا وله بعد الفصل النهي عنه قبل الفصل وحين وقع وقع منهيا قلنا وكذا الجذع في السقف سواء قوله وضربة القانص بالرفع والجر على قياس ما تقدمه وهو الصائد يقول بشبكته ما يخرج من القار هذه الشبكة مرة بكذا وقيل بالغين والياء الغائص قال في تهذيب الازهري نهى عن ضربة الغائص وهو الغواص يقول اغوص غوصة فما اخرجته من اللآلي فهو لك بكذا وهو بيع باطل لعدم ملك البائع في المبيع فيما يقع له قبل العقد فكان غررا لجهالة ما يخرج قوله وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لانه صلى الله عليه وسلم

قال ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة والمنابذة وهي بيوع كانت في الجاهلية وكان يتراضى الرجلان على سلعة اي يتساومان فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البائع او وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني بيع المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر

عن بيع المزابنة في الصحيحين من حديث جابر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة والمحاقلة وزاد مسلم في لفظ وزعم جابر ان المزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلا والمحاقلة في الزرع على نحو ذلك بيع الزرع القائم بالحب كيلا واخرج البخاري عن انس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمخابرة والملابسة والمنابذة والمزابنة وقول المص بمثل كيله خرصا الخرص الحزر وكذا العنب بالزبيب لا يجوز ومعنى النهي انه مال الربا فلا يجوز بيعه بجنسه مع الجهل بتساويهما كما لو كانا موضوعين على الارض وقال الشافعي رح يجوز المزابنة بالتفسير الذي ذكرنا فيما دون خمسة اوسق لما في الصحيحين من حديث ابي هريرة رض انه صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا وفي الصحيحين ايضا عن ابن عمر عن زيد بن ثابت رخص عم في بيع العرايا ان تباع بخرصها وفي لفظ رخص في العرية ان ياخذ بمثل خرصها تمرا يأكلها رطبا ووافق الشافعي واحمد في ذلك الا انه لم يسميها الا لضرورة قال الطحاوي جاءت هذه الآثار وتواترت في الرخصة في بيع العرايا فقبلها اهل العلم جميعا ولم يختلفوا في صحتها ولكنهم تنازعوا في تاويلها فقال قوم العرايا ان تكون له النخلة او النخلتان في وسط النخل الكثير لرجل اخر قالوا وكان اهل المدينة اذا كان وقت الثمار خرجوا بالهيم الى حوائطهم فيجيء صاحب النخلة او النخلتين فيضر ذلك بصاحب النخل الكثير فرخص صلى الله عليه وسلم لصاحب الكثير ان يعطيه خرص ماله من ذلك تمرا لينصرف هو واهله عنه وروي هذا عن مالك قال الطحاوي وكان ابو حنيفة يقول فيها سمعت احمد بن ابي عمران يذكر انه سمع من محمد بن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة قال معنى ذلك عندنا ان يعري الرجل الرجل نخلة من نخله فلا يسلم ذلك اليه حتى يبدو له فرخص له ان يحبس ذلك ويعطيه مكانه بخرصه تمرا قال الطحاوي وهذا التاويل اشبه واولى مما قال مالك لان العرية انما هي العطية الا ترى الى الذي مدح الانصار كيف مدحهم اذ يقول ليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الجوائح اي انهم كانوا يعرون في السنين الجوائح اي يهبون ولو كانت كما قال مالك كانوا ممدوحين بها اذا كانوا يعطون كما يعطون والحق ان قول مالك قول ابي حنيفة رح كذا حكاه عنه محققوا مذهبه واستدل عليه بان العرية مشهورة بين اهل المدينة متداولة بينهم كذلك ثم على قولهم تكون العرية معناها النخلة ولا يعرف ذلك في اللغة وتخصيص ما دون خمسة اوسق لانهم كانوا يعرون هذا المقدار وما قرب منه ومعنى الرخصة هو رخصة ان يخرج من اخلاف الوعد الذي هو ثلث النفاق باعطاء هذا التمر خرصا وهو غير الموعود دفعا للضرر عنه وكون اخلاف الوعد الذي ثلث النفاق نقل عن عبد الله بن عمرو بن العاص انه حين حضرته الوفاة قال زوجوا ابنتي من فلان فانه كان سبق اليه مني شبه الوعد فلا القاه الله بثلث النفاق وعليه ثلثا الحديث عنه صلى الله عليه وسلم علامة المنافق ثلث آن حدث كذب وآن وعد اخلف وآن ائتمن خان واما ما ذكر من تاويل العرية الامام موفق الدين روى محمود بن لبيد قال قلت لزيد بن ثابت ما عرايا كم هذه فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الرطب ياتي ولا نقد بايديهم يتباعون به رطبا ياكلون وعندهم فضول من التمر فرخص لهم ان يتباعوا العرية بخرصها من التمر ياكلونه رطبا وقال متفق عليه فقد وهم في ذلك فان هذا ليس في الصحيحين بل ولا في السنن ولا في شيء من الكتب المشهورة قال الامام الزيلعي يخرج الحديث ولم اجد له سندا بعد الفحص البالغ ولكن الشافعي رح ذكره في كتابه في باب العرايا من غير اسناد **قوله** ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة الى قوله وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم الخ في الصحيحين من حديث ابي هريرة رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة زاد مسلم اما الملامسة فانه يلمس كل منهما ثوب صاحبه بغير تامل فليلزم اللامس البيع من غير خيار له عند الرؤية وهذا بان تكون مثلا في ظلمة ويكون مطويا تريا يتفقان على انه اذا لمسه فقد باعه منه وفساده لتعليق التمليك على انه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس والمنابذة ان ينبذ

قال ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في ان يأخذ ايهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بشروطه
قال ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد الكلأ اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث واما الاجارة
فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولو حدث على استهلاك عين مملوك بان استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا اولى

كل واحد منهما ثوبه الى الآخر ولم ينظر كل واحد منهما الى ثوب صاحبه على جعل النبذ بيعا وهذه كانت بيوعا يتعارفونها في الجاهلية وكذا القار الجران يلقي
حصاة وثمة ثوب فاي ثوب وقع عليه كان هو المبيع بلا تأمل ورؤية ولا خيار بعد ذلك ولا بد ان يسبق تراوضهما على الثمن ولا فرق بين المبيع معينا فاذا
تراوضا فالقاه اليه البائع لزم المشتري فليس له ان يقبل او غير معين كما ذكرناه ومعنى النهي كل من الجهالة وتعليق التمليك بالخطر فانه في معنى اذا
وقع حجري على ثوب فقد بعته منك او بتعيينه بكذا واذا نبذته او لمسته والتساوم تفاعل من السوم بنام البائع السلعة عرضها للبيع وذكر منها
وساومها المشتري بمعنى استامها سوما ومنه لا يسوم الرجل على سوم اخيه اي لا يطلب البيع ويراوض فيه حال من اوضحة اخيه فيه لانه بمعنى لا يشتري
كما قيل بل نهيه عن السوم يثبت الزاما فانه اذا نهى عن التكلم في الشراء فكيف بحقيقة الشراء قوله ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع الا ان يكون
على هذا الوجه وهو ان يقول بعتك واحدا منهما على انك بالخيار تأخذ ايهما شئت فانه يجوز استحسانا وتقدم ذكرها بشروطها في خيار الشرط قوله و
لا يجوز بيع المراعي ثم فسرها بالكلأ وفعالوهم ان يراد مكان الراعي فانه جائز ولا اجارتها اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه اشتراك
اباحة لا ملك ولانه لا يحصل به للمشتري فائدة فان المقصود من الملك يحصل بلا بيع اذ يتملكه بدونه بالحديث الذي رواه ابو داود في سننه في البيوع
عن جرير بن عثمان عن ابي فراس بن حبان بن زيد عن رجل من الصحابة رضي الله عنه قال غزوت مع النبي صلى الله عليه وسلم ثلثا اسمعه يقول المسلمون
شركاء في ثلاث في الماء والكلأ والنار ورواه احمد في مسنده وابن ابي شيبة واسند ابن عدي في الكامل عن احمد وابن معين انهما قالا في جرير ثقة
وجهالة الصحابي لا تضر ومعنى الشركة في النار الاصطلاء بها وتجفيف الثياب يعني اذا اوقد رجل نارا فلكل ان يصطلي بها اما اذا اراد ان يأخذ منها
فليس له ذلك الا باذن صاحبه كذا ذكره القدوري ومعناه في الماء الشرب وسقي الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والانهار المملوكة و
في الكلأ ان له احتشاشه وان كان في ارض مملوكة غير ان لصاحب الارض ان يمنع من الدخول في ارضه واذا منع فلغيره ان يقول ان لي في
ارضك حقا فاما ان توصلني اليه او تحشه او تسقي وتدفعه لي وصار كثوب رجل وقع في دار رجل اما ان يأذن للمالك في دخوله ليأخذه
واما ان يخرجه اليه اما اذا احرز الماء بالاستقاء في آنية والكلأ بقطعه جاز بيعه لانه بذلك ملكه وظاهر ان هذا اذا ثبت بنفسه فاما لو كان سقي الارض واعدها
للانبات فنبت ففي الذخيرة والمحيط والنوازل يجوز بيعه لانه ملكه وهو مختار الصدر الشهيد وكذا ذكر في اختلاف ابي حنيفة وزفر ثبت الكلأ بانباته جاز
بيعه وكذا لو حدق حول ارضه وهيأها للانبات حتى نبت القصب صار ملكا له ولا يجوز بيع كماة في ارضه قبل ان تقلعها ولا ماء وقال القدوري لا يجوز
بيع الكلأ في ارضه وان ساق الماء الى ارضه ولحقته مؤنة لان الشركة فيه ثابتة وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى ارضه ليس بحيازة والاكثر على الاول
الا ان على هذا القائل ان يقول ينبغي ان حافر البئر يملك بناءها ويكون بتكلفة الحفر والطي لتحصيل الماء يملك الماء كما يملك الكلأ بتكلفة سوق الماء الى الارض
لينبت فله بيع المستقى فان لم يكن في ارض مملوكة له ثم الكلأ ذكر الحلواني عن محمد انه ما ليس له ساق وماله ساق ليس كلأ وكان الفضلي يقول هو ايضا كلأ
وفي المغرب هو كل ما رعته الدواب من رطب ويابس وهو واحد الاكلأ واما الاجارة فلانها لو صحت ملك بها الاعيان وحكمها ليس الا ملك المنافع ثم
اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق كالصبغ واللبن في استيجار الظئر فيملك بعد اقامة العمل تبعا اما الابتداء فلا وكذا لو استأجر بقرة ليشرب لبنها
لا يجوز مع انها عقدت على استهلاك عين مملوكة فهذا اولى لانها على استهلاك عين غير مملوكة وهل الاجارة فاسدة او باطلة ذكر في الشرب انها فاسدة حتى
يملك الآجر الاجرة بالقبض وينفذ عتقه فيه وقيل ليس الآدمية انه في حكم المنفعة شرعا بدليل ان عينه لا يجوز بيعه ولا يضمن بتلفه والحيلة في ذلك ان يستأجر الارض

قال ولا يجوز بيع النحل وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي رح لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي رح ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة رح لانه من الهوام وعند ابي يوسف رح يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد رح يجوز كيف ما كان لكونه منتفعا به ولا يجوز بيع بيضه عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز ان كان الفرخ رح وقيل ابو يوسف رح مع ابي حنيفة رح كما في دود القز والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها لانه مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع الابق لنهي النبي عليه السلام عنه ولانه لا يقدر على تسليمه الا ان يبيعه من رجل زعم انه عنده لان المنهي بيع ابق مطلق وهو ان يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري لانه اذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده وكان اشهد عند اخذه لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق ثم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن ابي حنيفة رح انه يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انعقد بقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا ابق العبد ثم هكذا روي عن محمد رح

يضرب فيها قسطاطه ويجعله خطيرة لغنمه ثم يستبيح المرعى فيحصل مقصودهما **قوله** ولا يجوز بيع النحل عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي لانه منتفع به حقيقة وشرعا مقدور التسليم اذا كان محرزا يجوز بيعه واذا كان لا يؤكل كالبغل والحمار يجوز بيعهما وان لم يؤكل للانتفاع بهما والقدرة على تسليمهما ولابي حنيفة وابي يوسف رح انه من الهوام فلا يجوز بيعه كما لا يجوز بيع الوزغ والعقرب والزنبور والحية وهذا لانه هو في نفسه من الهوام لانه غير منتفع به وانما الانتفاع بما يتولد منه لا بعينه بخلاف الحشرات لانه منتفع به في ثاني الحال فقبل الحدوث ما يتولد منه لانه منتفع به بل هو في نفسه هامة من الهوام ولذا قال في الجامع الصغير ان وجدها عيبا لم يردها اشارة الى ان النحل لا قيمة لها حتى لو باعه تبعا للكوارة فيها عسل رح وهو فيها جاز ذكر الكرخي كالشرب والطريق وقال القدوري انه حكى عن ابي الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع تبعا ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن ابي يوسف رح والتبعية لا تنحصر في الحقوق كالمفاتيح فالعسل تابع للنحل في الوجود والنحل تابع له في المقصود بالبيع والكوارة بضم الكاف وتشديد الواو معسل النحل اذا سوي من طين وفي التهذيب كوارة النحل مخففة وفي المغرب بالكسر من غير تشديد وقيد الزمخشري بفتح الكاف وفي الغريبين بالضم **قوله** ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة رح لانه من الهوام وعند ابي يوسف رح يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له واجاز بيع بذر القز الذي يكون منه الدود وعند محمد رح يجوز كيف ما كان لكونه منتفعا به واجاز السلم فيه كيلا اذا كان وقته وجعل منتهى الاجل في وقته وجوابه ما تقدم في المسئلة قبلها وهو ان المنتفع به ما يخرج منه فقبله يكون غير منتفع به والكلام في بيعه ح والوجه قول محمد رح للعادة والضرورة وقد ضمن محمد رح تلف كل من النحل ودود القز وفي الخلاصة في بيعهما قال الفتوى على قول محمد رح لا يخفى ان محمدا ناسب اصله في مسئلة بيع النحل في القول بجوازه وابو حنيفة رح كذلك في قوله بعدمه واما ابو يوسف رح فيجب ان يقول مثله في النحل وما قدمه المص في النحل عن الكرخي من جوازه اذا بيع تبعا للكوارة ظاهره انه يجوز باتفاق ح وعلى هذا يجب ان لا يختلف ابو حنيفة مع ابي يوسف رح في دود القز بل يقولان تبعا ان كان وحده لا يجوز لانه من الهوام وان كان تبعا للقز فيقولان بالجواز فيهما فلا معنى لافراد ابي حنيفة رح في هذه وقران ابي يوسف رح معه في تلك والاتفاق على عدم جواز بيع ما سواهما من الهوام كالحيات والعقارب والوزغ والعضايه والقنافذ والجعل والضب فلا يجوز بيع شيء من البحر الا السمك كالضفدع والسرطان والسلحفاة وفرس البحر وغير ذلك وقال محمد رح اذا كان الدود وورق التوت من واحد والعمل من آخر على ان يكون القز بينهما نصفين او اقل او اكثر لا يجوز وكذا لو كان العمل منهما وهو بينهما نصفان وفي فتاوى الولوالجي امرأة اعطت امرأة بذر القز وهو بزر الفيلق بالنصف فقامت عليه حتى ادرك فالفيلق لصاحب البذر لانه حدث من بذرها ولها على صاحبته البذر قيمة الاوراق واجر مثلها ومثله اذا دفع بقرة الى آخر يعلفها ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف واجرة مثله وعلى هذا اذا دفع الدجاج ليكون البيض بالنصف **قوله** والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها اما اذا كانت في بروجها وخارجها مسدودة فلا اشكال في جواز بيعها واما اذا كانت في حال طيرانها ومعلوم بالعادة انها تجيء فكذلك لان المعلوم عادة كالواقع فكان مملوكا مقدور التسليم وتجويز كونها لا تعود او عوض عدم عودها لا يمنع جواز البيع كتجويز هلاك المبيع قبل القبض فانه لا يمنع جواز البيع ثم اذا عرض الهلاك انفسخ كذا هنا اذا عرض قوي عدم العادة من عودها قبل القبض انفسخ وصار كالظبي المرسل في برفانه يجوز وان جاز ان لا يعود **قوله** ولا يجوز بيع الابق الابق اذا لم يكن عند المشتري لا يجوز بيعه باتفاق الائمة الاربعة ويجوز عتقه غير انه اذا اعتقه عن كفارة اشترط العلم بحياته ويجوز هبته لابنه الصغير او اليتيم في حجره بخلاف البيع لانه الصغير حيث لا يجوز لان شرطه

قال ولا يبيع لبن امرأة في قدح وقال الشافعي رح يجوز بيعه لانه مشروب طاهر لنا انه جزء الآدمي وهو مكرم ممنوع عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف رح انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز اجارة العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن

القدرة على التسليم عقيب البيع وهو متفق وما بقي له من اليد يصلح لقبض العين ولا يصلح لقبض البيع لانه قبض بازاء مال مقبوض من مال الابن وهذا قبض لبن بازاء مال يخرج من مال الولد فكيف تلك الدلالة نظرا للصغير فانه لو عاد عاد على ملك الصغير ولهذا اجزنا بيعه ممن ذكر انه في يده لثبوت التسليم والمقصود من القدرة على التسليم ثبوت التسليم فاذا كان ثابتا حصل المقصود بخلاف ما لو جاء المشتري برجل معه وقال عبدك الابق عند هذا فبعنيه وانا اقبضه منه واعترف ذلك الرجل لا يجوز بيعه لان تسليمه فعل غيره وهو لا يقدر على فعل غيره فلا يجوز واذا جاز بيعه هل يصير قابضا في الحال حتى لو رجع فوجده هلك بعد وقت البيع يتم القبض والبيع ان كان حين قبضه اشهد انه قبض هذا ليرده على مالكه لا يصير قابضا لان قبضه هذا قبض امانة حتى لو هلك قبل ان يصل الى سيده لا يضمنه وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع فان هلك قبل ان يرجع اليه انفسخ البيع ورجع بالثمن وان لم يشهد يصير قابضا لان قبضه اذا لم يشهد قبض غصب وهو قبض ضمان كقبض البيع ولو عاد من اباقه وقد باعه ممن ليس عنده هل يعود البيع جائزا اذا سلمه فعلى ظاهر الرواية لا يعود صحيحا وهو مروي عن محمد كما اذا باع خمرا فتخلل قبل التسليم او باع طيرا في الهواء ثم اخذه لا يعود صحيحا وهذا يفيد ان البيع باطل وهو مختار مشايخ بلخ والثلجي لان وجود الشرط يجب كونه عند العقد وفي رواية اخرى عن محمد وهو رواية عن ابي حنيفة يجوز لقيام المالية والملك في الابق واذا صح عتقه فكان كبيع المرهون اذا فكه قبل الخصومة وفسخ القاضي البيع وبه اخذ الكرخي وجماعة من المشايخ حتى اذا امتنع البائع من تسليمه او المشتري من قبوله اجبر على ذلك لان صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجد قبل الفسخ بخلاف ما اذا رجع بعد ان فسخ القاضي البيع وتخاصما فانه لا يعود صحيحا اتفاقا وهذا يقتضي ان البيع فاسد فالحق ان اختلاف الرواية والمشايخ فيه بناء على الاختلاف في انه باطل او فاسد فانك علمت ان ارتفاع المفسد في الفاسد يرده صحيحا لان البيع قائم مع الفساد وارتفاع المبطل لا يرجع لان البيع لم يكن قائما بصفة البطلان بل معدوما فوجه البطلان عدم القدرة على التسليم ووجه الفساد قيام المالية والملك والوجه عندي كون عدم القدرة على التسليم مفسدا لا مبطلا وهذا مما يخرج فيه الخلاف فانهم اختلفوا في بيع الطير في الهواء وان كان اخذه ثم ارسله فانه لا يخرج عن ملكه وقد اختلفوا فيما لو اخذه بعد بيعه وسلمه فطائفة مع الكرخي يعود جائزا والبلخيون لا يعود جائزا بناء على ان من قال بالجواز قائل بانه فاسد مع عدم القدرة على التسليم وقول من قال المحلية كونه مالا مملوكا مقدور التسليم ان عنى محلية البيع الصحيح فنعم والا فلا بل محل البيع المال المملوك للبائع او غيره فان كان له فتأخذه او لغيره فموقوف والنافذ اما صحيح ان كان بمبيعه مقدور التسليم وليس فيه شرط فاسد والا ففاسد واما حديث النهي عن بيع الابق فروى اسحق بن راهويه اخبرنا سويد بن عبد العزيز الدمشقي قال ثنا جعفر بن الحارث او الاشهب الواسطي قال حدثني من سمع محمد بن ابراهيم التيمي عن ابي سعيد الخدري ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شرار ما في بطون الانعام حتى تضع وعن بيع ما في ضروعها وعن بيع العبد وهو ابق ورواه ابن ماجه بسند فيه جهظم بن عبد الله عن محمد بن ابراهيم عن محمد بن زيد العبدي عن شهر بن حوشب عن ابي سعيد الخدري يرفعه الا انه قال وعن شرار العبد وهو ابق وعن شرار المغانم حتى تقسم وعن شرار الصدقات حتى تقبض وعن ضربة القانص وشهر مختلف فيه وقال ابو حاتم ان ابن محمد بن ابراهيم مجهول وقيل فيه انقطاع ايضا وعلى كل حال فالاجماع على ثبوت حكمه دليل على ان هذا الضعف بحسب الظاهر صحيح في نفس الامر **قوله** ولا يبيع لبن امرأة في قدح هذا القيد لبيان منع بيعه بعد انفصال عن محله فانه لا يكون في قدح الا بعد انفصاله اما حين القدحية فليس قيدا بل سائر الاواني سواء وانما هو قيد باعتبار لازمه وهو انفصاله عن ثديه كيلا يظن ان امتناع بيعه ما دام في الضرع كغيره على سائر احواله لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه وهو مذهب مالك واحمد وعند الشافعي يجوز لانه مشروب طاهر فيجوز بيعه ونحن نمنع انه مشروب مطلقا بل للضرورة حتى اذا استغنى عن الرضاع لا يجوز شربه والانتفاع به يحرم حتى منع بعضهم صبه

قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد صبغه الاصل فلا ضرورة الى البيع لو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف رح وعند محمد رح لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف ان الاطلاق للضرورة فلا تظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع به لان الادمي مكرم لا يبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء ذوائبهن

في العين الرمدة وبعضهم اجازه اذا عرف دواء عند البزر وتقول هو جزء الادمي وهو مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة ولبن الامة وعن ابي يوسف انه يجوز في لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على كلها فيجوز على جزئها قلنا الجواز بتبع المالية ولا مالية للانسان الا ما كان محلا للرق وهو الحي ولا حياة في اللبن ولان الرق قوة شرعية حاصلها قدرة تثبت له شرعا على تصرفات شرعية ترد على الرق فترفعه فلا بد من ايجاد محلها وليس اللبن محل تلك القدرة فان قيل اجزاء الادمي مضمونة فيجب كون اللبن كذلك يضمن بالاتلاف اجيب بمنع ضمان اجزائه مطلقا بل المضمون ما انتقص من الاصل حتى لو نبتت من قلعت لا ضمان الا ما تستوفى بالوطي فانه مضمون وان لم ينقص شيئا تغليظا لامر البضع فجعل ما يستوفى بالوطي في حكم النفس بخلاف من جز صوف شاة فانه يضمن وان نبت غيره وباتلاف اللبن لا ينتقص شيء من الاصل ولان حرمة المصاهرة تثبت بشبهة ففي اشاعته بيعه فتح لباب فساد الانكحة فانه لا يقدر على ضبط المشترين والبائعين فيشيع فساد الانكحة بين المسلمين وهذا وان كان يندفع اذا كانت حرمته شرعية شائعة بالدار فيعلم ان شراءه ليس لا لمنفعة اخرى كشراء الامة المجوسية بعد اشتهار حرمته وطيها شرعا لكنهم يجيزون شربه لكبير هذا وقد اسند الفقيه ابو الليث الى محمد بسند متصل قال سمعت الفقيه ابا جعفر يقول سمعت الفقيه ابا القاسم احمد بن جم قال قال نصير بن يحيى سمعت الحسن بن سيهوب يقول سمعت محمد بن الحسن يقول جواز اجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها لانه لما جازت الاجارة يثبت ان سبيله سبيل المنافع وليس سبيله سبيل الاموال لانه لو كان مالا لم يجز اجارة الظئر الا ترى ان رجلا لو استاجر بقرة على ان يشرب لبنها لم تجز الاجارة فلما جاز اجارة الظئر ثبت ان لبنها ليس بمال اذ اواما المصر فانما علل المنع بان الادمي مكرم بجميع اجزائه فلا يبتذل بالبيع وسياتي باقيه **قوله** ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له واورد عليه انه جعل البيع منافيا لكون المراد اهانة مانعة من جواز البيع للزوم الاكرام والبيع ينفيه وجعله في مسئلة بيع الخمر والخنزير اعزازا فبطل للزوم الاهانة شرعا والبيع اعزاز وهذا تناقض الجواب ان الفعل الواحد قد يكون بالنسبة الى محل اهانة وبالنسبة الى اخر اكرام مثلا لو امر السلطان لبعض سائس الدواب ان يلازم الوقوف بالحضرة مع الواقفين كان غاية الاكرام له ولو امر القاضي بذلك كان غاية الاهانة له فالخمر والخنزير في غاية الاهانة شرعا فلو جعل مبيعا مقابلا بالمبادل معزز كالدراهم والثياب كان غاية اكرامه والادمي مكرم شرعا وان كان كافرا فايراد العقد عليه وابتذاله به والحاقه بالجمادات اذلال له هذا وتعليل المص بالنجاسة لمنع البيع يرد عليه بيع السرقين فالمعول على التعليل بالانتفاع والحاجة اليه مع امكان وجود مباح الاصل فلا تنافي ثم يجوز الانتفاع به للغير فان الخرازين لا يتأتى لهم ذلك العمل بدونه وهو يوجد بمباح الاصل فلا حاجة الى بيعه فلم يكن بيعه في محل الضرورة حتى يجوز وعلى هذا قال الفقيه ابو الليث فلو لم يوجد الا بالشراء جاز شراؤه لشمول الحاجة اليه وقد قيل ايضا ان الضرورة ليست ثابتة في الخرز به بل يمكن ان يقام بغيره وقد كان ابن سيرين لا يلبس خفا خرز بشعر الخنزير فعلى هذا لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به وروى ابو يوسف كراهة الانتفاع به لان ذلك العمل يتأتى بدونه كما ذكرنا الا ان يقال ذلك فرد تحمل مشقة في خاصة نفسه فلا يجوز ان يلزم العموم حرجا مثله ثم قال ابو يوسف انه لو وقع في ماء قليل افسده وعند محمد لا ينجس به لان حل الانتفاع به دليل طهارته والصحيح قول ابي يوسف لان حكم الضرورة لا يتعداها وهي في الخرز فتكون بالنسبة اليه فقط كذلك وما ذكر في بعض المواضع من جواز صلوة الخرازين مع شعر الخنزير وان كان اكثر من قدر الدرهم ينبغي ان يتخرج على القول بطهارته في حقهم اما على قول ابي يوسف فلا وهو الوجه فان الضرورة لم تدعهم الى ان يعلق بهم بحيث لا يقدرون على الامتناع عنه ويجتمع في ثيابهم هذا المقدار **قوله** ولا يجوز بيع شعور الانسان مع قولنا بطهارته ولا الانتفاع به لان الادمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا ومبتذلا وفي بيعه اهانة له وكذا في امتهانه بالانتفاع وقد قال صلى الله عليه وسلم

قال ولا بيع جلد الميتة قبل ان يدبغ لانه غير منتفع به قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا باس بعظمها لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلوة ولا باس بشعرها والانتفاع به كما بعد الدباغ لانها طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلوة ولا باس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها وريشها وظلفها لانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحقوق وقد قررناه من قبل الفيل كالخنزير نجس العين عند محمد وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه ويستنفع به قال اذا كان السفل لرجل والعلو لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال وفي المال ما يكون احرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات وقد مر في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب

فيما ثبت عنه في الصحيحين لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة والواصلة هي التي تصل الشعر بشعر النساء والمستوصلة المعمول بها باذنها ورضاها وهذا اللعن للانتفاع بما لا يحل للانتفاع به الا ترى الى انه رخص في اتخاذ القراميل وهو ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون النساء للتكثير فظهر ان اللعن ليس للتكثير مع عدم الكثرة ولا لمنع القراميل ولا شك ان الزينة حلال قال تعالى من حرم زينة الله التي اخرج لعباده فلولا لزوم الاهانة بالاستعمال لحل وصلها بشعور النساء ايضا وفي الحديث لعن الله النامصة والمتنمصة ايضا والنامصة هي التي تنقف الحاجب لترقه والمتنمصة التي تفعل بها ذلك **قوله** ولا بيع جلود الميتة قبل ان يدبغ لانها غير منتفع بها قال صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب وتقدم في الصلوة تخريجه وتقريره ولا خلاف في هذا فان قيل نجاستها ليس الا لما يجاورها من الرطوبات النجسة فهي متنجسة فكان ينبغي ان يجوز بيعها كالثوب النجس اجيب بان التنجس فيها باعتبار اصل الخلقة فما لم يزل كعين الجلد فعلى هذا يكون الجلد نجس العين بخلاف الثوب والدهن النجس فان النجاسة فيه عارضة فلا يتغير به حكم الثوب بها فيه وهذا السؤال ليس في تقرير المص ما يرد عليه اولا يحتاج الى الجواب عنه فانه ما علل المنع الا بعدم الانتفاع به وانما يرد على من علل بالنجاسة ولا ينبغي ان يعلل بها لبطلان بيع اصلا فان بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع وهو عدم المالية فان بيع الخمر جائز وهو نجس العين لانتفاع به كما ذكرنا واما جواز بيعها بعد الدباغة فلحل الانتفاع ح شرعا والحكم لطهارتها زيادة ثبتت شرعا على خلاف الاصل في طهارة جلد الميتة بالدباغة وتقدم في الصلوة ويجوز بيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وشعرها وريشها وقرنها وظلفها وحافرها فان هذه الاشياء طاهرة لا يحلها الحيوة ولا يحلها الموت وتقدم في الصلوة **قوله** والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد فيكون في حكمه عند ابي حنيفة وابي يوسف هو على ان سائر السباع نجس السور واللحم لا العين فيجوز بيع عظمه والانتفاع به في الحمل والمقاتلة والركوب فكان كالكلب يجوز الانتفاع به قيل وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى لفاطمة سوارين من عاج وظهر استعمال الناس له من غير نكير ومنهم من حكى اجماع العلماء على جواز بيعه وفي البخاري قال الزهري في عظام الميتة نحو الفيل وغيره ادركت ناسا من سلف العلماء يمتشطون بها ويدهنون فيها لا يرون باسا وقال ابن سيرين وابراهيم لا باس بتجارة العاج وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة منع بيع القرد وروى الحسن عنه انه يجوز بيعه وهو المختار لانه مما ينتفع به في بعض الاشياء **قوله** واذا كان السفل لرجل والعلو لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان المبيع ح ليس الا حق التعلي وحق التعلي ليس بمال لان المال عين يمكن احرازها وامساكها ولا هو حق متعلق بالمال بل حق متعلق بالهوى والهوى ما لا يباع والمبيع لا بد ان يكون احدهما وقول المص والمال هو المحل للبيع تساهل او تنزيل للمتعلق بالمال منزلة المال بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات فيما اذا كان الشرب شرب تلك الارض اما اذا باع ارضا مع شرب غيرها ففي صحته اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يجوز واما بيعه منفردا كبيع الشرب يوما او يومين حتى تزرع او تبته فجوزه مشايخ بلخ كابي بكر الاسكاف ومحمد بن سلمة لان اهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم اليه والقياس يترك بالتعامل كما جوز السلم بالضرورة والاستصناع للتعامل ولانه خطر من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب فانه قال فيه ادعى رجل شراء ارض بشربها بالف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادته لاختلافهما في مقدار ثمن الارض لان الذي زاد الشرب نقص من ثمن الارض لان بعض الثمن يقابل الشرب فصار كاختلافهما في مقدار الثمن وقيل لو باع ارضا بشربها فاستحق شربها يحط من الثمن نصيب الشرب واما ضمانه بالاتلاف وهو بان يسقي ارضه بشرب غيره فهو رواية

قال وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل المسئلة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل لان كان الاول فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلومين وان كان الثاني فوجه الفرق على احدى الروايتين بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على احدى الروايتين ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبه المنافع اما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان

النووي وعلى رواية شيخ الاسلام لا يضمن وقيل يضمن اذا جمع الماء ثم اتلفه ولا يضمن قبل الجمع وصح فالالزام بين والمتلف فيه الى المختلف فيه فلا يلزم المخالف وعن الشيخ جلال الدين ابن الصنف انه صرح بانه بالاتلاف على ما اذا كان اشهد به لا خر ثم رجع بعد القضاء وقال لا وجه للضمان بالاتلاف الا بهذه الصورة لانه لو ضمن بغيرها فاما بالسقي او منع حق الشرب لا وجه الى الاول لان الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا الى الثاني لان منع حق الغير ليس سببا للضمان بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد واما انه حظ من الماء فهو عين او شيء يتعلق بالعين فاورد عليه انه لو كان عينا ينبغي ان لا يجوز بيعه اذا لم يكن فيه ماء واجيب بانه انما جوز للضرورة وهو بعرضية وجوده كالسلم والاستصناع ثم بتقدير انه حظ من الماء فهو مجهول المقدار فلا يجوز بيعه وهذا وجه منع مشايخ بخارى بيعه مفردا قالوا وتعامل اهل بلدة واحدة ليس هو التعامل الذي يترك به القياس بل ذلك تعامل اهل البلاد ليصير اجماعا فالاستصناع والسلم لا يقاس عليه والضرورة في بيع الشرب مفردا على العموم متحققة بل ان تحقق فحاجة بعض الناس في بعض الاوقات وبهذا القدر لا يخالف القياس فرع باع العلو قبل سقوطه جاز فان سقط قبل القبض بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض قوله وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل قال المص المسئلة تحتمل وجهين ان يكون المراد بيع رقبة الطريق والمسيل و ان يكون المراد بيع حق المرور الذي هو التطرق والتسييل فان كان الاول وهو بيع رقبة الطريق والمسيل اي مع اعتبار حق التسييل فوجه الفرق بينهما ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلومين فان بينه فلا اشكال في حق نفسه وان لم يبينه جاز ايضا وهو المراد بالمسئلة ههنا فانه يجعل مقدار باب الدار العظمى وطوله في السكة النافذة اما المسيل فمجهول لانه لا يدري قدر ما يشغله الماء ومن هنا عرف ان المراد بالمسئلة ما اذا لم يبين مقدار الطريق والتسييل اما لو بين حدا ما يسيل فيه الماء او باع الارض المسيل من نحر او غيره من غير اعتبار حق التسييل فهو جائز بعد ان تبين حدوده وان كان المراد الثاني وهو مجرد حق المرور والتسييل ففي بيع حق المرور مجردا روايتان على رواية الزيادات لا يجوز وبه اخذ الكرخي لجهالته وعلى رواية كتاب القسمة يجوز فانه قال دار بين رجلين فيها طريق لرجل اخر ليس له منعهما من القسمة ويترك الطريق مقدار باب الدار العظمى فانه لا حق له في غير الطريق فاذا بيعت الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الاصل بثلثي الثمن الطريق وصاحب الممر بثلث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤس لان صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع انتهى فقد جعل لحق المرور قسطا من الثمن فدل على جواز بيعه وهو قول عامة المشايخ واتفقت الروايات على ان بيع حق التسييل لا يجوز فوجه الفرق على احدى الروايتين بين حق المرور وحق التسييل على الرواية المجيزة للبيع حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما التسييل فان كان على السطح فهو نظير حق التعلي وبيع حق التعلي لا يجوز باتفاق الروايات ومن وجه فساده وهو انه ليس حقا متعلقا بما هو مال بل بالهواء وفي هذا نظر فان ذلك اذا باع حق التعلي بعد سقوط العلو فانما يكون نظيرا اذا باع حق التسييل على السطح ولا سطح وان كان على الارض وهو ان يسيل الماء عن ارضه كيلا يفسدها فيمره على ارض لغيره فاعطى حكمها فهو مجهول بجهالة محله الذي ياخذه الماء بقيت حاجة الى الفرق بين حق التعلي حيث لا يجوز وبين حق المرور حيث يجوز على رواية وانما احتيج الى الفرق بانه علل المنع في حق التعلي بانه ليس بمال فيرد عليه ان حق المرور كذلك وقد جاز بيعه في رواية وفي كل منهما بيع الحق لا بيع العين هو ان حق المرور حق يتعلق برقبة الارض وهي مال هو عين فما يتعلق به يكون له حكم العين اما حق التعلي فحق يتعلق بالهواء وهو ليس بعين مال واما فرق المص بان حق التعلي يتعلق بالبناء وهو عين لا تبقى

قال ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتني على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب في مسئلتنا الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس جنسان والزرازي والزرنبجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما

فاشبه المنافع بخلاف الارض فليس بذلك لان المبيع كما يرد على ما يبقى من الاعيان كذلك يرد على ما لا يبقى وان اشبه المنافع ولذا صحح الفقيه ابو الليث رواية الزيادات المانعة من جواز بيعه لان بيع الحقوق المجردة لا يجوز كالتسييل وحق المرور **قوله** ومن اشترى الخ اذا اشترى هذه الجارية بالف فظهرت غلاما فالبيع باطل لعدم المبيع وهذه وامثالها يبتنى على الاصل الذي تقدم في المهر انه اذا اجتمع تسميته واشارته الى شيء كما ذكرنا من هذه الجارية حيث اشار الى ذات وسماها جارية فان كان المسمى مع المشار اليه جنسين مختلفين كانت العبرة للتسمية لان التسمية ابلغ في التعريف من الاشارة لان الاشارة تعرف الذات الحاضرة والتسمية تعرف الحقيقة المندرجة فيها تلك الذات وغيرها من ذوات لا تحصى معروفة عند العقل باشباهها لتلك الذات وغيرها ونحن في مقام التعريف فيتعلق بالتعريف الابلغ وح يبطل العقد لعدم المبيع الذي هو المسمى كذا ذكره المص وهو الظاهر من قول محمد فانه غيرها بقوله لا بيع بينهما وقيل بل هو فاسد وان كانا من جنس واحد الا ان اختلافهما بالصفة فاحش كان ايضا كاختلاف الجنس فيكون البيع باطلا وان كان قليلا اعتبرت الاشارة فينعقد البيع لوروده على مبيع قائم الا انه ذكر فيه وصفا رغوبا فيه فلم يجده المشتري فيثبت له الخيار وقول المص والفرق يبتني على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد لا يريد ان الاصل مختلف فيه بل هو متفق عليه وانما ذكره محمد في خلافيته في المهر مستدلا به على قوله فيما اذا تزوج على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فمن الجنسين كل ذكر مع انثى من بني آدم وان كانا متحدي الجنس المنطقي وهو الذاتي المقول على كثيرين مختلفين بمميز داخل فقد الحقا بمختلفيهما بخلاف الذكر والانثى من سائر البهائم غير الادمي فان البيع ينعقد ويثبت الخيار ونقل القدوري عن زفر انه جعل الذكر والانثى من بني آدم كالذكر والانثى من غيرها فحكم بجواز البيع واجيب بالفرق لفحش اختلاف الاغراض منهما فالحقا بالجنسين فالغلام يراد لخدمة الخارج كالزراعة والتجارة والحراثة والانثى لخدمة الداخل كالعجن والطبخ والاستفراش بخلاف الغلام فكان اختلافهما كاختلاف الجنس بل ليس الجنس في الفقه الا المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منهما فاحشا فالجنسان ما يتفاوت منهما فاحشا بلا نظر الى الذاتي وهذا قول المص وهو المعتبر في هذا دون الاصل يعني المعتبر في انهما جنسان او جنس واحد تفاوت الاغراض تفاوتا بعيدا فيكون من اختلاف الجنس او قريبا فيكون من الجنس الواحد دون اختلاف الاصل يعني الذاتي فلذا قالوا الخل مع الدبس جنسان مع اتحاد اصلهما لفحش تفاوت الغرض منهما والوذاري والزرنبجي كذلك كذلك والوذاري بفتح الواو وكسرها واعجام الذال ثم راء مهملة نسبة الى وذار قرية من قرى سمرقند والزرنبجي بزاء ثم نون ثم دال مهملة ثم نون ثم ياء ثم جيم نسبة الى زرنبة بفتح الزاي والنون الاخيرة والجيم زيدت على خلاف القياس مع اتحاد اصلهما هكذا ذكر المص عن المشائخ وما ذكر لابي حنيفة في باب المهر يقتضي انه اعتبر الخل مع الخمر جنسا واحدا ويقتضاه ان يعتبر الخل مع الدبس كذلك ومن المختلفين جنسا ما اذا باع فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع باطل ولو باعه ليلا على انه ياقوت احمر فظهر اصفر صح ويخير كما اذا باع عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب كذا ذكره المص وان كانت صناعة الكتابة اشرف عند الناس من الخبز كان المشائخ لا يفرق من المشائخ بين كون الصفة خيرا من الصفة التي عينت اولا في ثبوت الخيار كما اطلق في المحيط ثبوت الخيار وذهب آخرون منهم صدر الاسلام ظهير الدين الى انه انما يثبت اذا كان الموجود انقص وصح الاول لفوات غرض المشتري فان الظاهر ان غرضه من يقوم بحاجته التي عينها لا بما ليس غرضا له الان وكان مستند الفصلين ما تقدم فيمن اشترى عبدا على انه كافر فاذا هو مسلم لا خيار له لانه خير مما عين وقد يفرق بان الغرض وهو استخدام العبد بما يليق به لا يتفاوت بين مسلم وكافر من الزراعة وامورها او التجارة وامورها بخلاف تعيين الخبز او الكتابة ونحوه وانه يفيد

[illegible] من البائع [illegible] أنه قبل أن ينقد الثمن لا يجوز للبيع الثاني
[illegible] لبيعه من البائع [illegible] من غيره سواء كان الباع بمثل الثمن الأول أو بأقل
[illegible] الأول [illegible] بعد ما اشترت فكان ذلك بمثل ما شريت واشتريت إلى زيد بن أرقم أن
[illegible] صلى الله عليه وسلم إن لم يتب لأن الثمن لم يدخل في ملكه فإذا وصل إليه المبيع ووقعت
المقاصة يبقى له فضل تمسكه وذمت بلا عوض بخلاف ما إذا باع بالعرض لأن الفضل إنما يظهر عند المبادلة

أن جاريته التي لا يحلها اشتري هي هذه الوصف **قوله** ومن باع جارية بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع قبل نقد الثمن بمثل الثمن أو أكثر جاز وإن باعها من البائع بأقل لا يجوز عندنا وكذا لو اشترى عبده أو مكاتبه ولو اشترى ولده أو والده أو زوجته فكذلك عنده وعندهما يجوز لتباين الملك وكان كما لو اشتراه آخر ولقبول كل منهم بمنزلة الآخر ولذا لا تقبل شهادة أحدهما للآخر ولو اشترى وكيل البائع بأقل من الثمن الأول جاز عنده خلافا لهما لأن تصرف الوكيل عنده يقع لنفسه فلذا يجوز للمسلم أن يوكل ذميا بشراء خمر ويبيعها عنده ولكن ينتقل الملك إلى الموكل حكما فكان كما لو اشتراه لنفسه فمات فورثه البائع وعندهما عقد الوكيل كعقده ولو اشتراه وارثه يجوز في ظاهر الرواية عنهم وعن أبي يوسف لا يجوز ولو باعه المشتري من رجل ووهبه ثم اشتراه البائع من ذلك الرجل يجوز لاختلاف الأسباب شبهة وبه تختلف المسببات ولنا قال مالك واحد وقيد بقوله قبل نقد الثمن لأن ما بعده يجوز بالإجماع بأقل وكذا لو باعه بعرض قيمته أقل من الثمن وقال الشافعي لا يجوز كيف ما كان كما لو باعه من غير البائع بأقل من الثمن أو بمثله بمثل الثمن الأول وأكثر أو بعرض قيمته أقل من الثمن بجامع قيام الملك فيه لأنه هو المطلق في الأصول التي بينها وتقييده بالعرض دون أن يقول كما لو باعه بخلاف جنسه وقيمته أقل لأنه لو باعه بذهب قيمته أقل من الدراهم الثمن لا يجوز عندنا استحسانا خلافا لزفر وقياسه على العرض بجامع أنه خلاف جنسه فإن الذهب جنس آخر بالنسبة إلى الدراهم وجه الاستحسان أنهما جنس واحد من حيث كونهما أثمانا ومن حيث وجب ضم أحدهما إلى الآخر في الزكوة فيبطل البيع احتياطا والزم أن اعتبارهما جنسا واحدا يوجب التفاضل بينهما احتياطا والجواب أن مقتضى الوجه ولكن في التفاضل عند بيع أحدهما بالغير الآخر إجماع ولنا قول عائشة رضي الله عنها الخ ما نقله المص عن عائشة رضي الله عنها يفيد أن المرأة هي التي باعت زيدا بعد أن اشترت منه وحصل الربح لأن شريت معناه بعت قال تعالى وشروه بثمن بخس أي باعوه وهو رواية أبي حنيفة فإنه روى في مسنده عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأة أبي السفر أن امرأة قالت لعائشة رضي الله عنها إن زيد بن أرقم باعني جارية بثمانمائة درهم ثم اشتراها مني بستمائة فقالت أبلغيه حتى أن الله قد أبطل جهادك مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن تتوب وهذا يدل على أن ما شريت بمعنى بعت وفيه أن الذي حصل له الربح هي المرأة قال ابن عبد الهادي في التنقيح هذا إسناد جيد وإن كان الشافعي قال لا يثبت مثله عن عائشة رضي الله عنها وقول الدارقطني في العالية هي مجهولة لا يحتج بها فيه نظر فقد خالفه غير واحد ولولا أن عند أم المؤمنين علما من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن هذا محرم لم تستجز أن تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد وقال غيره هذا مما لا يدرك بالرأي والمراد بالعالية امرأة أبي إسحاق السبيعي التي ذكر أنها دخلت مع أم الولد على عائشة رضي الله عنها قال ابن الجوزي قالوا العالية امرأة مجهولة لا يحتج بنقل خبرها قلنا بل هي امرأة جليلة القدر ذكرها ابن سعد في الطبقات فقال العالية بنت أيفع بن شراحيل امرأة أبي إسحاق السبيعي سمعت من عائشة رضي الله عنها وقولها بئس ما شريت أي بعت قال تعالى وشروه بثمن بخس أي باعوه وإنما ذمت العقد الأول لأنه وسيلة وذمت الثاني لأنه مقصود بالفساد وروى هذا الحديث على هذا النحو عبد الرزاق قال أخبرنا معمر والثوري عن أبي إسحاق عن امرأته أنها دخلت على عائشة رضي الله عنها في نسوة فسألتها امرأة فقالت كانت لي جارية فبعتها من زيد بن أرقم بثمانمائة إلى العطاء ثم ابتعتها منه بستمائة فنقدته الستمائة وكتب لي عليه ثمانمائة فقالت عائشة رضي الله عنها قولها إلا أن يتوب وزاد فقالت

قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى لانه لابد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه او لانه باعتبار شبهة الربوا او لانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسري الى غيرها

المراة لعائشة رض ارايت ان اخذت راس مالي ورددت عليه الفضل فقالت فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف لا يقال ان قول عائشة رض وردها بجهالة الاجل وهو البيع الى العطاء فان عائشة رض كانت ترى جواز الاجل الى العطاء ذكره في الاسرار وغيره والذي عقل من معنى النهي انه استربح ما ليس في ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم من ربح ما لم يضمن وهذا لان الثمن لا يدخل في ضمانه قبل القبض فاذا اعاد اليه الملك الذي زال عنه بعينه وبقي له بعض الثمن فهو ربح حصل لا على ضمانه من جهة من باع وهذا لا يوجد فيما اذا اشتراه بمثل الثمن او اكثر فبطل الحاق الشافعي رح بذلك بخلاف ما لو باعه المشتري من غير البائع فاشتراه البائع منه لان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف الاعيان حكما وكذا لو دخل في المبيع عيب فاشتراه البائع باقل لان الملك لم يعد اليه بالصفة التي خرجت فلا يتحقق ربح ما لم يضمن بل يجعل النقصان بمقابلة الجزء الذي احتبس عند المشتري سواء كان ذلك النقصان بقدر ذلك العيب او دونه حتى لو كان النقصان نقصان سعر فهو غير معتبر في العقود لانه فتور في رغبات الناس فيه وليس من فوات جزء من العين وكذلك اذا اشتراه بجنس اخر غير الثمن جاز لان الربح لا يتحقق عينه مع اختلاف الجنس لان الفضل انما يظهر بالتقويم والبيع لا يعقب ذلك بخلافه بجنس الثمن الاول لظهوره بلا تقويم وقد اورد عليه تجويز كون انكار عائشة رض لوقوع البيع الثاني قبل قبض المبيع او القبض لم يذكر في الحديث قلنا لا يصح هذا لانها دسته لاجل الربا بقرينة تلاوة آية الربوا وليس في بيع المبيع قبل القبض ربا ولا يخفى ضعف هذا الجواب لان تلاوة الآية ظاهر في كونها لاشتمالها على قبول التوبة جوابا لقول المراة ارايت ان اخذت راس مالي ورددت عليه الفضل كان هذا من التوبة فتلت آية ظاهرة في قبول التوبة وان كان سوقها في القران من الربا واورد طلب الفرق بين النهي عن بيع الولد الكائن مع امه مفرزا لوجوب الفساد فلم اوجبه هذا النهي اجيب بان النهي اذا كان لامر يرجع الى نفس البيع اوجبه فان كان لامر خارج لا والنهي فيما ذكر للتفريق لا لنفس البيع حتى لو فرق بينهما بغير البيع اثم فيكره البيع في نفسه كالبيع وقت النداء وهنا هو يشبه الربا وهو مخصوص بالبيع وبشبهة الربا حكم حقيقته **قوله** ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى وهذه فرع المسئلة السابقة وهي ان شراء ما باع من المشتري باقل مما باعه به قبل نقد الثمن لا يجوز ووجهه انه لابد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى وهي التي باعها باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها وهي التي ضمت اليها واورد عليه ان علة الفساد في التي باعها ثم اشتراها لو كان اصابة حصتها اياها اقل من خمسمائة المستلزم لشرائها باقل مما باعها به لزم ان لا يفسد البيع في التي اشتراها بخمسمائة لو باعها واخرى معها بالف وخمسمائة لان عند تقسيم الثمن عليهما يصيب كلا منهما اكثر من خمسمائة فليس فيه شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن لكن ذكروا انه ايضا فاسد اجيب بان الفساد في هذه لمعنى آخر وهو تكثير جهات الجواز وليس البعض في الحمل عليه باولى من البعض فامتنع الجواز بخلاف الاكرار وامثالها حيث تتحد الجواز فيها لتعيين جهة الجواز على ما يجيء في كتاب الصرف وهذا الوجه لزم ان يمتنع ثبوت موجب موجبات شيئ فيمتنع تعدد العلل لانه يقال فيها مثل ذلك ثم لا يشيع الفساد في الجاريتين وما اشبع قول قائل اذا كثرت جهات الحل بلا معارض يحرم والحق ان بينهما فرقا فان هناك الموجبات متحققة وهنا المجوز موقوف على الاعتبار فاذا اعتبر واحد امكن اعتبار غيره لكنه لا يزيد النظر الا وكادة فان الاخر قبل الاعتبار لا وجود له ومع ذلك لا يعمل المجوز الذي وجد وتحقق بتحقق الاعتبار فليتامل وحين فهم بعض الشارحين ضعف هذا الوجه عدل الى وجه ذكر انه الوجه وهو ان من الممكنات ان يعتبر في مقابلة الجارية الاولى من الالف وخمسمائة اقل من خمسمائة واجتمع فيها محرم ومبيح فيفسد وليس هذا من المذهب في شيء بل اذا اجتمعا فيه اعتبر وجه الصحة تصحيحا كما سياتي في بيع قفيز حنطة وقفيز شعير بقفيزي حنطة وشعير حيث يصح ويتحرى للجواز اعتبار التصحيح تصرف المسلم ولا اشكال فيه على قولهما بل على قوله لان

قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى على ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز لان الشرط اولا لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه قال ومن اشترى سمنا في زق فزاد الظرف وهو عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان او امينا وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لانه منكر الزيادة

مذهب ابي حنيفة ان البيع اذا فسد بعضه فسد كله اذا كان الفساد مقارنا فدفعه المص بوجوه اولها ان الفساد فيما بيعت ولا ضعيف لاختلاف العلماء فيه كما ذكرناه من مذهب الشافعي فلم يسر الى الاخرى كما اذا اشترى عبدين فاذا احدهما مدبر لا يفسد في الاخر كذلك بخلاف الجمع بين حر وعبد واستشكل بما لو اسلم قوهيا في قوهي ومروي فانه باطل في الكل عنده وعندهما يصح في المروي كما لو اسلم حنطة في شعير وزيت عنده يبطل في الكل وعندهما يصح في حصة الزيت مع ان افساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فان اسلام هروي في هروي جائز عند الشافعي ولا مخلص منه الا بتعيين تعليل تعدي الفساد وبقوة الفساد بالاجماع عليه الى تعليله لانه يجعل الشرط الفاسد في احدهما وهو شرط قبول العقد في الهروي شرطا لقبوله في المروي ويفسد في المروي بالشرط الفاسد وفي الهروي باتحاد الجنس كذا اعترف به شمس الائمة بعد ان علل هو به في شرح الجامع ثانيها ان الفساد في الاولى لشبهة الربوا وسلامة الفضل للبائع الاول بلا عوض ولا ضمان يقابله وهو منتف في المضمومة فلو اعتبر تلك الشبهة في التي ضمت الى المشتراة اولا كان اعتبارا لشبهة الشبهة وهذا احسن من تقرير قاضي خان اعتبار الشبهة بان الالف وهو الثمن الاول على شرف السقوط لاحتمال ان يجد المشتري بها عيبا فيرده فيسقط الثمن عن المشتري وبالبيع الثاني تقع الامن عنه فيكون البائع بالعقد الثاني مشتريا الفا بخمسمائة ثالثها ان الفساد في الاول طارئ غير مقارن وله وجهان احدهما انهما لم يذكرا في العقد ما يوجب فساده فانه قابل الثمن بالجاريتين وهذه المقابلة صحيحة ولكن بعد ذلك ينقسم الثمن على قيمتهما فيصير البعض بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبع فح يفسد البيع فيما باعه وهذا فساد طرأ الان لان الانقسام بعد وجوب الثمن فلا يتعدى الى الاخر والاخر بسبب المقاصة فان المقاصة تقع بين الثمن الاول والثمن الثاني فيبقى من الثمن الاول فضلا بلا عوض وذلك لان البائع الاول لما باعهما بالف ثم اشتراها بخمسمائة قبل النقد فيتقاص خمسمائة بخمسمائة مثلها فيبقى للبائع من الثمن الاول فضل خمسمائة اخرى مع الجارية والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عند الانقسام فلا يظهر في الاخرى كمن باع عبدين صفقة وبين ثمن كل ثم الحقا في ثمن احدهما اجلا هو وقت الحصاد فسد البيع فيه ولا يتعدى الى الاخر فكذا ما نحن فيه واورد ينبغي ان يفسد العقد في الاخر لمعنى اخر وهو انه جعل قبول العقد فيما لا يصح وهو ما باعه اولا شرطا لقبوله في الاخر قلنا قبول العقد فيه ليس شرطا فاسدا الا ترى انه لو كان ثمنه مثل الثمن الاول او خلاف جنسه كان صحيحا وانما الفساد لاجل الربح الحاصل لا على ضمانه وهذا يقتصر على العبد الذي باعه اولا ولا يتعدى الى العقد الثاني وفي المبسوط لو اشتراه البائع مع رجل اخر جاز من الاجنبي في نصفه ولو ولدت الجارية عند المشتري ثم اشتراها منه باقل ان كانت الولادة نقصها جاز كما لو دخلها عيب عند المشتري ثم اشتراها منه بالاقل وان لم تنقصها لا يجوز لانه يحصل ربح لا على ضمانه قوله ومن اشترى زيتا في ظرف صورتها في الجامع محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اشترى من رجل هذا الزيت وهو الف رطل على ان يزنه بظرفه فيطرح مكان كل ظرف خمسين رطلا قال هذا فاسد وان كان قال على ان يطرح عني وزن الظرف فهو جائز لانه شرط يقتضيه العقد وهو شرط ان يعرف قدر المبيع من غير تخصيص بالثمن بخلاف قوله على ان تزنه وتطرح عنه لكل ظرف عشرة ارطال او خمسين فان البيع ح فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين فان زنة الظرف قد تكون اقل من خمسين فيكون البيع بشرط ترك الثمن عن بعض المبيع وهو نفع للمشتري وقد يكون اكثر منها فيكون البيع بشرط اعطاء ثمن لا في مقابلة مبيع وفيه نفع للبائع والمسئلة بعدها فرع عليها وهو في الجامع رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الزق كل رطل بدرهم فوزنه له بزنة فبلغ مائة وقبضه المشتري فقال وجدت الثمن تسعين رطلا والزق هذا وزنه عشرة ارطال وقال البائع كان الثمن خمسة وتسعين رطلا والزق غير هذا ووزنه خمسة ارطال فالقول قول المشتري مع يمينه الا ان يقيم البائع البينة لان هذا الاختلاف ان اعتبر خلافا راجعا الى تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض

قال وإذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خمر أو بشرائها ففعل ذلك جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما أن الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولأن ما يثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجوز ولأبي حنيفة رحمه الله أن العاقد هو الوكيل بأهليته وولايته وانتقال الملك إلى الآمر أمر حكمي فلا يمتنع بسبب الإسلام كما إذا ورثهما ثم إن كان خمرا يخللها وإن كان خنزيرا يسيبه **قال** ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد لأن هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع وشرط

ضمينا كان للغاصب وأمينا كالمودع ولأن البائع يدعي عليه حقا آخر والمشتري ينكر وإن اعتبر اختلافا في قدر الثمن المقبوض فمرجعه خلاف في قدر الثمن فالقول قول المشتري لأنه ينكر الزيادة واستشكل بمسألتين إحداهما إذا باع عبدين وقبضهما المشتري ومات أحدهما عنده وجاء بالآخر يرده بعيب فاختلفا في قيمة الميت فالقول للبائع كما سيأتي في باب التحالف والثانية أن الاختلاف في الثمن يوجب التحالف وهنا جعل القول للمشتري على تقدير اعتباره اختلافا في الثمن أجيب عن الأولى بأنها مع هذه طرد فإن كون القول للمشتري لإنكاره الزيادة وهناك إنما كان للبائع لإنكاره الزيادة وعن الثانية بأن التحالف على خلاف القياس فيما عند وروده والاختلاف في الثمن قصدا وهنا الاختلاف فيه تبع لاختلافهما في الزق المقبوض هو هذا أو لا فلا يوجب التحالف **قوله** وإذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خمر أو خنزير أو شرائهما ففعل جاز عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يدخل الخمر والخنزير في ملك المسلم الموكل فيجب أن يخلل الخمر أو يريقها ويسيب الخنزير هذا في الشراء وفيما إذا كان التوكيل بالبيع بأن كان في ملك المسلم خمر وخنزير وصورته أن يكون كافرا فيسلم عليهما ويموت قبل أن يزيلهما وله وارث مسلم فيرثهما فيوكل كافرا ببيعهما فعليه أن يتصدق بثمنهما لأن الثمن الخبيث فقد قال صلى الله عليه وسلم إن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد رحمهم الله لا يصح هذا التوكيل وحاصل الوجه من جانبهم إثبات المانع الشرعي من هذا التوكيل ومن جانبه عدم المانع بالقدح في ما جعلوه مانعا فيبقى الجواز على الأصل لهم أن الموكل لا يملك بنفسه فلا يملك توليته غيره وهذا معنى قول المصنف الموكل لا يليه فلا يوليه غيره لأنه معقول مقدم للولاية كما كان أنه لما لم يملك تزوج المجوسية لا يملك توكيل غيره بتزويجه إياها ولأن ما يثبت للوكيل من الملك ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشر الشراء أو البيع بنفسه فلا يجوز ولأبي حنيفة رحمه الله أن الوكيل في البيع يتصرف بأهلية نفسه لنفسه حتى لا يلزمه أن يضيف العقد إلى موكله وترجع حقوق العقد إليه حتى يطالب بالثمن ويرد بالعيب وهو أهل لبيع الخمر وشرائها شرعا فلا مانع شرعا من توكله والمسلم الموكل أهل لأن يثبت له ما ثبت للوكيل من ثبوت الملك كما ذكرنا من صورة ثبوت الملك الجبري له فيهما فانتفى المانع الشرعي والملازمة الشرعية امتناع التوكيل لامتناع مباشرته ممنوعة بمسائل منها أن الوكيل بشراء عبد بعينه لا يملك شراءه لنفسه ويملك التوكيل بشرائه لنفسه ومنها أن القاضي لا يملك بيع خمر أو خنزير خلفه ذمي ورجع أمره إلى القاضي ويملك توكيله به وكذا الوصي المسلم للذمي لا يملك بيع خمره ويملك التوكيل به والمريض مرض الموت لا يملك البيع بما يتغابن في مثله إذا كان عليه ديون مستغرقة ويجوز من وصيه بعد موته وكذا لا يبيع الأم عرض الولد ووصيه يبيعه إذا لم يكن من يحجبها فإن قيل إن قلت إن ملك المسلم لهما ثبت شرعا جبرا عن سبب جبري كالموت سلمناه أو عن سبب اختياري منعناه وهنا كذلك إذ التوكيل اختياري والملك يترتب عليه ولا وجود له في الشرع قلنا لحكم الثاني ونمنع أن التوكيل سبب للملك بل الشراء وإنما هو اختياري للوكيل لا الموكل وليست الوكالة سببا له بل شرط فإنما سببه اختيار الوكيل واختياره ليس لازما للوكالة ولا مسببا عنها إذ لا يلزمه الشراء بقي أن يقال إذا كان حكم هذه الوكالة في البيع أن لا ينتفع بالثمن وفي البيع أن تسيب الخنزير ويريق الخمر أو يخللها بقي تصرفا غير معقب لما يلزم وكل ما هو كذلك ليس بمشروع وقد روي عن أبي حنيفة أن هذه الوكالة مكروهة أشد ما يكون من الكراهة وهي ليست إلا كراهة التحريم فأي فائدة في الصحة **قوله** ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد لأن هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط قال الطبراني في معجمه الأوسط حدثنا عبد الله بن أيوب المقري حدثنا محمد بن سليمان الذهلي حدثنا عبد الوارث بن سعيد قال قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة فسألت أبا حنيفة عن رجل باع بيعا وشرط شرطا فقال البيع باطل والشرط باطل ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته فقال البيع جائز والشرط باطل ثم أتيت ابن أبي شبرمة فسألته فقال البيع جائز والشرط جائز فقلت يا سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسألة واحدة فأتيت أبا حنيفة رحمه الله فأخبرته فقال ما أدري ما قالا حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده

ترجمة المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لتبرئه بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عاد عن العوض فيؤدي الى الربوا او لانه يقع بسببه المنازعة فيمنع العقد عن مقصوده الا ان يكون متعارفا لان العرف قاض على القياس فلو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المظان فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا فنقول هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخلية لا الالزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه وهو الشافعي رحمه الله وان كان مخالفا في العتق وتقييده على بيع العبد تسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع تسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه

عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع وشرط البيع باطل والشرط باطل ثم اتيت ابن ابي ليلى فاخبرته فقال ما ادري ما قالا قال حدثني هشام ابن عروة عن ابيه عن عائشة رضي الله عنها قالت امرني النبي صلى الله عليه وسلم ان اشتري بريرة فاعتقها البيع جائز والشرط باطل ثم اتيت ابن شبرمة فاخبرته فقال ما ادري ما قالا قال حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر رضي الله عنه قال بعت من النبي صلى الله عليه وسلم ناقة وشرط لي حملانها الى المدينة البيع جائز والشرط جائز وكذا رواه الحاكم في كتاب علوم الحديث ومن جهته الحاكم ذكره عبد الحق في احكامه وسكت عليه وقد ظهر من هذا ان في المسئلة ثلاث مذاهب مستدل عليها فلا بد من النظر فيها فاما حديث عمرو بن شعيب فلا يحتمل الا التخصيص فحمله الشافعي رحمه الله على من منع البيع مع الشرط البيع بشرط العتق بحديث بريرة فان النبي صلى الله عليه وسلم ما روى حديثها الا الولاء وذكر الاقطع عنه انها رواية عن ابي حنيفة وحديثها في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها قالت جاءتني بريرة فقالت كاتبت اهلي على تسع اواق في كل عام اوقية فاعينيني فقالت ان احب اهلك ان اعدها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت فذهبت بريرة الى اهلها فقالت لهم فابوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه وآله وسلم جالس فقالت اني عرضت عليهم ذلك فابوا الا ان يكون لهم الولاء فاخبرت عائشة رضي الله عنها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال خذيها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن اعتق فعلت عائشة الحديث فيه دليل على جواز بيع المكاتب واحتج بالبيع وفيه ابطال قول من منع بيعه وقال انما اشترطت عائشة رضي الله عنها الولاء بسبب ما وقع في بعض الروايات وهو وان احببت ان اقضي عنك كتابتك وذلك لانه صلى الله عليه وسلم قال انما الولاء لمن اعتق ورد اشتراطهم الولاء لانفسهم والعتق من عائشة رضي الله عنها وهذا لا خلاف فيه ولو قال قائل ان الشرط اذا كان امرا لا يحل شرعا مثل ان يشترط ان لا تبيع عتقك اذا اعتقته يبطل هو دون البيع فانه لغو لا يمكن المشروط عليه ان يفعله فيتم البيع كانه لم يذكر اذا كان خارجا عن طاقة من شرط عليه امكن ويكون اصل هذا حديث بريرة واما المعتق فانما لم يخصوه به لان العام عندهم يعارض الخاص فيطلب معه اسباب الترجيح والمرجح هنا للعام وهو نهيه عن بيع وشرط هو كونه بانيا وحديث بريرة صحيح فيحمل على ما قبل النهي لان القاعدة الاصولية انما فيه الاباحة منسوخ بما فيه النهي واما حديث جابر الذي استدل به ابن شبرمة فالشرط وهو استثناء حملانه لم يقع في طلب العقد كذا قاله الشافعي ونحن كذا نقول مع الوجه الذي ذكرناه من تقديم العام فان قلت كيف قال الشافعي بافساد البيع بالشرط مع ان حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده من قبيل المرسل عند كثير من اهل الحديث قلت ذلك اذا لم يصرح فيه بجد ابيه عبد الله بن عمرو بن العاص وقد ورد عنه التصريح به فيه فيما اخرجه ابو داود والترمذي والنسائي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو ابن العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك ولهذا قال الترمذي حديث حسن صحيح وروي هذا ايضا من حديث حكيم بن حزام في موطا مالك بلاغا واخرجه الطبراني من حديث محمد بن بشير عن حكيم قال نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اربع خصال في البيع عن سلف وبيع وشرطين في بيع وبيع ما ليس عندك وربح ما لم يضمن ومعنى السلف في البيع البيع بشرط ان يقرضه دراهم وهو فرد من البيع الذي شرط فيه منفعة لاحد المتعاقدين وغير ذلك مما سيأتي قوله ثم جملة الامر فيه اي في الشرط انه اما يقتضيه العقد كشرط ان يحبس المبيع الى قبض الثمن ونحوه فيجوز لانه مؤكد لموجب العقد او لا يقتضيه لكن ثبت تصحيحه شرعا كالاجل له كشرط الاجل في الثمن والثمن في السلم وشرط الخيار فكذلك هو الصحيح لاجماع على ثبوته شرعا رخصة او لا تقتضيه وليس مما ثبت كذلك لكنه متعارف كشرط النعل على ان يحذوها البائع او يشترك فهو جائز ايضا لما سيأتي وكذا اذا لم يكن كذلك ولكن يتضمن التوثق بالثمن كالبيع

ثم اعتقد المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة رح وقالا يبقى فاسدا حتى
يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر ولابي حنيفة ان شرط العتق من حيث
انه لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر وعلى
لا يسترد العتق ويرجع بنقصان العيب فاذا تلف من وجه آخر لم يتحقق الملائمة فيتقرر الفساد
واذا وجد العتق تحققت الملائمة فترجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا

بشرط كفيل بالثمن حاضر وقبل الكفالة او بان يرهنه به رهنا معلوما بالاشارة او التسمية فهو جائز ايضا على الصحيح خلافا لزفر فان حاصله التوثق
للثمن فيكون كاشتراط الجودة فيه فهو مقرر لمقتضى العقد ولو لم يكن الكفيل حاضرا وقبل او غائبا فحضر قبل ان يتفرقا وكفل وشرط الحوالة كالكفالة و
الرهن مسمى ولا مشار اليه لا يجوز بالاتفاق ولان وجوب الثمن في ذمة الكفيل يضاف الى البيع فيصير الكفيل كالمشتري فلا بد من حضوره العقد
بخلاف الرهن لا يشترط حضرته لكن مالم يسلمه للبائع لا يثبت فيه حكم الرهن وان انعقد عقد الرهن بذلك الكلام فان سلم مضى العقد على ما عقد
وان امتنع عن تسليمه لا يجبر عندنا بل يومر بدفع الثمن فان لم يدفع الثمن ولا الثمن خير البائع في فسخ وشرط الحوالة كالكفالة وان كان الشرط مما لا يقتضيه ولا يلائم
ما ذكرنا فاما فيه منفعة لاحد المتعاقدين او المعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق كان اشترى حنطة على ان يطحنها البائع او يبرزها في دار شهرا
وثوبا على ان يخيطه فالبيع فاسد وكذا شرط ان لا يبيع المشتري العبد لانه يعجبه ان لا تتداوله الايدي وكذا على ان لا يخرجه من مكة مثلا وفي
الخلاصة اشترى على ان يبيعه جاز وعلى ان لا يبيعه من فلان لا يجوز لان له طالبا وكذا اذا كانت المنفعة لغير العاقدين والمعقود عليه ومنه اذا باع ارضا على ان يبني بها مسجدا او حنطة
على ان يتصدق به فهو فاسد اما لو كان المبيع ثوبا او حيوانا غير آدمي فقد خرج الجواز مما ذكر في المزارعة من ان احد المزارعين اذا شرط في المزارعة
ان لا يبيع الآخر نصيبه او نهيه مع ان المزارعة عقد مشاركة والشرط باطل لانه ليس لاحد العاملين فيه منفعة وكذا ذكر الحسن في المجرد قال المص وهو الظاهر من المذهب
لانه اذا لم يكن من اهل الاستحقاق انعدمت المطالبة والمنازعة فلا يؤدي الى الربا وما ابطل الشرط الذي فيه المنفعة البيع الا لانه يؤدي اليه لانه زيادة
عارية عن العوض في عقد البيع وهو نفي معنى الربا ومن مثل الباطل بيع العبد على ان يعتقه المشتري او يكاتبه او يدبره والشافعي يخالفنا في شرط
العتق في احد قوليه فيصححه ثم ان اعتقه المشتري فذاك والا يجبر البائع في فسخ العقد ولا يجبر عليه في قول بعض اصحابه وفي قول آخرين يجبر قال
المص ويقيسه الشافعي على بيع العبد نسيئة ثم فسره بان يبيعه ممن يعلم انه يعتقه لا ان تشترط فيه ذلك وعلى تفسير المص هذا يتحقق صورة القياس
واما على تفسيره بان يباع بشرط عتقه فلا يصح لانه نفس المقيس عليه الا انه قوله لا ان يشترط فيه يفهم من قوله ان تفسيره بما ذكر مخالف لتفسير
الشافعي بذلك فتفاه وح يقوى الاعتراض عليه بانه ح لا قياس قال فالحجة عليه ما ذكرناه يعني من الحديث والمعنى وانت علمت انه يرجع
الى تخصيص العام بالخاص كيف ما وجد وهو مذهبه ولهذا خصصه بحديث بريرة وجوابه ان ليس في حديث بريرة اصطلاح ان البيع كان بشرط
العتق بل كان على وعد العتق منها وح فليس من التخصيص منع بيع بشرط في شيء ولا يصلح البيع ممن يظن عتقه اصلا لقياس البيع بشرط
عتقه لعدم الجامع ونسيئة منصوب على الحال بمعنى معرضا للعتق وعبر بالنسيئة عنه لكثرة ذكرها فيما اذا اعتقت في مثل قوله صلى الله عليه
وآله وسلم فك الرقبة واعتق النسمة فصيرت كالاسم لما عرض للعتق فعوملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الفعل قوله فلو اعتقه المشتري
الخ هذا فرع على قولنا بفساد البيع بشرط العتق وهو ان المشتري بهذا الشرط لو اعتقه بعد ما قبضه عتق ثم عند ابي حنيفة يرجع البيع صحيحا حتى
يجب الثمن عنده وعندهما لا يعود صحيحا فتلزمه قيمته واما لو اعتقه قبل القبض فلا يعتق بالاجماع لانه لا يملكه قبل القبض لفساد البيع وجه قولهما انه
تلف بعد ان ملكه بالقبض في بيع فاسد فلا ينقلب جائزا كما لو تلف بوجه آخر من موت او قتل او بيع او هبة وقياسا على تدبيره واستيلادها
فان هناك الضمان بالقيمة اتفاقا فهو آوفي بالشرط اعتبارا لحقيقة الحرية بحق الحرية ولابي حنيفة ان شرط العتق وان كان لا يلائم العقد
على ما ذكرناه يعني قوله لان تقييد العقد الاطلاق في التصرف والتخيير الخ ولكنه من حيث حكمه وهو ثبوت الحرية يلائمه لانه اي العتق منه

قال وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري درهما او على ان يهدي له هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه عم نهي عن بيع وسلف. ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى النبي عم عن صفقتين في صفقة

للملك الذي هو اثر البيع والشيء بانتهائه يتقرر وجوده والفاسد لا تقرر له فيكون صحيحا ولذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب اذا اطلع عليه بعد ان اعتقه بخلاف ما اذا تلف بوجه آخر لانه لا يصير به هذا الشرط ملائما فيبقى على مجرد جهة المفسد وكذا الموت لا ينقلب صحيحا لان بموته لا يصير شرط العتق ملائما وهو المنظور اليه في افساد العقد وتصحيحه وكون شيء آخر كالموت ونحوه ملائما لا يصير به هذا الشرط الذي وقع مفسدا ملائما واما شرط التدبير والاستيلاد فكذلك لا يصير العقد صحيحا اذا دبره المشتري او استولدها لانه لا يصير به شرط التدبير والاستيلاد ملائما لانه يتعين امتناع ورود الملك عليه ولم يوجد بجواز ان يحكم قاض بصحته بينهما فيتقرر الفساد وارد لما كان فعل هذا الشرط مصححا ينبغي ان يكون العقد صحيحا في الابتداء عند اشتراطه اجيب بانه من حيث هو مخالف لا يقتضيه العقد وانما يلائمه باعتبار حكمه فعلمنا في الابتداء قبل تحققه بمقتضى ذاته وعند تحقق حكمه بفعله بمقتضى حكمه ولو اشترى امة بشرط ان يطأها المشتري او لا يطأها فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح يجوز في الاول لانه لائم للعقد قلنا الملائم له اطلاق الوطء لا الزامه وعند محمد يصح فيهما الاول لابي يوسف والثاني ان لم يقتضه العقد ولا يرجع نفعه لاحد فهو شرط لا طالب له قوله وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري دراهم او على ان يهدي له هدية او ثوبا على ان يقطعه المشتري قميصا او قباء فهو فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وقد ورد في عين بعضها نهي خاص وهو نهيه صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع وسلف اي قرض ثم خص شرطي الاستخدام والسكنى بوجه معنوي فقال ولانه لو كان الخدمة والسكنى بمقابلهما شيء من الثمن بان يعتبر المسمى ثمنا باذا اجرة المبيع وباذا اجرة الخدمة والسكنى يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن صفقتين في صفقة فيتناول كلا من الاعتبارين المذكورين رواه احمد عن اسود بن عامر عن شريك عن سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن ابيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن صفقتين في صفقة اما ثبوته فقد رواه البزار في مسنده عن اسود بن عامر ايضا واعل بعض طرقه ورجح وقفه وبالوقف رواه ابو نعيم الحافظ وابو عبيد والقاسم بن سلام واما معناه ففسره المص بما سمعت وفسره ابو عبيد والقاسم بن سلام بان يقول الرجل لرجل ابيعك هذا النقد بكذا او نسيئة بكذا ويفترقان عليه انتهى ورواية ابن حبان للحديث موقوفا الصفقتين في الصفقتين ربا يؤيد تفسير المص مع انه اقرب تبادرا من تفسير ابي عبيد واكثر فائدة فان كون الثمن على تقدير النقد الفا وعلى تقدير النسيئة الفا فان ليس فيه معنى الربا بخلاف اشتراط نحو السكنى والخدمة واعلم انه روي عن رسول الله صلى الله عليه والسلام انه نهى عن بيعتين في بيعة ويظهر من كلام بعض من يتكلم في الحديث ظن انه معنى الاول وليس كذلك بل هذا اخص منه فانه في خصوص من الصفقات وهو البيع وفسره الشافعي رح بان يقول ابيعك داري هذه بكذا على ان تبيعني غلامك بكذا واذا وجب لي غلامك وجبت لك داري وهذا حديث صحيح رواه الترمذي والنسائي وقال الترمذي حسن صحيح ورواه مالك بلاغا وفي فتاوى الولوالجي لو قال بعتك هذه الدار بالف على ان تقرضني فلان الاجنبي عشرة دراهم فقبل المشتري ذلك البيع لا يفسد البيع لانه لا يلزم الاجنبي لانه لو لزمه فاما بطريق الضمان عن المشتري او بطريق الزيادة في الثمن لا وجه الى الاول لانه ليس في ذمة المشتري فكيف يتحملها الكفيل ولا الى الثاني لانه لم يقبل على الى ضامن واذا لم يلزم الاجنبي لا يفسد البيع ولا خيار للبائع لانه لم يثبت انما ثبت اذا لم يسلم له ما يشترط في البيع على المشتري او بطريق الزيادة في الثمن لا وجه الى الاول لانه ليس في ذمة المشتري فكيف حكي عن ابي الحسن الكرخي انه يجوز وهو خلاف ظاهر الرواية استبعده ابو بكر الخصاف فرع باع امة بشرط ان يطأها المشتري

قال ومن باع عينا على ان يسلم الى رأس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع المعين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيلحق بالديون دون الاعيان قال ومن اشترى جارية الا حملها فالبيع فاسد لان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد لان الاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح التخصيص هذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة ما يمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى حد منها لان الميراث لا يجري فيما

اذا لا يفسد البيع عند ابي حنيفة فيهما لما ذكر من ان مقتضى العقد الاطلاق وهذا تعيين احد الجائزين وعند ابي يوسف يفسد في الثاني لما قلنا فيصح في الاول لان التقدير تنصيصه وعند محمد يصح فيهما ولو كان في الشرط ضرر كان شرطا ان لتخصيص اجنبيا لا يفسد العقد وذكر القدوري انه يفسد ولو لم يكن فيه منفعة ولا مضرة كان اشترى طعاما بشرط ان ياكله او ثوبا بشرط ان يلبسه جاز وذكر الامام قاضي خان العقود التي تتعلق تمامها بالقبول اقسام ثلاثة قسم يبطل بالشرط الفاسد وجهالة البدل وهي مبادلة المال بالمال كالبيع والاجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد ولا جهالة البدل وهو معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد وقسم له شبه بالبيع والنكاح وهو الكتابة يبطلها جهالة البدل ولا يبطلها الشرط الفاسد وفي الخلاصة التي تبطل بالشروط الفاسدة ولا يصح تعليقها بالشرط ثلاثة عشر البيع والقسمة والاجارة والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين وعزل الوكيل في رواية شرح الطحاوي وتعليق ايجاب الاعتاق بالشرط والمزارعة والمعاملة والاقرار والوقف في رواية وما لا يبطل بالشرط الفاسد ستة وعشرون الطلاق والخلع ولو بغير مال والعتق بمال وبلا مال والرهن والقرض والكفالة والصدقة والوصاية والشركة والمضاربة والقضاء والامارة والتحكيم بين اثنين عند محمد خلافا لابي يوسف والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة والنسب والكتابة وافتداء العبد ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة التي فيها القصاص حالا ومؤجلا وجناية الغصب والوديعة والعارية اذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة او كفالة وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب وتعليق الرد بخيار الشرط بالشرط وعزل القاضي والنكاح لا يصح تعليقه ولا اضافته لكن لا يبطل بالشرط ويبطل الشرط وكذا الحجر على الماذون لا يبطل الحجر ويبطل الشرط وكذا الهبة والصدقة والكفالة بالشرط المتعارف تصح هي والشرط بغير المتعارف يبطل وتصح الكفالة انتهى فالحاصل ان كل ما كان من قبيل التمليكات او التقييدات لا يصح تعليقه فمن الاول الاقرار والابراء ومن الثاني عزل الوكيل والحجر على العبد والرجعة والتحكيم عند ابي يوسف من قبيل التمليكات فلا يتعلق وعند محمد يتعلق لانه من اطلاق الولاية كالقضاء والاذن والايصاء والوكالة وان جعل الوكالة في شرح الطحاوي من قبيل التمليكات بل هي بالولايات اشبه قوله ومن باع عينا على ان لا يسلمه

اليه الى رأس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع المعين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرط ترفيها فيلحق بالديون لانها ليست معينة في المبيع فيصح الاجل الترفيه بخلاف المبيع المعين فانه معين حاضر فلا فائدة الى الزامه تاخير تسليمه اذ فائدة الاستحقاق به هو حاصل فيكون ضررا بالبائع من غير نفع للمشتري قوله ومن اشترى جارية الا حملها افسد البيع والاصل المهد لتعريف ما يصح استثناؤه من العقد وما لا يصح استثناؤه وهو ان ما لا يصح افراده بالعقد ابتداء لا يصح استثناؤه من العقد وما يصح صح والحمل مما لا يصح افراده بالعقد فلا يصح استثناؤه وهذا وهو كون الحمل لا يصح افراده بالعقد لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة كرجل الشاة واليتها حتى انه يتعرض عنها بالتعرض واطراف الحيوان لا تفرد بالعقد اجماعا ومن فرد عقد بتلك الصبرة الا قفيزا منها بكذا يجوز لان افراد قفيز منها بالبيع يجوز ولو قال بتلك على هذا القطيع من الغنم الا شاة منها بالف لا يجوز لانه لا يجوز شراء شاة من هذا القطيع بغير عينها بخلاف ما لو استثنى هذه الشاة فانه يجوز لانتفاء الجهالة حيث يجوز جوازا افرادها بالعقد وكذا الحال في كل عدد متفاوت ومنه ما اذا باع حيوانا واستثنى ما في بطنه لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل واما ان لا يفرد بالعقد لا يجوز استثناؤه فلان الاستثناء انما يخرج بعض ما تناوله الصدر عن حكمه وما يدخل تحت ما تناوله اللفظ كالمفاتيح لا يتناولها اسم الدار فلا يستثنى واما قول المصنف الاصل تناولها اي الاصل والتبع فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلا يفيد لان الاستثناء ليس الا اخراج بعض من الحكم الصدر حكمه لموجبه فلو صح ذلك بطل الاستثناء واصلاحه ان يزيد بالتناول فيها الحكم بطريق التبعية والاستثناء يكون على خلاف الموجب اي طريق

قال ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة ما مر

الاستثناء وبيعه لا حقيقة موجبة وذلك لا يجوز واذا لم يصح الاستثناء بقي شرطا فاسدا وفيه نفع للبائع والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تتعلق بالشروط الفاسدة والاحسن ان يقال تبطل بالشروط الفاسدة لانها عقود معاوضة فيجعل بطلانها بالشروط الفاسدة اثر التشابه وتعليل المشابهة بانها عقود معاوضات الا ان المفسد في الكتابة شرط فاسد تمكن في صلب العقد وهو ما يقوم به العقد مثل ان يكاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة لتمكن الشرط المفسد في صلب العقد بخلاف البيع فانه يفسد بالشرط الكائن في صلب العقد وغيره وانما اختص فساد الكتابة بالشرط بذلك لشبهة الاعتاق والنكاح من حيث ان احد البدلين ليس بمال في حق نفسه وكونه معاوضة انما هو بالنسبة الى السيد في الانتهاء وكان له شبهان شبه بالبيع وشبه بما ليس بمعاوضة فيفسد بالمفسد القوي وهو ما تحقق في صلب العقد باعتبار شبهه للبيع ولم يفسد بما ليس كذلك لشبهه بالعتق والنكاح وهما لا يفسدان مطلقا بالشرط الكائن في صلب العقد ولا في غيره واما الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فلا تبطل بالشروط الفاسدة وتبطل بالشرط فلا يبطل باستثناء الحمل فلو قال وهبتك وتصدقت عليك بهذه الجارية الا حملها او تزوجت على هذه الجارية او اخلعني عليها الا حملها او اجعلها بدل الصلح الا حملها صحت هذه التصرفات وبطل الاستثناء ويدخل الحمل والهبة فان كانت من قبيل التمليكات لكن عرف بالنص انها لا تبطل بالشرط الفاسد لانه صلى الله عليه والسلام اجاز العمرى بشرط عود العمر فيصير العمرى لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر واما الوصية فلا تبطل باستثناء الحمل بل تصح بالاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري في الحمل بخلاف ما اذا استثنى خدمتها بان اوصى بجارية الا خدمتها او الا غلتها حيث لا يصح الاستثناء لان الميراث لا يجري في الخدمة والغلة بانفرادها حتى لو اوصى بخدمة الجارية وغلتها لفلان فمات فلان بعد صحة الوصية لا ترث ورثته خدمتها ولا غلتها بل تعود الى ورثة الموصي بخلاف ما لو اوصى بحمل جارية لآخر حيث يصح ويكون حملها له وارد على الاصل ان الخدمة يصح افرادها بالوصية فيجب ان يصح استثناؤها اجيب بدليل قولهم كلما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة في الاجارة ولم يلزم كلما لا يصح اجرة لان الوصية ليس عقدا حتى صح قبول الموصى له بعد موت الموصي والعقد بعد الموت لا يصح فلا يرد نقضا فرع باع صبرة بمائة الا عشرها فله تسعة اعشارها بجميع الثمن ولو قال على ان عشرها لي فله تسعة اعشارها بسبعة اعشار الثمن خلافا لما روي عن محمد انه بجميع الثمن فيهما وعن ابي يوسف لو قال ابيعك هذه المائة شاة بمائة على ان هذه لي او لي هذه فسد ولو قال الا هذه كان ما بقي بمائة ولو قال ولي نصفها كان النصف بخمسين ولو قال بعتك هذا العبد بالف الا نصفه بخمسمائة عن محمد جاز في كله بالف وخمسمائة لان المعنى باع نصفه بالف لان الباقي بعد الاستثناء فالنصف المستثنى عن بيعه بخمسمائة ولو قال على ان لي نصفه بثلثمائة او مائة دينار فسد لادخال صفقة في صفقة ولو قال بعتك الدار الخارجة على ان يجعل لي طريقا الى داري هذه الداخلة فسد البيع ولو قال لا طريقا الى داري الداخلة جاز فطريقه عرض باب الدار الخارجة ولو باع بيتا على ان لا طريق للمشتري في الدار وعلى ان بابه في الدهليز يجوز ولو زعم ان له طريقا فظهر ان لا طريق له يرد ولو باعه بالف دينار الا درهما او الا ثوبا او الا كر حنطة او هذه الشياه الا واحدة لا يجوز ولو كانت بعينها جاز ولو باع دارا على ان لا بناء فيها فاذا فيها بناء البيع فاسد لانه يحتاج الى نقض البناء ولو باعها على ان بناءها من آجر فاذا هو لبن فهو فاسد بناء على انهما جنسان كما لو باعه ثوبا على انه هروي فظهر بلخيا ولو باع الارض على ان فيها بناء فاذا لا بناء فيها وكذا اذا اشترى شجرا وليس فيها شجر جاز وله الخيار وكذا لو باع بعلوها وسفلها فظهر ان لا علو لها ومثله لو اشترى باحد جانبيها قوله

ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد باجماع الائمة الاربعة لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقتين في صفقة على ما مر من امتناع الصفقتين في صفقة الا ان هذا على تقدير واحد وهو كون الخياطة تقابلها شيء من الثمن فهو شرط اجارة

قال ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البائع او يشركه فالبيع فاسد **قال** ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بيناه في الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب للتعامل جوزنا الاستصناع **قال** والبيع الى النيروز والمهرجان صوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع لابتنائها على المكاسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالايام معلومة فلا جهالة فيه **قال** لا يجوز البيع الى صرام النخل والحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتاخر ولكن الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة مغتفرة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيها ولانه معلوم الاصل الا ترى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بالتاجيل فلان يحتمل في الوصف اولى

في بيع وما تقدم كان كذلك على ذلك التقدير وعلى تقدير عدم المقابلة يكون اعارة في بيع **قوله** ومن اشترى نعلا على ان يحذوها البائع المراد اشترى زوجا على ان يجعله البائع نعلا له فاطلق عليه اسم النعل باعتبار اوله اليه ويمكن ان يراد حقيقته اسم لنعل رجل واحد على يحذوها ان يجعل معها مثالا آخر ليتم نعلا للرجلين ومنه حذوت النعل بالنعل اي قدرته بمثال قطعته ويدل عليه قوله او يشركه فجعله مقابلا لقوله نعلا ولا معنى لان يشتري زوجا على ان يجعل له شراكا فلا بد ان يراد حقيقة النعل فالبيع فاسد قال المصنف ما ذكره يعني القدوري جواب القياس ووجهه ما بيناه من انه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وفي الاستحسان يجوز البيع ويلزم الشرط للتعامل كذلك ومثله في زماننا شراء النعلات على هذا الوجه اي على ان يسوي له سيرا وصار كصبغ الثوب مقتضى القياس منعه لانه اجارة عقدت على استهلاك عين مع المنفعة وهو عين الصبغ ولكن جوز للتعامل ومثله اجارة الظئر مع لزوم استهلاك اللبن جاز للتعامل لكن في الفوائد المستحق بالاجارة فعل الصبغ والحضانة في استيجار الصباغ والظئر والصبغ واللبن الة فعلها للتعامل جوزنا الاستصناع مع انه بيع المعدوم ومن انواعه شراء الصوف المنسوج على ان يجعله البائع قلنسوة او قلنسوة بشرط ان يخيط بها البائع بطانته من عنده وهذا نوع آخر من الشرط وهو البيع بشرط ان يفعل كذا وما تقدم كان المشروط معدوما فيشترط ان يفعل فمن هذا ذكر هشام عن محمد اشترى شاة على انها حامل يفسد البيع وعن الشافعي قولان واصحهما يصح وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وقال بعض اصحابه في غير الاداني اما في الجواري يصح قولا واحدا وهو قولنا ذكر هشام عن محمد اشترى جارية على انها حامل يجوز البيع الا ان يظهر ان المشتري يريد بها للظئرة فيفسد فلا يخفى ما فيه بعد فرض ان المشتري علم ذلك بل شرطه وكونه اشترى خلاف ما يحصل غرضه لا يوجب فسادا بعد الرضا به وعن الهندواني في شرط الحبل من البائع لا يفسد لان البائع يذكره على بيان العيب عادة ولو وجد من المشتري يفسد لانه ذكره على وجه اشتراط الزيادة ولو اشترى سمسما او زيتونا او حنطة على ان فيها كذا دهنا او نخرج كذا دقيقا فالبيع فاسد وبه قال الشافعي ولو شرط في الشاة انها حلوب او لبون لم يذكره محمد واختلف فيه فالكرخي يفسد والطحاوي لا يفسد وهو قول الشافعي لانه مرغوب فيه والوجه ان لا يجوز لوقوع المنازعة في ان معنى الحلوب ما يكون لبنها هذا المقدار او اكثر من هذا الى غاية كذا ولو كان منفعة الشرط لغير العاقدين كالبيع على ان يقرض فلانا كذا ففيه اختلاف المشايخ وقال محمد كل شيء يشترط على البائع يفسد به البيع او اشترط على اجنبي فهو باطل وكل شيء يشترط عليه لا يفسد به اذا شرط على اجنبي فهو جائز ويخير المشتري كالبيع بمائة على ان يخيط فلان الاجنبي عشرة جاز البيع ويخير المشتري ان شاء اخذه بمائة وان شاء ترك عن ابي يوسف لو اشترى على ان يهب البائع للمشتري او لفلان الاجنبي دينارا من الثمن فالبيع فاسد وفي المنتقى خلافه فيما اذا كانت الهبة من المشتري قال لو اشترى على ان يهب له دينارا من الثمن جاز وهو حسن لان حاصل هذا احاطة مشترطة وما لها الى الشراء بالثمن الا نقص ولو باع رقبة الطريق على ان له حق المرور او السفل على ان له قرار العلو جاز ولو باع عبدين على انه شريك المشتري في نصف هذا فسد ولو قال في نصفهما جاز كما لو باع هذا الثوب وقال انا شريكك في نصفه ومقتضى النظر ان يجوز الاول ايضا لانه في الحاصل بيع احدهما بعينه ونصف الآخر بما اعطاه منفعة ولا مانع من ذلك ولو باع هذا بالف الا نصفه بست مائة فقد باع نصفه باربعمائة **قوله** والبيع الى النيروز وهو يوم في طرف الربيع واصله نوروز عرب وقد تكلم عمر رضي الله عنه فقال كل يوم لنا نوروز حين كان الكفار يتهجون به والمهرجان يوم في طرف الخريف معرب مهركان وقيل هما عيدان للمجوس وصوم النصارى وفطر اليهود واذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل وعرف بهذا التعليل ان المراد بالموجل هنا هو الثمن لا المبيع لان مجرد تاجيل المبيع مفسد ولو كان الى اجل معلوم فلا يناسب تعليل فساد تاجيل المبيع بجهالة الاجل وبقوله اذا لم يعرف الخ ان الف ما التاجيل الى هذه بناء على عدم معرفة

بخلاف البيع فانه لا يصح في اصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات حيث يجوز لان هذا تاجيل في الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد

خصوص اوقاتها عند المسلمين فلو كانا يعلمان ذلك صح قيل وتخصيصه اليهود بالنظر ظاهر في ان ابتداء صومهم غير معلوم والحاصل ان المفسد الجهالة فاذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الاوقات جاز ولذا قال او كان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم الايام معلومة خمسة وخمسون يوما واعلم ان كون التاجيل في الثمن يصح اذا كان الاجل معلوما هو في الثمن الدين اما لو كان ثمنا عينا فيفسد البيع بالاجل فيه للمعنى الذي ذكرنا ومفسد التاجيل المبيع عند قوله ومن باع عينا على ان لا يسلمه الى راس الشهر وقوله لا تبنائها على المماكسة المماكسة استنقاص الثمن والمكاس والمكاس في معناه وهو موجود في البيع عادة وهو يوجب المنازعة فكانت المنازعة ثابتة في البيع لوجود موجبها في الجملة وعند جهالة وقت القبض يحصل اخرى على وجه يضر بالدين والنفس فلا يشرع العقد مع ذلك وحقيقة هذا يصح تعليلا لقولنا لا تحمل البيع هذه الجهالة اليسيرة بخلاف الكفالة ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج والحصاد بفتح الحاء وكسرها ومثله القطاف وهو للعنب والدياس وهو دوس الحب بالقدم لينفشر واصله الدوس بالواو لانه من الدوس قلبت الواو ياء للكسرة قبلها والجزاز اي جز صوف الغنم لانها تتقدم وتتاخر وذكر شمس الائمة ان المراد به جذاذ النخل ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة هي قريب تداركها وازالة جهالتها وتحليل الدليل كهذا هذه جهالة يسيرة وكل جهالة يسيرة متحملة في الكفالة لانها عقد تبرع مبني على المسامحة فهذه متحملة فيها وعلى هذا فالسؤال المورد من قبل شمس الائمة وهو كون الجهالة اليسيرة متحملة في موضع لا يدل على ان يكون التاجيل الى هذه الاوقات المجهولة متحملا الا ترى ان الصداق يتحمل الجهالة حيث يتحمل جهالة وصفه ثم لا يصح فيه اشتراط هذه الاجال سؤال اجنبي عن هذا المحل ثم اجاب بان الاصح صحة هذه الاجال في الصداق خلافا لقول البعض انها لا يصح تاجيل الصداق اليها وانما يرد هذا اذا قيل الجهالة اليسيرة متحملة في الصداق كجهالة الوصف فيورد عليه النقض بعدم تحمل جهالة هذه الاجال ويجاب بما ذكره وقوله لاختلاف الصحابة اخرجه مخرج الاستدلال على انها جهالة يسيرة فان من الصحابة من اجاز بالكائنة رض اجازت البيع الى القطاف وابن عباس رض منهم وبه اخذنا ولو كانت جهالة قوية لم يختلفوا في عدم الصحة معها وقد قالوا ان القطاف كان لا يتقدم ولا يتاخر فجاز كونها اجلا اذا ذاك لصدق الخلفاء الراشدين في ميعادهم في صرفه واما الآن فيتاخر عن مواعيدهم كثيرا فلا يصح التاجيل اليه الآن فان صح هذا فكيف يتصور من ابن عباس خلافه والظاهر انه كان يتقدم ويتاخر قليلا بنحو يوم او يومين فاقرته عائشة رض واعتبره ابن عباس رض ثم قيل اليسيرة ما يكون الموجب للجهالة التردد في التقدم والتاخر والفاحشة هي ما يكون التردد في نفس الوجود كهبوب الريح وقوله ولانه معلوم الاصل اي ولان الدين معلوم فاعاد الضمير عليه لانه لازم للكفالة ان يستلزم دينا يعني الاصل وهو الدين معلوم والجهالة في وصفه وهو كونه موجلا الى كذا الذي قد تقدم ويتاخر وقوله الا ترى الخ ابتداء لا تعليل لقوله لانه معلوم الاصل وحاصله انه اثبت كون الجهالة يسيرة باختلاف الصحابة في مثلها وبان الدين المكفول به معلوم الاصل فلم تبق جهالته الا في الوصف وجهالة الوصف يسيرة ثم ارتفع الى اولوية صحة هذه الاجال في الكفالة بان بعض الكفالة يحتمل جهالة الاصل كالكفالة بما ذاب لك على فلان والذوب غير معلوم الوجود فلان تحتمل جهالة الوصف فيه اولى بخلاف البيع فانه لا يحتملها في اصل الثمن فكذا في وصفه فاتجه عليه ان يقال لا يلزم من عدم تحمل الاصل الثمن الجهالة عدم تحمل وصفه وهو اخف لان الاصل اقوى اجيب بان الاشتراك في العلة يوجبه في الحكم وعلة عدم تحملها في الاصل الافضاء الى المنازعة وهو موجود في جهالة الوصف ثم اعاد ان ما ذكره من عدم تحمل البيع جهالة

[illegible]

هذه الآجال هو اذا ذكرت في الاصل للتعارف اذا اعتقد بلا اجل وهو قوله بخلاف ما اذا باع مطلقا اي عن ذكر الاجل حتى انعقد صحيحا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات فانه يجوز التاجيل بعد الصحة كالكفالة تحمل الجهالة اليسيرة ولانه تاجيل دين من الديون بخلافه في صلب العقد لانه يبطل الشرط الفاسد وقبول هذه الآجال شرط فاسد قوله ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا على اسقاط الاجل قبل ان يحيى بان استقطا وقبل ان يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا كما جاز اذا اعتقد بلا اجل ثم الحق هذه الآجال وقال زفر لا يجوز وتقييده بهذه الآجال لانها تتراخى نحو التاجيل بهبوب الريح ونزول المطر فانه لو اجل بها ثم اسقطه لا يعود صحيحا اتفاقا وجه قوله ان العقد فاسد فلا ينقلب جائزا كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل كالاشهاد عليه بعد عقده بلا شهود ولا ينقلب جائزا وبيع الدرهم بالدرهمين اذا اسقطا الدرهم لا يعود صحيحا ولنا ان الجهالة المانعة من لزوم العقد ليس في صلب العقد بل باعتبار امر خارج هو الاجل وصلب العقد البدلان مع وجود المقتضي للصحة وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي فاذا زال المانع قبل وجود ما يقتضي ما يوقعه سبب الفساد وهو المنازعة عند المطالبة الكائنة عند مجيء الوقت ظهر عمل المقتضي وهو معنى الاقالة صحيحا بخلاف ما قاس عليه من الاشهاد المتاخر فان عدم الاشهاد عدم الشرط وبعد وقوع المشروط فاسد لعدم الشرط لا ذلك بعينه صحيحا مثلا اذا صلى بلا وضوء ثم توضأ لا تصير تلك الصلاة صحيحة وانما نظيره ما نحن فيه ان يتوضأ قبل عمل المفسد وهو عدم الشرط ذلك قبل الصلاة واما النكاح الى اجل فليس هو عقد النكاح بل عقد اخر لا وجود له في الشرع بعد نسخ المتعة وعقد من العقود لا ينقلب عقدا اخر فلا يصح اسقاط الدرهم لان الفساد في صلب العقد والذي يحتاج بعد هذا الى الجواب ما اذا اسقط الشرط على الخمر فيما اذا باع بالف رطل خمر نص محمد على جواز البيع والاقالة صحيحا ذكره في اخر الصرف اللهم الا ان يقال هو بيع للالف الثمن في بيع المسلم بخلاف ما اذا باع بالخمر فانه ح يتعين كون الخمر هو الثمن فيفسد اذ لا متبع هناك هذا والحاق زفر بالنكاح الى اجل بطريق الالتزام فانه يجيز النكاح الموقت وقوله في الكتاب تراضيا اي تحول القدوري قوله ومن جمع بين عبد وحر او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما سواء فصل ثمن كل واحد او لم يفصل وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد بما سمى له وكذا في الذكية واذا لم يسم بطل بالاجماع ولقول ابي حنيفة رح قال مالك وعن الشافعي رح واحمد كل من القولين وعلى الخلاف ما اذا باع دنين خلا فاخذهما خمر ولو جمع بين عبده ومدبره وبين عبده وعبد غيره ولم يفصل الثمن صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند الثلاثة وقال زفر فسد فيهما وترك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر واجمعوا انه لو باع عبدين فاستحق احدهما لا يبطل البيع في الاخر لزفر الاعتبار بالفصل الاول وهو ما اذا جمع بين عبد وحر ولم يفصل ثمن كل بجامع انه باع ما لا يصح بيعه مع ما يصح مجموعا صفقة وهو يوجب انتفاء محلية البيع بالاضافة الى المجموع اذ يصدق ان الكل من حيث هو كل ليس بمال ولهما في الاول ان الفساد لا يتعدى محل المفسد ولبعد تفصيل الثمن لقصر المفسد وهو عدم المحلية على الحر ونحوه فلا يتعدى الى غيره لانه بلا موجب لان كلا منهما قد انفصل عن الاخر بتفصيل الثمن الا ترى انه لو هلك احدهما قبل القبض بقي العقد في الاخر لو كان كل منهما عبدا وصار كما لو جمع بين اخته واجنبية في عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل منهما لان الفساد في الثمن لجهالة ثمنه ولابي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين اعني الجمع بين الحر والعبد والجمع بين الاجنبية واخته والمدبر والعبد ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا والبيع صفقة واحدة بدليل انه ليس للمقابل ان يقبل في احدهما بعد حصول القبول العقد في كل شرطا في بيعه الاخر فقد شرط في قبول العقد قبوله في الحر وهو شرط فاسد فيبطل بيع العبد بخلاف النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد اما بيع هؤلاء فموقوف على القضاء في المدبر ورضاء المكاتب في الاصح خلافا للماروي عن ابي حنيفة وابي يوسف واجازة ذلك الغير فقد وخلوا في العقد

فصل في احكامه

واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي رح لا يملكه وان قبضه لانه مخطور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد وكذا لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدراهم لنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي لقرر المشروعية عندنا لا لقضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك وانما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد دنيا لامتناع عن المطالبة اولى ولان السبب ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة المشاع لتيسر كمال فانعدام الركن ولو كان الخمر مثليا فهلك خرجا ويأخذ هو من الخمر الواجب القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع وهو ظاهر الا انه يكتفي به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد استحسانا وهو الصحيح لان البيع تسليطه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق لم يخرجه كان عين التسليط السابق كذا القبض في مجلس العقد الصحيح

لقيام المالية على قول بعض المجتهدين في ام الولد ايضا فدخلوا ايضا على قول ابي حنيفة وابي يوسف الا ان المالك اي مالك ذلك العبد المضموم الى عبد الباقي باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم نفسهم ردوا البيع بعد وجوده فيما يقبله وهذا في ام الولد بناء على صحة القضاء ببيعها عندهما خلافا لمحمد وهو بناء على ان اجماع التابعين لاحق بل يرفع خلاف الصحابة السابق عندهما لا يقوى لرفع خلاف الصحابة وعند محمد نعم ولذا صح القضاء ببيعها عندهما نظرا الى الخلاف وعنده لا نظر الى الاجماع وارتفاع الخلاف مع ان قول ابي عبيدة لعلي لما قال له رأي ان نهن بيعن رأيك في الجماعة احب الينا من رأيك وحدك ظاهر في ان اكثر الصحابة كانوا على منع بيعها او كلهم الا عليا وقد ذكر الكرخي رجوع ابي يوسف في مسئلة الطوق والجارية اذا باعهما بثمن موجل كما يجيء في الصرف فاستدلوا به على رجوعه في جميع هذه المسائل اذا الفرق بينها لا يتضح كذا في المبسوط قيل ينبغي ان يكون الجمع بين متروك التسمية عامدا وبين الذبيحة كالجمع بين القن والمدبر على قول ابي حنيفة لضعف الفساد في متروكها لاجتهاد واجيب بالفرق بانه لا يحل بالقضاء ويصح بيع المدبر والاجتهاد فيه غير معتبر بل لنص الاجتهاد خطأ للصادمة ظاهر النص او قد يجعل الخلاف بينهم بناء على الخلاف في تعدد الصفقة واتحادها فقد تقدم اول كتاب البيع ان تعددها عندهما بتعدد الثمن وتفصيله وعنده لا يحصل بذلك التعدد بل لا بد مع ذلك من تكرار لفظ البيع وما في الذخيرة ان البائع اذا فصل الثمن وسمى لكل ثمنا على حدة واتحد الباقي كانت الصفقة متحدة هو قول ابي حنيفة واورد من قبلهما ان قبول العقد فيما لا يصح شرطه ليس فيه منفعة فلا يكون مفسدا واجيب بمنع اشتراط النفع في افساد الشرط اولا وليس بشيء ثم لو سلم ففيه نفع لان في قبوله قبول بدله وهو المال تتقوم والحر ليس بمال فيكون بدله خاليا عن العوض فيكون ربا وقوله فكان هذا يعني رد البيع اشارة الى البقاء يعني دخولهم تحت البيع لان رد المبيع بدون انتقاده لا يصح فاذا خرجا بعد دخولهم لا يكون فيه بيع بالحصة ابتداء بل بقاء كما اذا باع عبدين فهلك احدهما قبل القبض ينفسخ البيع فيه وحده ويجب حصة الآخر من الثمن واذا كان المدبر وما معه محلا للبيع لم يكن جهة مع القن تفسد اشتراط قبول العقد في غير المبيع قوله في الكافي جمع بين وقف وملك والملك مصحح في الملك في الاصح وقال الحلواني يفسد فيهما ثم رجع وقال جاز في الملك كما في العبد والمدبر ولو باع مركبا فيه مسجد قديم ان كان عامرا يفسد البيع والا لا وكذا في المقبرة ولو اشترى دارا فيه طريق العامة لا يفسد البيع والطريق عيب ولو اشترى دارا لطريقها ثم استحق الطريق ان شاء امسكها بحصتها وان شاء ردها ان كان الطريق مختلطا بها وان كان متميزا لزمه الدار بحصته ومعنى اختلاطه كونه لم يذكر له الحدود وفي المنتقى اذا لم يكن الطريق محدودا فسد البيع والمسجد الخاص كالطريق المعلوم ولو كان مسجد جماعة فسد البيع في الكل وفي بعض النسخ ولو كان مسجدا الجامع فسد في الكل وكذا لو كان مهدوما او ارضا ساحة لا بناء فيها بعد ان يكون اصله مسجد جامع كذا في المجتبى والظاهر ان هذا متفرع على قول ابي يوسف رح في المسجد الا ان كان من ريعه معلوم يعاد به ولو باع قرية وفيها مسجد واستثنى المسجد جاز ✦

فصل في احكامه

قال واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع صريحا او دلالة كما سيأتي وفي العقد عوضان كل منهما مال ملك البائع ولزمته قيمته ومعلوم انه اذا لم يكن فيه خيار شرط لان ما فيه من الصحيح لا يملك بالقبض فكيف بالفاسد ولا يخفى ان لزوم القيمة عينا انما هو بعد هلاك المبيع في يده اما مع قيامه في يده فالواجب رده بعينه وقال الشافعي لا يملكه وان قبض لانه اي البيع الفاسد محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد بين المشروعية والنهي والمراد ان النهي يتضمن انتفاء المشروعية ولهذا اي كونه غير مشروع لا يفيد الملك قبل القبض ولو كان مشروعا لثبت قبله كما في البيع الصحيح وصار كما اذا باع الخمر بالميتة او باع الخمر بالدراهم فان الاتفاق على انه لا يفيد الملك في الوجهين وما ذلك الا لانتفاء مشروعية السبب ولنا ان ركن العقد صدر من اهله في محله ولا خفاء في الاهلية ولا في المحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام

وشرطان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع هو مبادلة المال بالمال فيجري عليه البيع بالبينة والدم والخمر والميتة
مع في الثمن مع اللزومية قيمة فيه ان القيم فانا في ذوات الامثال يلزم المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى واعدل من المثل معنى

اي الكلام مفروضا فيما اذا كان في العقد عوضان هما ما لان قوله نعمة الملك لا تنال بالمحظور قلنا ممنوع بل ما وضعه الشرع سببا لحكم اذا نهى
عنه على وضع خاص ففعل مع ذلك الوضع رأينا من الشرع انه اثبت حكمه واثمه اصله الطلاق وصنعه لازالة العصمة ونهى عنه بوضع خاص
وهو ما اذا كانت المرأة حائضا ثم رأيناه اثبت حكم طلاق الحائض فازال به العصمة حتى امر ابن عمر بالمراجعة رفعا للمعصية بالقدر الممكن واثم المطلق
فصار هذا اصلا في كل سبب شرعي نهى عن مباشرته على الوجه الفلاني اذا باشر معه يثبت حكمه ويعصى به وقوله النهي نسخ المشروعية بمعنى يفيد
انتفاءها مع الوصف فنقول ما تريد بانتفاء مشروعية السبب كونه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف او كونه لا يفيد حكمه ان اردت الاول سلمناه
ومنعنا انه مع ذلك لا يفيد حكمه مع الوصف المقتضي للنهي كما اريناك من الشرع وان اردت الثاني فهو محل النزاع وهو موضع مصادرة حيث جعلت
محل النزاع جزء الدليل لا يقال فلا فائدة للنهي ح لان فائدة التحريم والتأثيم وهو موضع النهي فانه للتحريم او لكراهة التحريم اذا كان ظني الثبوت
وهذا بخلاف ما اذا لم يكن الثابت ركن العقد بان لم يكن مالا بان عقد على الحر او الميتة لعدم الركن فلم يوجد السبب اصلا فلا يفيد الملك فوضعنا
الاصطلاح على الفاسد والباطل باعتبار اختلاف حكمهما تمييزا قسمينا ما لا يفيد حكمه باطلا وما يفيده فاسدا اخذا من مناسبة لغوية تقدمت
اول باب البيع الفاسد ولا خفاء في حسن هذا التقدير ان شاء الله تعالى وكفاية واما قول المصنف وغيره من المشائخ النهي يقرر المشروعية لاقتضائه
التصور يريدون ان النهي عن الامر الشرعي يقرر مشروعيته لان النهي عن الشيء يقتضي تصور المنهي عنه والا لم يكن للنهي فائدة فليس بذلك لان
كونه يقتضي تصور المنهي عنه بمعنى امكان فعله مع الوصف المشير للنهي لا يفيد لانه اذا فعل هذا المتصور يقع غير مشروع وان اراد والتصوره
شرعا اي ما ذونا فيه شرعا فممنوع فان قالوا نريد تصوره مشروعا باصله لا مع هذا الوصف الذي هو مشير النهي قلنا سلمناه ولكن الثابت
في صورة النهي هو المقرون بالوصف فهو غير مشروع معه والمشروع وهو اصله بمعنى البيع مطلقا عن ذلك الوصف غير الثابت ههنا فلا
فائدة في هذا الكلام اصلا اذ نسلم انه مشروع باصله اعني ما لم يقرن بالوصف وهو مفقود فلا يجدي شيئا وح قوله فنفس البيع مشروع
وبه تنال نعمة الملك يقال عليه ما تريد بنفس البيع الذي ليس فيه الوصف الذي هو متعلق النهي او ما فيه ان قلت الذي ليس فيه سلمناه وبه
تنال نعمة الملك لكن الثابت البيع الذي ليس كذلك وهو ما فيه الوصف المشير للنهي فلا تنال به نعمة الملك فيحتاج الى ما قررناه من منع ان السبب
اذا كان مع النهي لا يفيد الملك الى آخر ما ذكرنا ولنا قوله انما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء فالمراد ان يجمع بين ما نحن فيه وبين البيع وقت
النداء في ثبوت الملك عند عدم كون النهي لعين المنهي عنه كما اذا كان مع عدم ثبوت الركن والا فالنهي للمجاور يفيد الكراهة لا الحظر والنهي للوصف
اللازم كما نحن فيه يفيد الحظر هذا لا اقول وبالله التوفيق مع ذلك ان الخمر والخنزير ليس بمال في شريعتنا فان الشارع اهانها بكل وجه حتى لعن
حاملها ومعتصرها مع انها مفقودة حال الاعتصار بل الموجود ح نية ان يصير خمرا وبانها واكل ثمنها وهي مال في شرع اهل الكتاب على زعمهم وحيث
امرنا ان نتركهم وما يدينون فقد امرنا باعتبار تسميتهم اياها وبيعهم بها فاذا كان احد العوضين خمرا او خنزيرا في بيع المسلم فهو باطل لا يفيد الملك في البدل
الآخر وان كانا ثمنا وان كان في بيعهم فصحيح والله اعلم وقوله وانما لا يثبت الملك قبل القبض الى آخره جواب عن مقدر هو انه اذا كان هذا البيع يفيد
حكمه فما وجه تراخيه عنه الى وقت القبض فاجاب وحاصل الوجه فيه انا قد رأيناك انه بسبب محظور وان ما هو سبب محظور طلب الشرع رفعه
بالقدر الممكن وان رتب حكمه كما هو امر بمراجعة الحائض فوجب ذلك في البيع وحيث امرنا باعدامه بعد فعله صار فيه ضعف ورأينا حكم السبب

قال ولكل واحد من المتعاقدين فسخه دفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وامكان الفساد بشرط زائد فلم يلحقه الشرط لذلك بخلاف من عليه لقوة العقد الا انه لا يتحقق المراضاة في حق من له الشرط

فيتأخر عنه في الشرع لسبب من الاسباب فاخرنا عالى القبض فانه به يتأكد العقد فيوجب ح حكمه كالهبة لما ضعف السبب لم يثبت الملك فيها الا بالقبض وقوله كيلا يؤدي الى تقرير الفساد الى زيادة تقريره فان المبادرة اليه تزيد وجوده اح انه واجب الرفع فلا يفعل ذلك وقوله وان كان الخمر ثمنا فقد خرجناه يريد ما قدمه من بطلان البيع اذا كانت مبيعا لان في جعلها المقصود بالعقد اعزازا لها قوله وثمنا اخر اي وجه آخر لبطلان العقد اذا كانت مبيعة وهو ان الواجب ح تسليم قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليمها وتسلمها والقيمة لا يكون الا دراهم او دنانير فتصير القيمة مبيعة لقيامها مقام مبيع وهو خلاف وضع الشرع في سائر البياعات من ان المقابل للسلع من النقود ثمن لا يقال لا مانع من ذلك بان الدراهم والدنانير اذا قوبلت بمثلها صار كل منهما مبيعا وثمنا والخمر قد قوبلت بالدراهم فاذا نزلت القيمة مكانها صارت دراهم مقابلة بدراهم لانا نقول الثابت هنا كون كل مبيعا وثمنا وهنا يلزم مبيعا ليس غير وقد يقال لما كان الواجب بقبض المبيع في الفاسد القيمة لا الثمن والمدفوع في بيع الخمر قيمتها اي الصرف فتكون القيمة مبيعة وثمنا كالقيمة التي يدفعها المشتري ثم شرط في الملك ان يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر من المذهب الا انه يكتفي بالاذن دلالة كما اذا اجبره فقبضه في مجلس العقد ولم يمنعه البائع استحسانا هو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم يمنعه ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق اما اذا كان امره بالقبض فانه يملكه ولو كان القبض مع غيبة البائع ولو قيل لا نسلم ان هذا البيع تسليط لما تقدم من ضعفه عن افادة حكمه بنفسه وهذه هو وجه الرواية المقابلة للصحيح وتسمى الرواية المشهورة والجواب ان ضعفه انما يؤثر منع ثبوت حكمه بمجرده لا منع قبضه مطلقا وصار كالهبة في ضعف السبب مع ان القبض فيها في مجلس العقد يصح استحسانا واثر الضعف يكفي فيه كون التسليط الذي يثبته مفيدا بالمجلس حتى لو قبضه في غير ذلك المجلس بحضرته ولم ينهه لا يصح قبضه قياسا واستحسانا وعن الهندواني انه قال يجب ان يكون القبض بعد الافتراق عن المجلس بغير اذنه اذا كان ادى الثمن مما يملكه البائع اخذا من اطلاق ما يأتي واما ما ذكر في الماذون من اشتراط اذن البائع في صحة القبض بعد الافتراق فتأويله اذا لم ينقد الثمن او كان الثمن خمرا مثلا حتى لا يملك بالقبض فاما اذا ملك به فلا يحتاج الى الاذن ويكون قبض الثمن منه اذنا بالقبض وفي المجتبى في التخلية اختلافات الروايات والاصل انها ليست بقبض وفي الخلاصة التخلية كالقبض في البيع الفاسد في بيت الحاج الكبير وفي المحيط باع عبدا من ابنه الصغير فاسدا واشترى عبده لنفسه فاسدا لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله وفي جمع التفاريق لو كان وديعة عنده وهي حاضرة ملكها وقوله فيخرج عليه اي على اشتراط المال في البيع الفاسد عدم البيع وبطلانه بالميتة والدم والحر والبيع بالريح والبيع مع نفي الثمن كلها باطلة لعدم المال في العوض والبيع بالريح بحسب ما يقال من المهملات الكلامية وقيد بنفي الثمن لانها لو سكتا عن الثمن فلم يذكراه بنفي ولا اثبات انعقد فاسدا وثبت الملك بالقبض موجبا للقيمة لان مطلق البيع يقتضي المعاوضة فاذا سكت عن عوضه كان عوضه قيمته وكانه باعه بقيمته فينعقد البيع وقوله لزمته قيمته يعني يوم القبض ولو زادت قيمته في يده فاتلفه لانه انما دخل في ضمانه بالقبض فلا يعتبر كالغصب وقال محمد عليه قيمته يوم اتلفه لانه بالاستهلاك تقرر عليه الضمان فتعتبر قيمته ح كذا في الكافي وهذا في ذوات القيم واما في ذوات الامثال فيلزمه المثل ومنها العدديات المتقاربة لانه مضمون بنفسه اي لا بالقيمة واحترز به عن البيع الصحيح هذا والقول في القيمة والمثل قول المشتري لانه الضامن فالقول له في القدر والبينة بينة البائع

قوله ولكل واحد من المتبايعين فسخه دفعا للفساد اي للمعصية فرفعه حق لله تعالى فان نفس العقد مكروه والجري على موجبه بالتصرف في المبيع بتمليك او انتفاع بوطء او لبس او اكل كذلك اي يكره لما فيه من تقرير المعصية وهي كراهة التحريم والوجه ان يكون حراما لان الاجماع على منعه

قال فان باعه المشتري نفذ بيعه لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع

شرعا قطعي يوجب الحرمة وعرف من تعليل المص برفع المعصية ان الواجب ان يقال وعلى كل واحد فسخه غير انه اراد مجرد بيان ثبوت ولاية الفسخ فوقع تعليله اخص من دعواه وحاصل المنقول في المسئلة انه اذا كان الفساد في صلب العقد وهو ما يرجع الى الثمن والمثمن كبيع درهم بدرهمين او ثوب بخمر فيملك كل فسخه بحضرة الاخر عندهما لانه وان كان حق الشرع ففيه الزام موجب الفسخ فلا يلزمه الا بعلمه وعند ابي يوسف بغير حضرته ايضا ولم يحك المص هذا الخلاف وان كان الفساد بشرط زائد كالبيع على ان يقرضه ونحوه او الى اجل مجهول فكل واحد يملك فسخه قبل القبض واما بعد القبض فيستقل منه له منفعة الشرط والاجل بالفسخ كالبائع في صورة الاقراض والمشتري في الاجل بحضرة الاخر دون من عليه عند محمد رح لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة عليه صح فسخه لانه يقدر ان يسقط الاجل فيصح العقد فاذا فسخه فقد ابطل حقه لقدرته على صحيح العقد وعندهما لكل منهما حق الفسخ لانه مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد والعقد اذا كان غير لازم تمكن كل من فسخه كذا في الذخيرة والايضاح والكافي فعلى هذا المذكور هنا قول محمد وحده وهذا اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص ما لو زاد المشتري في يد المشتري زيادة متصلة متولدة من الاصل او لا او منفصلة كذلك او انتقص بآفة سماوية او بفعل الغير بائعا او مشتريا او اجنبيا فسنذكره وقوله لانه الخ جواب سؤال يرد على قوله لقوة العقد وهو انه لما كان قويا ينبغي ان يكون لاحد ولاية الفسخ وان كان له منفعة الشرط فاجاب بان القياس ذلك الا انه لما لم يتحقق الرضاة في حقه كان له الفسخ

قوله فان باعه اي باع المشتري ما اشتراه شراء فاسدا بيعا صحيحا نفذ بيعه لانه ملكه فكذا التصرف وسقط حق البائع الاول في الاسترداد لتعلق حق العبد بالعقد الثاني ونقض الاول ما كان الا لحق الشرع وحق العبد عند معارضة حق الله تعالى يقدم باذن الله تعالى لغناه سبحانه وسعة عفوه وجوده وفقر العبد وضيقه ولا ينتقض بالصيد اذا احرم مالكه وهو في يده حيث يلزم اطلاقه فقدم حق الشرع على العبد لانا نقول الواجب عليه اطلاقه لا اخراجه عن ملكه فيطلقه بحيث لا يضيع عليه وهذا جمع بين الحقين ولا ينتقض باسترداد وارث البائع اذا مات البائع من المشتري مع انه تعلق به حق العبد وهو الوارث لان الحق المتعلق للوارث هو نفس الحق الذي كان للمشتري وكان مشغولا بحق البائع في الرد فينتقل اليه كذلك اما الموصى له بالمبيع فكالمشتري الثاني فليس لوارث البائع استرداده منه لان له ملكا متجددا بسبب اختياري لا ينصرف من المشتري ولو قيل المشتري الثاني ايضا انما ينتقل اليه المبيع مشغولا بذلك الحق لان ذلك كان فيه للبائع الاول وليس في قدرته ان يبطل حقه فلا يصل ما باعه الى المشتري الا مشغولا بذلك احتاج الى الجواب وايضا الاول مشروع باصله لا وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه لزيادة قوته ولانه اي المبيع الثاني حصل بتسليط من جهة البائع اي البائع الاول لان التمليك منه مع الاذن في القبض تسليط على التصرف فلا يتمكن من الاسترداد من المشتري الثاني والا كان ساعيا في نقض ما تم به ويؤدي الى المناقضة قيل عليه فهدم تمكنه من الاسترداد في بيع نفسه اولى والجواب انه قبل بيع المشتري وتصرفه لم يكن باسترداده ساعيا في نقض ما تم به لان الكائن من جهته تسليطه على البيع وتمامه بان يفعل المسلط وهذا التسليط نفسه معصية فجعل له رحمة عليه ان يتدارك بالتوبة وذلك يكون قبل الفوات بفعل المسلط فاذا لم يتدارك حتى فعل وتعلق به حق عبد فقد فوت على نفسه المكنة بتقصيره وحقيقة الحال ان حق كل من البائع والمشتري ليس له الا ليتدارك رفع معصيته بالتوبة وشيء اخر حتى تعلق حق عبد من المشتري والموهوب له والموصى له فقد فوته اما الوارث فانه مأمور بخلاص ميته من المعصية ما امكن فشرع له ذلك الحق لذلك وهذا بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة بالبيع والهبة فالا يمنع حق الشفيع وله ان ينقض هذه التصرفات ويأخذها بالشفعة وان تعلق به حق الغير لان حق الشفيع

قال ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه واعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا انه ملكه بالقبض فينفذ تصرفاته بالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ولانها تنتهي شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا قال وليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه في حيوته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها دينا

وحق البائع حق العبد فيعارضه ويترجح التسليم لانه اسبق ولانه لم يوجد من التسليم تسليط على الشراء كما في البيع وارد فينبغي ان يكون حق المشتري احق من حق الشفيع لانه ثابت فيكون ناسخا اجيب بانه انما يفسخ اذا كان مثله في القوة والسبق من اسباب الترجيح فترجح الشفعة **قوله** ومن اشترى عبدا بخمر المراد اشترى عبدا شراء فاسدا بخمر او غيره فاعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا من انه ملكه بالقبض فينفذ تصرفاته فيه وانما وجبت القيمة لانه بالاعتاق قد هلك فوقع الاياس عن الاسترداد فتعينت القيمة وبالبيع والهبة انقطع حق الاسترداد على ما مر في المسئلة قبلها من انه تعلق به حق العبد اعني المشتري الثاني والاسترداد لحق الشرع وحق العبد مقدم فقد فوت المكنة بتاخير التوبة والكتابة والرهن بعد قبضه نظير البيع يعني اذا كاتب العبد المبيع بيعا فاسدا او رهنه فهو نظير البيع لانهما لازمان لحق العبد فينقطع حق الاسترداد فتلزمه القيمة الا انه يعود بعجز المكاتب وفك الرهن ولا فائدة في تخصيصهما بذلك بل يعود حق الاسترداد في البيع والهبة اذا انتقضت هذه التصرفات بالرد بالعيب والرجوع في الهبة ولو بلا قضاء لانه عاد الى قديم ملكه ثم حق الاسترداد انما يعود اذا لم يقض بالقيمة على المشتري فان قضي بها عليه ثم عاد الى ملكه ليس للبائع ان يسترده لتحول حقه عن العين الى القيمة كالعبد المغصوب اذا ابق فقضي على الغاصب بقيمته ثم رجع ليس للمالك اخذه لما قلنا وقوله وهذا بخلاف الاجارة فانه اذا اجر المشتري شراء فاسدا لا ينقطع به حق الاسترداد لان الاجارة تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر والنكاح كالاجارة لانه عقد على منفعة فاذا زوج المشتري الجارية المشتراة شراء فاسدا كان للبائع ان يستردها لان حق الزوج في المنفعة لا يمنع حق البائع في الرقبة ولانه لا يفوته ملك تلك المنفعة فان مع الاسترداد النكاح قائم كما لو زوجها البائع نعم تصير بحيث لا منفعة وعدم شهوتها بعد مبيا غير انه اذا ظفر بها له وطيها ولان الاجارة تنعقد شيئا فشيئا فيكون الاسترداد بالاضافة الى المنافع التي لم تحدث امتناعا عن العقد عليها ولو قطعت يد العبد المشتري شراء فاسدا واخذ المشتري الارش او ولدت الجارية واخذ موجب ذلك للبائع الفسخ ويرد الزيادة عليه ولو قطع الثوب وخاطه او بطنه وحشاه تقطع الاسترداد وكما في الغصب ولو صبغه فعن محمد رح يخير البائع بين اخذه واعطاء ما زاد الصبغ فيه وتركه وتضمين قيمته كالغصب والحاصل ان كل تصرف لو فعله الغاصب انقطع به حق المالك اذا فعله المشتري انقطع به حق الاسترداد للبائع وذكر الكرخي ان الصبغ بالصفر يمنع الاسترداد وعن محمد رح انه كالغصب ولا يمنع الاسترداد بموت المشتري فيسترد البائع من الوارث ولا بموت البائع فيسترده وارثه من المشتري وزيادة المشتري شراء فاسدا لا يمنع الاسترداد الا اذا كانت بفعل المشتري كالخياطة والصبغ ونقصانه بفعل المشتري او بفعله في نفسه او بآفة سماوية لا يمنع فيسترده البائع مع ارش النقصان وليس له ان يتركه عليه ويضمنه تمام القيمة وان كان بفعل اجنبي فله ان ياخذ الارش من المشتري وان شاء اخذه من الجاني وفي قتل الاجنبي ليس له تضمين الجاني ولو وطئ المشتري الجارية لا يمتنع الرد منه ولا الاسترداد من البائع فلو رد او استرد لزمه العقر للبائع اما ان اتلفها ضمن قيمتها **قوله** وليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن قيل يعني القيمة التي اخذها من المشتري وليس بلازم بل قد يكون ذلك او الثمن الذي تراضيا عليه كيف كان ليس له اخذه حتى يرد ما اخذه لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وعلى هذا الاجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض الفاسد اعتبارا بالعقد الجائز اذا اقرضه فلا يستطيع ان يحبس ما استاجره حتى ياخذ الاجرة التي دفعها للموجر وكذا المرتهن حتى يقبض الدين لان هذه عقود معاوضة فتجب التسوية بين

قال ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة رح ورواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية وقالا ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتاخير بخلاف حق البائع ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه وكذلك يعقوب في حفظه الرواية عن ابي حنيفة رح وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف

البدلين ولو مات البائع بيعا فاسدا او الموجر اجارة فاسدة والرهن او المقرض كذلك فالذي في يده المبيع او الرهن احق بثمنه من غرماء الميت لانه تقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته الا ان الرهن مضمون بقدر الدين والمشتري بقدر ما اعطى فاقتصا فلغرماء بخلاف ما اذا مات المحيل وعليه دين ولم يقبض المحتال الدين او الوديعة من المحال عليه فانه لا يختص المحتال بدين الحوالة او الوديعة مع ان دين المحيل صار مشغولا بحق المحتال كما في الرهن لان الاختصاص انما يوجبه ثبوت الحق مع اليد لا مجرد الحق ولا يد للمحتال ثم ان كانت الدراهم الثمن التي دفعها قائمة بعينها اخذها المشتري بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح خلافا لما ذكر ابو حفص رح انها لا تتعين كما في البيع الصحيح وهو رواية كتاب الصرف ورواية ابي سليمان تتعين وهو الاصح لكن سياتي ما يقوي رواية ابي حفص رح لان البيع الفاسد بمنزلة الغصب والثمن في يد البائع كالمغصوب وان كانت مستهلكة قال المص رح اخذ مثلها وكذا ذكر قاضي خان وذكر في الفوائد الظهيرية وفخر الاسلام وجماعة من شراح الجامع الصغير انه يباع المبيع لحق المشتري فان فضل شيء حمل دفعه يصرف الى الغرماء ولا شك انه غير لازم لان الواجب له بعد الاستهلاك مثل حقه والمستهلك وهو الدراهم قوله ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري او غرس فيها اشجارا فعليه قيمتها وانقطع حق البائع في استردادها بالبناء والغرس وقال ابو يوسف رح ومحمد رح ينقض البناء ويقلع الغرس وتسترد الدار لهما ان حق الشفيع في الدار التي يستحق فيها الشفعة اضعف من حق البائع بيعا فاسدا في الاسترداد بدليل انه يحتاج في ثبوت الملك له في الدار الى القضاء ويبطل بالتاخير بعد العلم ولا يورث حق هذا البائع في الاسترداد ولا يتوقف على قضاء ولا يبطل بالتاخير ويثبت لورثته والاتفاق على ان حق الشفعة الاضعف لا يبطل بالبناء والغرس فاقواهما وهو حق البائع اولى ان لا يبطل بهما فيثبت بدلالة ثبوته ولابي حنيفة رح ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط البائع فينقطع به حق الاسترداد كالبيع والهبة بخلاف حق الشفيع فانه وان كان اضعف لم يوجد ما يبطله وهو تسليطه على الفعل اعني البناء فعمل بمقتضاه وهو النقض والقلع ولهذا لا يبطل بالبيع والهبة ايضا بل ياخذها من يد المشتري الثاني بالشفعة لان البيع ليس بتسليط منه وهذه المسئلة من المسائل التي انكر فيها ابو يوسف رح الرواية لمحمد رح على الوجه المذكور في الجامع فقول المص رح وشك يعقوب رح في حفظ الرواية عن ابي حنيفة رح بذلك قالوا شك في حفظ الرواية عنه لا في مذهبه يعني ان مذهبه معروف انه لا ينقض البناء ولكن تجب القيمة على المشتري فان محمدا نص على هذا الاختلاف في كتاب الشفعة فانه قال فيه اذا بنى في الدار المشتراة شراء فاسدا فللشفيع الشفعة عند ابي حنيفة رح وعندهما لا شفعة فهذا دليل على ان الرواية عن ابي حنيفة رح ثابتة لان حق الشفعة في الدار المبيعة بيعا فاسدا مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد فلولا قوله بانقطاع حق الاسترداد بالبناء لم يوجب الشفعة فيها غير ان حكاية شمس الائمة قول ابي يوسف رح لمحمد رح ما رويت لك عن ابي حنيفة رح انه ياخذ قيمتها وانما رويت لك ان ينقض البناء وقال محمد رح بل رويت لك انه ياخذ قيمتها صريح في الانكار لا في الشك وصريح في انه نقل عن ابي حنيفة رح ما يوافق مذهبهما وعدم الخلاف وقول المص رح فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف معناه ان حق الشفعة وجودا وعدما مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وجودا وعدما فوجوده مبني على عدمه وعدمه على وجوده وعلى هذا فثبوته على الاختلاف بالجر وجماعة من الشارحين قالوا وثبوته بالرفع مبتدا وعلى الاختلاف خبره وهو عطف على مبني والمعنى ثبوت حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوت حق الشفعة على الخلاف فعند ابي حنيفة رح يثبت حق الشفعة فهو قائل بانه لم ينقطع وعندهما لا يثبت حق الشفعة فيثبت حق الاسترداد والاقرب ان الاوجه ثبوته بثبوت انقطاع حق البائع

قال ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيمكن الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا تتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث لعدم الملك عند ابي حنيفة رحمه الله يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن عند فساد الملك فينقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة على العتبرة دون النازل عنها

في الاسترداد والمعنى حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوت انقطاعه به على الخلاف عندهما لا ينقطع فله القطع والهدم وعندهما ينقطع فلا يتمكن والتفقت الروايات ان طلب حق الشفعة في البيع الفاسد يعتبر وقت انقطاع حق البائع لا وقت الشراء واورد على ابي حنيفة رح لما وجب نقضها لحق الشفيع وفيه تقرير الفساد فاولى ان يجب نقضها لحق البائع وهو اقوى وفيه اعدام الفساد واجيب بمنع الملازمة فان البائع جاز ولا جناية من الشفيع فلا يلزم من النقض لاجل من لا جناية منه النقض لمن جنى فان قيل اذا نقض البناء والغراس لاجل الشفيع ينبغي ان يعود حق البائع في الاسترداد كما اذا فسخ البيع عن العبد اجيب بان المانع من الاسترداد انما يزول بعد ملك الشفيع فيثبت حق نقض البناء والغرس حكما لملكه هذا وقولهما اوجه لان قول ابي حنيفة ان البناء مما يقصد به الدوام يمنع للاتفاق في الاجارة على ايجاب القلع فظهر انه قد يقال للبقاء وقد لا فان قال المستاجر يعلم انه يكلف القلع ففعله ذلك دليل على انه لم يرد البقاء قلنا المشتري شراء فاسدا ايضا يكلف القلع عندنا وقولك لا يلزم ذلك محل النزاع فاقل الامر ان يعلم الخلاف ويجوز ان يكلف النقض ففعله مع ذلك دليل قصده عدم البقاء الا مدة ما واما تعليل بعضهم له بانه اتصل به حق العبد فصار كالبيع فيعيد عن الصواب لان ذلك فيما اذا كان العبد عبدا آخر اشتراه ممن اشتراه شراء فاسدا وقبل الهبة فيه بطريق صحيح وهاهنا فيه نفس العاقد الجاني بعقده هو الذي بنى فلا يستحق بجنايته وفعله المقر لمعصيته ان يقطع حق القاصد للتوبة وهو في الحقيقة حق الله تعالى بخلاف ما اذا فعل به حق من لا جناية منه فانه جل وعلا اذن في تقديم حقه قوله ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها المشتري وربح فيها تصدق بالربح ويطيب لبائعه ما ربح في الثمن الذي قبضه من المشتري اذا عمل فربح والاصل في هذا ان المال نوعان نوع لا يتعين في عقود المعاوضات كالدراهم والدنانير ونوع يتعين وهو ما سواهما والخبث نوعان خبث في البدل لعدم الملك في المبدل وخبث لفساد الملك فالخبث لعدم الملك يعمل في النوعين حتى ان الغاصب او المودع اذا تصرفا في المغصوب والوديعة وما عرض او نقد وادى ضمانهما وفضل ربح وجب التصدق به عند ابي حنيفة ومحمد لانه بدل مال الغير فيما يتعين فيثبت فيه حقيقة الخبث وفيما لا يتعين ان لم يكن ما اشتراه به بدل مال الغير لان النقد لا يتعين بل يثبت في الذمة لكنه انما توسل الى الربح بالمغصوب والوديعة فتمكن فيه شبهة الربح بمال الغير من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع ان نقد الدراهم المغصوبة او نقد من الثمن ان اشار الى الدراهم المغصوبة ونقد من غيرها فيتصدق به لان الشبهة معتبرة كالحقيقة في ابواب الربا والخبث لفساد الملك دون الخبث لعدم الملك فيوجب شبهة الخبث فيما يوجب فيه عدم الملك حقيقة الخبث وهو ما يتعين كالجارية في مسئلتنا ويتعدى الى بدلها وشبهة الشبهة فيما يوجب فيه عدم الملك الشبهة وهو ما لا يتعين وشبهة الشبهة غير معتبرة لان اعتبار الشبهة خلاف الاصل بالنص وهو نهيه عن الربا والربية فلا يتعدى الا اعتبارا دونها كشبهة شبهة الشبهة ولم يفسد باب التجارة وهو مفتوح فلذا قال تصدق المشتري بالربح فيها ويطيب للبائع ما ربح في الثمن ولا شك ان هذا انما هو على الرواية القائلة لا يتعين النقود في البيع الفاسد اما على الرواية القائلة يتعين فحكم الربح في النوعين كالمغصوب لا يطيب وقد ذكر المص ان رواية التعيين في البيع الفاسد هو الاصح فحينئذ الاصح وجوب التصدق على البائع ايضا بما ربح في الثمن غير ان هذه المسئلة بهذا التفصيل في طيب الربح صحيح الرواية في الجامع فان فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رح في رجل اشترى من رجل جارية بيعا فاسدا بالف وتقابضا وربح كل واحد منهما فيما قبض قال يتصدق الذي قبض الجارية بالربح ويطيب الربح للذي قبض الدراهم رح فالاصح ان الدراهم لا تتعين في البيع الفاسد لا كما قال وقول المص لا يتعين في العقود اي عقود البياعات بخلاف ما سواها من الشركة والوديعة والغصب وقول بعضهم احترز به عن الوديعة والغصب والسرقة انما يصح لو كان لفظ البياعات اخرج المعاوضات مذكور المص وليس

قال ومن ادعى على آخر مالا فقضاه اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد هلك المدعى في يده هلك بما فيه لان الحبث لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بالتسمية فما استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما يستحق

فصل خيار الشرط

قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره قال عليه السلام لا تناجشوا قال ومن استام على سوم غيره قال عليه السلام لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولان في ذلك ايحاشا وايضاء اذا تراضوا امتنعوا ان على سلعة ثمن في المساومة اما اذا لم يركن احدهما الى الآخر فهو من يزيد ولا بأس به على ما نبينه وقد ذكرناه في النكاح ايضا قال ومن تلقى الجلب هذا اذا كان ضررا باهل البلد فان كان لا يضر فلا بأس الا اذا غبن الناس على الواردين فيمنعونه لما فيه من الضرر

ان ذلك وهذا التفصيل قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يطيب له الربح مطلقا لان عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد وعند زفر والشافعي لا يطيب في الكل لان الدراهم والدنانير تتعين حتى لو اشترى بهذه الدراهم فهلكت بطل البيع عندهما كما في المبيع المعين وعندنا لا يبطل وليس له ان يحبسها ويعطي مثلها قوله وكذلك اذا الخ قال في الجامع الصغير وكذلك لو ادعى على آخر مالا فقضاه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد هلك المدعي في يده الدراهم التي قبضها على انها دينه يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك هنا لان الدين وجب بالتسمية اي بالاقرار عند دعواه المال ثم استحق بالتصادق فكان المقبوض بدل المستحق وهو الدين وبدل المستحق مملوك اي ملكا فاسدا سواء كان عينا او دينا اما عينا فبدليل ان من اشترى عبدا بجارية او ثوب ثم اعتق العبد واستحقت الجارية يصح عتق العبد فلو لم يكن بدل المستحق مملوكا لم يصح العتق اذ لا عتق في غير الملك والعبد بدل الجارية المستحقة واذا ملكه فاسدا فيما لا يتعين لا يعمل فيه خبثا فطاب له الربح وفي الجامع الكبير لقاضي خان بدل المستحق مملوك بدليل ما لو حلف لا يفارقه حتى يستوفي حقه فباعه المديون عند الغير بذلك الدين وقبضه ثم استحق العبد لا يحنث لان المديون ملكه في ذمته بهذا البيع فيكون مستوفيا حقه فلم يحنث وبيان فساد الملك في بدل المستحق انه اذا استحق البدل يجب رده ولا يبطل البيع فيتمكن فيه شبهة الخبث فاذا حصل الربح في دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا يعتبر واعلم ان ملكه باعتبار زعمه انه قبض الدراهم بدلا عما يزعم انه ملكه مالا وكان في اصل دعواه الدين متعمدا للكذب فدفع اليه لا يملك اصلا لانه يتيقن انه لا ملك له فيه فلا يطيب له الربح

فصل فيما يكره لما كان دون الفاسد اخره عنه وليس المراد بكونه دونه في حكم المنع الشرعي بل في عدم فساد العقد والا فهذه المكروهات كلها تحريمية لا لعلم خلافا في الاثم ومقتضى النظر عندي ان يكون على اصولنا الشراء على سوم الآخر بشرطه والحاضر للبادي في القحط والاضرار فاسدا وتلقي الجلب اذا لبس باطلا ويثبت معه الخيار وهذا لان النهي مطلقه للتحريم الا لصارف وهذه المعاني المذكورة سببا للنهي تؤكد المنع لا تصرفه عنه فان في اعتراض الرجل عن سوم الآخر وبعد الركون وطيب نفس البائع بالمسمى اثارة للعداوة والبغضاء كالخمر والميسر فيحرم ذلك وشراء ما جيء به في زمن الحاجة ليغالي على الناس ضرر عام بالمسلمين واهل الذمة فيحرم وكذا البيع من القادمين مع حاجة المقيمين فانه لم يرض بالثمن المذكور الا على تقدير كونه سعر البلد فيجب ان يكون غير منعقد لعدم الرضى به ويثبت له خيار الفسخ كقول الشافعي وكقول مالك وكون الوصف مجاورا او لازما لا اثر له في نفي ما ذكرنا اذ الاصطلاحات لا تنفي المعاني الحقيقية المقتضية للبطلان او الفساد على ان معنى الفساد وليس الا كون العقد مطلوب التفاسخ للمعصية بمباشرة المنهي عنه ويملك البدل منه بالقبض وتاخر الملك الى القبض ليس الا لوجوب رفع المعصية برفعه ويجب في هذه البياعات ذلك كله غير انه لما كان المنع باخبار الآحاد الظنية سموه مكروها على اصطلاحنا ولما كان الركن هو مبادلة المال بالمال عن تراض ثابتا حقيقة فاسدا

قوله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره بعد ما بلغت قيمتها فانه تعزير للمسلم ظلما فاما اذا لم تكن بلغت قيمتها فزاد الى القيمة لا يريد الشراء فجائز لانه نفع مسلم من غير اضرار بغيره اذا كان شراء الغير بالقيمة قال صلى الله عليه وسلم لا تناجشوا في الصحيحين من حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تتلقى الركبان للبيع ولا يبع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبع حاضر لباد والنجش بفتحتين ويروى بسكون الجيم قوله وعن السوم اي ونهى عن السوم في حديث ابن عمر رضي الله عنه في الصحيحين في لفظ لا يبيع الرجل على بيع اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه الا ان يأذن له وفي الصحيحين من حديث ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقي الركبان الى ان قال وان يستام الرجل على سوم اخيه وعرفت مسيرة هو ما فيه من الايحاش والاضرار وشرطه وهو ان يتراضيا بثمن ويقع الركون به

قال وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال عم لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلدة في قحط وعوز وهو يبيع من اهل البلد وطمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك لا بأس به لانعدام الضرر **قال** والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلوة **قال** كل ذلك يكره لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة **قال** ولا بأس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح ان النبي عم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد لانه بيع الفقراء والحاجة

فيجيء آخر فيدفع للمالك اكثر او مثله غير انه رجل وجيه فيبيعه منه لوجاهته واما صورة البيع على بيع اخيه بان يتراضيا على ثمن سلعة فيجيء آخر فيقول انا ابيعك مثل هذه السلعة بانقص من هذا الثمن فيضر بصاحب السلعة فظهر تصوير البيع على بيع اخيه والسوم على سوم اخيه والوارد فيهما حديثان فلا حاجة الى جعل لفظ البيع في قوله صلى الله عليه وسلم لا يبيع احدكم على بيع اخيه جامعا للبيع والشراء مجازا انما يحتاج الى ذلك لو لم يرد حديث الاستيام وكذا مسئلة في الخطبة فان لم يتراضيا فهو بيع من يزيد ولا بأس به كما سنذكر قوله وعن تلقي الجلب في الصحيحين عن عبد الله بن عباس نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يتلقى الركبان وان يبيع حاضر لباد قال فقلت لابن عباس ما قوله حاضر لباد قال لا يكون له سمسارا وللتلقي صورتان احدهما ان يتلقاهم المشترون للطعام منهم في سنة حاجة ليبيعوه من اهل البلد بزيادة وثانيهما ان يشتري منهم بارخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر ولا خلاف عند الشافعية انه اذا خرج اليهم لذلك ان يعصي اما لو لم يقصد ذلك بل اتفق ان خرج فرآهم فاشترى ففي معصيته قولان والوجه لا يعصي اذا لم يلبس وعندنا محل النهي اذا كان يضر باهل البلد او ليس اما اذا لم يضر او لم يلبس فلا بأس قوله وعن بيع الحاضر للبادي تقدم النهي عنه ومحل النهي اذا كان اهل البلد في عوز اي حاجة او قحط وهو يبيع من غير اهل البلد طمعا في الثمن الغالي للاضرار بهم وهم جيرانه اما اذا لم يكن كذلك فلا بأس لانعدام الضرر وقال الحلواني هو ان يمنع السمسار الحاضر القروي من البيع ويقول له لا تبع انت انا اعلم بذلك فيتوكل له ويبيع له بغالي ولو تركه يبيع بنفسه لرخص على الناس وفي بعض الطرق زاد قوله صلى الله عليه وسلم دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض وفي المجتبى هذا التفسير اصح ذكره في زاد الفقهاء لموافقته الحديث وعلى هذا فتفسير ابن عباس بان لا يكون له سمسارا ليس هو تفسير البيع الحاضر للبادي وهو صورة النهي بل تفسير بضدها وهي الجائزة فالمعنى انه نهى عن بيع السمسار وتوضيحه انه لما سئل عن كيفية نهي بيع الحاضر للبادي قال المقصود ان لا يكون له سمسار فنهى عنه بالسمسار قوله والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى اذا نودي للصلوة من يوم الجمعة الى قوله وذروا البيع كانه يجعل الوقت من حين الاذان مشغولا بالصلاة الجمعة تعظيما لها كما قالوا في النهي عن الصلوة بعد صلوة العصر قبل التغير وفيه زيادة انه قد يفضي الى الاخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر في منع البيع في كتاب الصلوة وهو ما يكون بعد دخول الوقت وقوله كل ذلك يكره اي كلما ذكرناه من اول الفصل الى هنا يكره اي لا يحل على ما قدمناه ولا يفسد به البيع باتفاق علمائنا حتى يجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض وهو قول الشافعي لكن يثبت الخيار في تلقي الركبان على ما قدمناه عنه وقدمنا قول مالك بالبطلان فيه وفي النجش وكذا بيع الحاضر للبادي وبه قال احمد وعلل الصحة بان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة واستشكله في الكافي لان البيع يفسد بالشرط وهو خارج عن العقد ليس في صلبه قال الا ان يؤول الخارج بالمجاور وانت علمت ما عندنا في ذلك قوله ولا بأس ببيع من يزيد وهو صفة البيع الذي في اسواق مصر المسمى بالبيع في الدلالة لانه صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد روى اصحاب السنن الاربعة من حديث انس بن مالك ان رجلا من الانصار اتى النبي صلى الله عليه وسلم يسأله فقال له اما في بيتك شيء قال بلى حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه وقعب نشرب فيه الماء قال ائتني بهما فاتاه بهما فاخذهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال من يشتري هذين فقال رجل انا اخذهما بدرهم قال من يزيد على درهم مرتين او ثلثا فقال رجل انا بدرهمين فاعطاهما اياه واخذ الدرهمين فاعطاهما الانصاري وقال اشتر باحدهما طعاما فانبذه لاهلك واشتر بالآخر فاسا فائتني به فاتاه به فشد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عودا بيده ثم قال اذهب فاحتطب وبع ولا اراك خمسة عشر يوما فذهب الرجل يحتطب ويبيع فجاء وقد اصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوبا وببعضها طعاما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا خير لك من ان تجيء المسئلة

نوع منه قال ومن ملك مملوكين صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك إن كان أحدهما كبيرا والأصل فيه قوله عم من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيمة ووهب النبي صلى الله عليه وآله وسلم لعلي رض غلامين أخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت أحدهما فقال عم أدركه أدركه ويروى ارده ارده ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع أحدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك الرحمة على الصغار وقد أوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم لا يدخل فيها الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأن النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع أحدهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس كرهن أحدهما بالخيانة وبيعه بالدين وهبته بالعيب لأن المنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الإضرار به

تمة في وجهك يوم القيمة لأن المسألة لا تصلح الا لثلثة لذي فقر مدقع او لذي غرم مقطع اي لذي دم مرجع واخرجه الترمذي مختصرا انه صلى الله عليه وسلم باع حلسا وقدحا فيمن يزيد قال الترمذي حديث حسن لا نعرفه الا من حديث الاخضر بن عجلان عن عبد الله الخفي وقد رواه غير واحد عن الاخضر بن عجلان وقال في علل الكبير سألت محمد بن اسمعيل عن هذا الحديث فقال الاخضر بن عجلان ثقة قوله نوع منه اي من البيع المكروه اي الذي لا يحل على عرف ان الكراهة تحريم وانما فصلها لان الكراهة فيه المعنى يرجع في غير المقصود عليه وفيما تقدم لا يرجع اليه او لانها مسائل يجمعها معنى واحد هو التفريق بخلاف الاول ومن ملك مملوكين باي سبب من اسباب الملك شراء او هبة او ميراثا صغيرين او احدهما وبينهما رحم محرمة لم يفرق بينهما سواء كان في بيع او هبة او وصية وذكره بصورة النفي مبالغة في المنع ولا نظر في الوصية الى جواز ان يتأخر الموت الى انقضاء زمان التحريم لان ذلك موهوم والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه الترمذي عن ابي ايوب الانصاري رض قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة وقال حديث حسن غريب وصححه الحاكم على شرط مسلم ونظر فيه فان فيه يحيى بن عبد الله لم يخرج له في الصحيح واختلف فيه لا اختلاف فيه لم يصححه الترمذي رواه احمد بقصته ورواه الحاكم في المستدرك عن عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ملعون من فرق بين الوالدة وولدها وقال اسناده صحيح وفي طليق بن محمد تارة يروى عنه عن عمران بن حصين وتارة عنه عن ابي بردة وتارة عن طليق عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا قال الدارقطني وهو المحفوظ وقول ابن القطان لا يصح لان طليقا لا يعرف حاله يريد بخصوص ذلك الا فالحديث له طرق كثيرة وشهرة والفاظ توجب صحة المعنى المشترك منه وهو منع التفريق الا ان في سوقها طول علينا واما حديث علي رض فاخرجه الترمذي وابن ماجه من حديث الحجاج بن ارطاة عن الحكم بن عيينة عن ميمون بن ابي شبيب عن علي رض قال وهب لي رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين اخوين فبعت احدهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا علي رض ما فعل غلامك فاخبرته فقال رده رده قال الترمذي حديث حسن غريب وتعقبه ابو داود بان ميمون لم يدرك عليا وهو على طريقتهم من ان المرسل من اقسام الضعيف وعندنا ليس كذلك واخرجه الحاكم والدارقطني من طريق آخر عن عبد الرحمن بن ابي ليلى عن علي رض قال قدم على النبي صلى الله عليه وسلم سبي فامرني ببيع اخوين فبعتهما وفرقت بينهما ثم اتيت النبي صلى الله عليه وسلم فاخبرته فقال ادركهما فاردهما جميعا فلا تفرق بينهما وصححه الحاكم على شرط الشيخين ونفى ابن القطان العيب عنه وقال هو الى ما اعتمد عليه في هذا الباب ومن طريق آخر رواه احمد والبزار وفيه انقطاع ولا يقصر على حسنا على عرف قال الله ولان الصغير يستأنس بالكبير والكبير يتعاهده اي يصلح من شأنه فكان في التفريق قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك الرحمة على الصغار وقد اوعد عليه قال عليه الصلوة والسلام من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا رواه ابن ابي شيبة عن عمرو بن العاص كذا رواه البخاري في كتابه المفرد في الادب وروى الطحاوي في مشكل الآثار ثنا يونس بن عبد الاعلى ثنا ابن وهب اخبرنا مالك ابن انس الزيادي عن ابي قبيل عن عبادة بن الصامت عنه صلى الله عليه وسلم قال ليس منا من لم يجل كبيرنا ويرحم صغيرنا وعلى نحو الاول رواه البخاري في كتاب المفرد في الادب من حديث ابي هريرة وقد روي من حديث عدة من الصحابة فهو معنى مشهور لا شك فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المص ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخله محرم غير قريب كحرم الرضاع وامرأة الاب ولا قريب غير محرم كابن العم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لانه على خلاف القياس فيقتصر على مورده ومورده كان في المحرمة كما في الوالدة وولدها والاخوين فان قيل لو كان كذلك وجب ان لا يمنع التفريق بين الخال وابن اخته والخالة وبنت اختها لان النص ما ورد الا في الوالدة والاخوين فالجواب ان القرابة المحرمة ثبت معنى ولا ايضا وهو المفهوم الموافق في عرف الشافعية للقطع لان خصوص الوالدة غير معتبر لان الولد ايضا مثلها ففهم منه قرابة الولاد ثم جاء نص الاخوين فعلم ان لا قصر في الولاد بل القرابة المحرمة فيثبت في الخال والخالة بالدلالة ومعلوم ان المحققين على عدم اشتراط الاولوية في الدلالة والمفهوم بقي ايراد نقض العلة

قال فان فرق كره له ذلك وجاز العقد وعن ابي يوسف رح انه لا يجوز في قرابة الولادة ويجوز في غيرها وعند
لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والارتجاع لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان كون البيع صدر من اهله في محله فانما الكراهة للغير فاشبه كراهة الاستيام

ثمانية مسائل يجوز التفريق فيها مع وجود القرابة المحرمة منها الثلث التي ذكرها المص وهي ما اذا كان التفريق بحق مستحق كدفع احدهما بجناية واستيلاء دين لزم الصغير كاستهلاكه مال الغير مع انه في دفعه غير مجبور اذ له ان يدفع عنه الفداء والدين ويستبقيه ورده وحده وبعيب يخصه فيرده وحده كاستهلاكه بعيب يخصه فيرده وحده وان كان عن ابي يوسف رح انه يردهما جميعا او يمسكهما كما في مصراعي الباب اذا وجد باحدهما عيبا والرابعة ان يبرأ احدهما او يستولد الامة وح جاز بيعه الآخر والخامسة ان يكونا لحربي متأمن فباع احدهما فللمسلم ان يشتريه مع ان المنع كما هو للبائع كذلك للمشتري والسادسة لو كانوا ثلاثة في ملكه احدهم صغير حل بيع احد الكبيرين مع انه يصدق التفريق بين الكبير والصغير والسابعة انه يجوز ان يعتق احدهما بمال وبلا مال ويكاتبه مع انه حصول الفرقة بالاخراج عن ملكه والثامنة لو كان الولد مراهقا فرضي بالبيع واختاره ورضيته انه جاز بيعه فالجواب عن الثلاثة الاول ما اشار اليه المص بقوله لان المنظور اليه في منع التفريق دفع الضرر عن غيره وهو الصغير لا الحاق الضرر به اي بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك ذا رحم محرم فيما تقدم فلو منعنا التفريق كان الزاما الضرر بالمالك والعلة هي ما ذكرنا من الرحم المحرمية غير المستلزم ضررا بالمالك فعند استلزامه يكون علة المنع متحققة عند من يمنع تخصيص العلة او مخصصة باستلزام ضرره عند من يخصصها وبهذا يجاب عن الرابع اذ يلزم المالك الحجر عليه بمنعه من التصرف في ماله راسا بخلاف ما قبل التدبير فانه يمكنه بيعها والانتفاع ببدلها وعن الخامس بان مفسدة التفريق عارضها هنا تقدير عدم مفسدة اعظم فانه ان لم يشتره احد يذهب به الى دار الحرب ومفسدة كونه هناك ثبت ويكتهل اعظم من ضرر التفريق على الصغير لانه ضرر الدين والدنيا فالدين ظاهر والدنيا لتعريضه على القتل والسبي هلاك ويجيء ما ذكرنا على المذهبين في تخصيص العلة وعدمه وعن السادس بان العلة ما هو مظنة الضياع والاستيحاش وقد بقي له من يقوم مقام الثالث على ان في رواية عن ابي يوسف يمتنع بيع الثالث في الكفاية اجتمع في الصغير عدد من اقاربه لا يفرق بينه وبين واحد اختلفت جهة القرابة كالعم والخال او اتحدت كخالين عند ابي يوسف لانه يتوحش بفراق الكل وعن السابع بان العتق والكتابة غير المجمع لا التفريق فان المعتق والمكاتب يزول الحجر عنه فيتمكن من الكون مع اخيه حيث ما كان واين ما صار وعن الثامن بانتفاء الضرر عنهما لاختيار ذلك فقد تحققنا خلو الوصف الظاهر المنضبط عن الحكمة فلا يشرع معه الحكم قال الكل الى عدم العلة في الحقيقة ومن صور جواز التفريق ما في المبسوط ان كان للذمي عبد له امرأة امة ولدت منه فاسلم العبد وولده صغير فانه يجبر الذمي على بيع العبد وابنه وان كان تفريقا بينه وبين امه لانه تصير مسلما باسلام ابيه فهذا تفريق بحق قوله فان فرق كره ذلك وجاز العقد اذا كان المالك مسلما حرا او كتابيا واما ذونا اما اذا كان كافرا فلا لانهم غير مخاطبين بالشرائع والوجه انه ان كان التفريق في ملتهم حلالا لا يتعرض لهم الا ان كان بيعهم من مسلم فيمتنع على المسلم وان كان ممتنعا في ملتهم لا يجوز وعن ابي يوسف لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك اي قرابة الولاد وغيرها وهو قول احمد لما روينا ان حديث علي رض وقول النبي صلى الله عليه وسلم اوركها وارتجعها فان الامر بالادراك والارتجاع لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان كون البيع صدر من اهله في محله والكراهة مجاوزة الى المعنى مجاورا لا يوجب الفساد بخلافه لوصف لازم فشابه كراهة الاستيام على سوم اخيه وح يجب تاويل الامر بالادراك والارتجاع على طلب الاقالة مع ظهور انه يقبله رغبة في ثواب الاقالة او ان يبيع الاخ الآخر منه واعلم ان مدة منع التفريق انما تمتد الى بلوغ الصغير بالاحتلام او بالحيض وذكر فيه حديثا في المبسوط عنه صلى الله عليه وسلم لا تجمعوا عليهم بين السبي والتفريق ما لم يبلغ الغلام والجارية وعن عبادة بن الصامت عنه صلى الله عليه وسلم قال لا تفرقوا بين الام وولدها قيل الى متى فقال الى ان يبلغ الغلام وتحيض الجارية رفعه في المبسوط وهو قول الشافعي رح وفي اظهر قوليه

وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح انه عم فرق بين مارية وسيرين وكانتا

الى زمان التمييز سبع او ثمان بالتقريب والى زمان سقوط الاسنان والحديث المذكور ذكره الحاكم وصححه وخطاه صاحب التنقيح وقال لا شبهة انه موضوع وسببه ان في سنده عبد الله بن عمر بن حسان قال الذهبي كذاب وقيل رماه ابن المديني بالكذب غير ان الحكم المذكور وهو التفريق بعد البلوغ حكم ثابت شرعا وقال بعض مشائخنا اذا راهق او رضيا بالتفريق فلا بأس به لانهما من اهل النظر لانفسهما وربما يريان المصلحة في ذلك قوله وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص ليثبت فيه المنع الحاقا بالدلالة اذ كان على اصله على خلاف القياس وقد صح انه صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين بالسين المهملة ذكره ابن عبد البر في الاستيعاب قال البزار بعد ان غلطه للحديث طريق ذكرها لكن روى هذا الحديث حسن بشر بن المهاجر حاتم بن اسمعيل ودلهم ابن دهثم انتهى وبشير حسن عبد الله بن بريدة عن ابيه قال اهدى المقوقس القبطي لرسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين وبغلة كان يركبها فاما احدى الجاريتين فسرها فولدت له ابراهيم عليه السلام وهي مارية ام ابراهيم واما الاخرى فوهبها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحسان بن ثابت رض وهي ام عبد الرحمن بن حسان وذكر ان هذا الحديث في صحيح ابن خزيمة واخرجه البيهقي بسند اخر في دلائل النبوة مرسلا انه صلى الله عليه وسلم بعث حاطب بن ابي بلتعة الى المقوقس الى ان قال واهدى له مع حاطب كسوة وبغلة مسرجة وجاريتين احداهما ام ابراهيم والاخرى فوهبها عليه الصلوة والسلام لجهيم بن قيس العبدي وهي ام زكريا ابن جهيم الذي كان خليفة عمرو بن العاص على حضرموت فخالف لما تقدم وجمع بينهما بحديث اخر رواه البيهقي بسنده الى حاطب قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى المقوقس ملك الاسكندرية فجئت بكتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فانزلني في منزله فاقمت عنده ثم بعث الي وجمع بطارقته الى ان قال وهذه هدايا ابعث بها معك الى محمد فاهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلث جوار منهن ام ابراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم وواحدة وهبها لابي جهيم بن الحنفية العدوي وواحدة وهبها لحسان بن ثابت فهذا يعلم من الفاظ هذا الحديث وطرقه وليس في شيء منها ان الجاريتين كانتا اختين وهو موضع الاستدلال لا جرم ذكر ابو الربيع سليمان الكلاعي في كتاب الاكتفا عن الواقدي باسناد له ان المقوقس ارسل الى حاطب ليلة الى ان قال فارجع الى صاحبك فقد اهديت له هدايا وجاريتين اختين فارسلهما وبغلة من اكبى والف مثقال ذهبا وعشرين ثوبا من لين وغير ذلك وامرت لك بمائة دينار وخمسة اثواب فارحل من عندي ولا يسمع القبط منك حرفا واحدا فهذا مع توثيق الواقدي دليل على المطلوب وقد اسلفنا توثيقه وكرر ذلك ابن عبد البر في الاستيعاب ونقله احمد بن عبد الله الطبري عن ابي عبيدة في خاتمة مناقب امهات المؤمنين لقلوب ابو داؤد للتفريق بين المملوكات للحديث الذي في مسلم عن سلمة بن الاكوع قال خرجنا مع ابي بكر فغزونا فزارة الى ان قال فجئت بهم الى ابي بكر وفيهم امرأة معها ابنة لها من احسن العرب فنفلني ابو بكر ابنتها فقدمت المدينة فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا سلمة هب لي المرأة قلت هي لك فخذي بها اساري ثلثة انتهى مختصرا فهذا التفريق وان كان من فعل ابي بكر لكن لا شك في ان النبي صلى الله عليه وسلم علمه واتهب الجارية ولم يردها الى امها بل بعد دارها حين فدى بها فهذا والله اعلم هو الدليل على التفريق بين الكبيرين فروع اذا كان مع الصغير ابواه لا يبيع واحدا منهم ولو كان معه ام واخ او ام وعمة او خالة او اخ جاز بيع من سوى الام وروى هشام عن محمد انهم لا يباعون الا معا اعتبارا لاختلاف الجهة والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية لان شفقة الام تغني عمن سواها ولذا كانت احق بالحضانة من غيرها فهذه الصورة مستثناة من اختلاف الجهة والجدة كالام فلو كان معه جدة وعمة وخالة جاز بيع العمة والخالة ولو كان معه عمة وخالة لا يباعون الا معا لاختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة ولو كان معه اخوان او اخوة كبار في رواية الاصل لا يباع واحد منهم والصحيح انه يجوز بيع ما سوى واحد منهم وهو الاستحسان لان الشفقة امر باطن لا يوقف عليه فيعتبر السبب ولا يعتبر الا بعد

باب الاقالة

الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول لقوله عم من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيمة ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما فان شرط اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد بمثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما الا ان لا يمكن جعله فسخا فتبطل هذا عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح بيع الا اذا جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فيبطل وهو الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعله بيعا الا ان لا يمكن فيبطل وهو ان اللفظ لا يفسخ والرفع وعند ابي يوسف رح يقال قلني عثرتي فيؤمر عليه فيصيره اذا تعذر يحمل على تحمله وهو البيع لانه اقرب الى الفسخ في حق الثالث ولابي يوسف رح انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا حد البيع فهذا يبطل حاجة الساقط ويثبت به الشفعة وهذا احكام البيع ولابي حنيفة رح ان اللفظ ينبئ عن الفسخ والرفع كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها حقيقة ولا يجعل ابتداء العقد ليعمل عمله تعذر لانه ضد واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث عرض ثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا نفس الصيغة [illegible]

وعن الاتحاد في الدين لجهة احدهما بعتق وكذا الولاء ستة اخوة ثلاثة كبار وثلاثة صغار اجماع مع كل صغير كبير اجازا استحسانا فان كان معه اخت شقيقة او اخت لاب واخت لام باع غير الشقيقة ولو اوصى به رجلان فصالحا يوجبان له ثم ملكوا جملة القياس ان يباع احدهما لاتحاد جهتهما وفي الاستحسان لا يباع لان الاب في الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذي يبيع فيمتنع احتيالا فصار الاصل انه اذا كان معه جد واحد بهم العصبة جاز بيعه وان كان في درجة فان كانوا من جنسين مختلفين كالاب والام والاخوة والعمة لا يفرق ولكن يباع الكل او يمسك الكل وان كانوا من جنس واحد كالاخوين والعمين والخالين جاز ان يمسك مع الصغير احدهما ويبيع ما سواه ومثل الخال والعم اخ لاب واخ لام والله الموفق للصواب

باب الاقالة مناسبته الخاصة بالبيع الفاسد والمكروه انه اذا وقع البيع فاسدا او مكروها وجب على كل من المتعاقدين الرجوع الى ما كان له من راس المال صونا لهما عن المحظور ولا يكون ذلك الا بالاقالة الى آخر ما ذكر في النهاية وتبعه غيره وهو مصرح بوجوب التفاسخ في العقود المكروهة السابقة وهو حق لان رفع المعصية واجب بقدر الامكان وايضا الاقالة بيان كيفية رفع العقد وهو يستدعي سابقة ثبوته فالابواب البياعات السابقة كلها مع البيع الفاسد والمكروه بيان كيف ثبت فاعقب لرفع معظم ابواب الاثبات ثم قيل الاقالة من القول والهمزة للسلب فما قال بمعنى ازال القول اي القول الاول وهو البيع كالشكاية ازال شكايته ورفع بانهم قالوا قلبه بالكسر فهو يدل على انه عينه بالواو فليس من القول ولانه ذكر الاقالة في الصحاح من القاف مع الياء لا مع الواو وايضا ذكر في مجموع اللغة قال البيع قيلا وقالة فسخه قوله الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول عليه اجماع المسلمين لقوله صلى الله عليه وسلم من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيمة اخرجه ابو داود وابن ماجة عن الاعمش عن ابي صالح عن ابي هريرة رض قال قال رسول صلى الله عليه وسلم من اقال مسلما بيعته اقال الله عثرته زاد ابن ماجة يوم القيمة ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه وقال على شرط الشيخين واما لفظ نادما فعند البيهقي قال المص ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما التي اماشرع البيع وغيره ولا يخفى ان النص المذكور والمعنى انما يفيد مجرد جواز الاقالة واما لزوم كونه على الثمن الاول بعينه فلوجه يفيده المعنى الذي بعده بقوله والاصل اي الاصل في لزوم الثمن الاول حتى يبطل الاقل والاكثر ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين وحقيقة الفسخ ليس الا رفع الاول كان لم يكن فيثبت الحال الاول وثبوت الحال هو برجوع عين الثمن الى مالكه كان لم يدخل في الوجود وهذا يستلزم تعيين الاول ونفي غيره من الزيادة والنقص بخلاف الجنس والاجل نعم لما لم يكن فيهما يفسد على غيرهما جعل بالنسبة الى غيرهما بيعا فيسقط بالنسبة اليهما حكم البيع كالشفعة فان لم يكن جعله فسخا كان واردا بالبيعة بعد القبض كما اذا كان المبيع عرضا بالدراهم فهلك بطل الاقالة في حقه وعند ابي يوسف هو بيع الا ان لا يكون جعله بيعا بان وقعت الاقالة قبل القبض في مبيع منقول فيجعل فسخا وان تعذر كونه بيعا وفسخا كان في دار او جارية المبيعة والاقالة بعد القبض كما اذا كان المبيع عرضا بالدراهم منقولا بعد هلاك الوعاء فيبطل عند محمد وقال ابو يوسف هي فسخ الا ان تعذر فيبطل والحجة لابي يوسف كقول ابي حنيفة ان الاقالة لصحة بالجنسين احدهما مستقبل كما لو قال اقلني فقال اقلتك مع انها بيع عنده والبيع لا ينعقد بذلك على ما سلف ومحمد يقول لا ينعقد الا بالمضي فيبطل انها فسخ فاخطأ بسبب التشبه حكم البيع ولابي يوسف مع حقيقة البيع لم يعط حكمه لان المساواة لا تجري في الاقالة فحمل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع هكذا في شرح الاقطع وذكر في الدراية والذي في فتاوى قاضي خان ان قول ابي حنيفة كقول محمد وفي الخلاصة اختار واقول محمد ولا يتعين مادة قاف لام بل لو قال تركت البيع وقال الآخر رضيت او اجزت نفذت ويجوز قبول الاقالة ولا يتعين بالفعل كما اذا قطعه قميصا في فور قول المشتري اقلتك ويعقد لفاسختك وتاركت وجه قول محمد ان اللفظ اي لفظ الاقالة وضع للفسخ والرفع بدليل الاستعمال فانه يقال اقلني عثرتي بمعنى اسقط

اذا ثبت هذا فقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربوا اما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بيناه الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف رح وعند محمد رح جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان قاصدا هذا البيع وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف رح لانه هو الاصل عنده وعند محمد رح هو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل وقال يكون فسخا فهذا اولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بيناه ولو قال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رح ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا

اثرها باعتبار ما عدا بعد وجودها وهو المراد بالفسخ اذ حقيقة رفع الواقع عن ان يكون واقعا غير ممكن بعد الدخول في الوجود فيوقر عليه قضية واذا تعذر الفسخ يحمل على محتمله وهو البيع ولابي يوسف انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع وخصوص اللفظ لا عبرة به في نهاية الامر انه لم يسم فيه الثمن لانه معلوم كما في التولية واخذ الدار بالشفعة ولهذا تبطل الاقالة بهلاك المبيع بعد الاقالة قبل الرد وجب للذي كان بائعا الرد بالعيب الحادث عند المشتري وهذه احكام البيع فاذا ترتب على شيء كان بيعا غير انه اذا تعذر جعله بيعا كما اذا وقعت في منقول قيمته ضرائبه بجازه جعله فسخا تصحيحا لكلام العاقل بما امكن وكونه لا يبتدئ عقد البيع بانشائه ممنوع على قول بعض المشائخ فانه قال يجوز ان ينعقد البيع ابتداء بلفظ الاقالة وانتفاؤه في الصحيح لعدم تقدم البيع وهذا بيع هو فرع بيع سابق فلا يتصور بدون سبقه ولابي حنيفة رح ان اللفظ ينبئ عن الرفع على ما قلنا لمجرده والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية وكونه يثبت به لوازم البيع من الرد بالعيب والهلاك بالنسبة الى ثالث لا يستلزم كونه من حقيقته اذ اللوازم قد تكون عامة تترتب على حقيقتين مختلفتين فلا تكون الاقالة بيعا لذلك فان قيل فيكون بيعا لثبوت حقيقة معنى البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي لا لثبوت اللوازم الخارجية قلنا انما يزيد بالبيع ما كان مفيدا لهذه المبادلة ابتداء لا تراجعا بطريق الرفع حكما على الشرع بذلك اي بانه وضع بهذا الاعتبار والا رجع الى مجرد الاصطلاح على ان يسمى لفظ البيع هو المبادلة مطلقا شرطا او بقيد ان لا يكون تراجعا والاحكام الشرعية لا تختلف باختلاف الاصطلاح في الالفاظ بقي امر اخر وهو انها لم تستعمل في البيع مجازا عند تعذر الفسخ كما قال محمد اجاب عنه بقوله ولا يحتمل ابتداء البيع ليحمل عليه عند تعذر الفسخ لانه اي الرفع الذي هو المعنى الحقيقي ضده اي ضد العقد او نقيضه فلا يصح استعماله فيه وهذا طريق الفقهاء لان الاستعمال في الضد انما يكون لتهكم او تمليح وليس ذلك في الفقه او يكون لمشاكلة للفظ وقع في صحبته كجزاء سيئة وليس هنا ذلك فتعين البطلان وكونه بيعا في حق ثالث ليس باعتبار جعلنا اياه مجازا عنه ولكن لامر ضروري وهو انه لما ثبت به مثل حكم البيع وهو الملك ببدل ظهر في حق غيرهما اذ لا ولاية لهما على غيرهما ليصرفا موجب البيع عنه فيقتصر عليهما ويظهر بيعا في حق غيرهما ولكن لا يفوت مقصود الشارع في بعض الصور كالشفعة شرعت لدفع ضرر الجوار او الخلطة فاذا فرض ثبوت ذلك في عود الى البائع ولم يثبت حق الشفعة تخلف مقصوده قوله اذا ثبت هذا اي هذا الخلاف في هذا الاصل فنقول تفريعا عليه اذا شرطا في الاقالة الاكثر كان تقايلا على مائة والبيع بخمسين فالاقالة على الثمن الاول عند ابي حنيفة ويبطل شرط الزيادة لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة وانما تبطل لان الاقالة رفع ما كان لا رفع ما لم يكن لان رفع ما لم يكن ثابتا محال ولم يكن الثابت العقد بذلك القدر فلا يتصور رفعه على مائة توضيحه ان رفعه على مائة يرجع الى المشتري والحال ان لم يكن في الوجود العقد بمائة رفع ما لم يكن له وجود فلا رفع اصلا لان اصل العقد له وجود وايا ه عينا بالاقالة غير انها زاد شرطا فاسدا فيثبت الرفع برفعها ويبطل الشرط الفاسد الذي زاده بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها فيه ويتحقق به الربا ويصير بيعا فاسدا اذ لا يتصور اثباتها في الرفع وكذا اذا شرطا الاقل عنده يصح بقدر الثمن الاول لما بينا انه شرط فاسد فيبطل هو ويثبت قدر الاول الا ان يكون حدث بالمبيع عيب فيصح بالنقصان جعلا للحط بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف وعند محمد تعذر الفسخ على الزيادة فجعل بيعا وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف يصح به لانه بيع وعند محمد هو فسخ بالثمن الاول باعتباره مريدا للاول لكنه سكت عن بعضه ولو سكت عن الكل ان قال اقلتك يكون فسخا عليه فاذا سكت عن بعضه اولى بخلاف ما اذا زاد ولو دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بينا من جعل الحط بازاء ما نقص منه بالعيب فرع ولو باع صابونا رطبا ثم تقايلا بعد ما جف فنقص وزنه لا يجب على المشتري شيء لان كل المبيع باق قوله ولو قال بغير جنس الثمن الاول بان كان دراهم فاقال على دنانير تبلغ قيمتها قدرها فهو فسخ

ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة رح وهما رح وكذا عند ابي يوسف رح في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع عنهما لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه وان تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك احدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا والله اعلم بالصواب

بالثمن الاول عند ابي حنيفة وتجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا انه عند ابي يوسف بيع وعند محمد اذا تعذر جعله فسخا جعل بيعا **قوله** ولو ولدت المبيعة ولدا يعني بعد القبض ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد زيادة منفصلة والزيادة المنفصلة اذا كانت بعد القبض يتعذر معها الفسخ حقا للشرع بخلاف ما قبل القبض والحاصل ان الزيادة متصلة كانت كالسمن او منفصلة كالولد والارش والعقر اذا كانت قبل القبض لا تمنع الفسخ وان كانت بعد القبض فان كانت متصلة فكذلك عنده وان كانت منفصلة بطلت الاقالة لتعذر الفسخ معها والاقالة لا تصح على قوله الا فسخا وعندهما تكون بيعا ومن ثمرات الخلاف انها لو تقايلا في منقول فقبل ان يسترد المبيع من المشتري باعه من المشتري يجوز البيع خلافا لابي يوسف رح لان المتنع البيع قبل القبض في البيع لا الفسخ ولو باعه من غير المشتري لا يجوز اتفاقا ولانه بيع في حق الغير ولو كان غير منقول جاز بيعه من غير المشتري في قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وثمرة كونها بيعا في حق غيرهما في مواضع ايضا منها ان البيع لو كان عقارا له شفيع فسلم الشفعة في اصل البيع ثم تقايلا وعاد الى ملك البائع للشفيع ان يطلب الشفعة في الاقالة اتفاقا ومنها ان البيع لو كان صرفا كان التقابض من الجانبين شرطا في صحة الاقالة لانه مستحق الشرع فكانت بيعا جديدا في حق الشرع ومنها انه لو اشترى شيئا فقبضه قبل نقد الثمن فباعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري ثم ان البائع اشتراه من المشتري باقل من الثمن قبل النقد جاز ويجعل في حق البائع كانه ملكه بسبب جديد ومنها ان السلعة لو كانت هبة في يد البائع ثم تقايلا فليس للواهب الرجوع على البائع لان البائع في حق الواهب كانه اشتراه **قوله** وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها ووجه الفرق ان المبيع مال حقيقة وحكما لانه عين متعين بخلاف الثمن لانه اما العين بمال بل دين حقيقة وحكما فيما اذا لم يشره الى نقد واما مال حكما لا حقيقة فيما اذا اشار اليه لعدم تعلق العقد بما اشار اليه بل بشله في ذمته والدين مال حكما لا حقيقة ولذا كانت البراءة منه تصح بلا قبول لعدم المالية الحقيقية غير انها ترد بالرد للمالية الحكمية وهبة العين لا تصح بلا قبول بخلاف ما لا تتادى زكوة العين بالدين لان الدين انقص من العين في المالية ولا يتادى الكامل بالناقص وكذا من حلف لا مال له وله دين عظام واذا كان للمبيع هذه المزية وجب اظهارها وقد تعذر ذلك في ابتداء البيع لان حاجته الى المبيع والثمن سواء فاظهرناها في البقاء فجعلنا بقاء البيع حكما مضافا الى قيام المبيع فاذا هلك ارتفع البيع وان كان الثمن الدراهم باقية فامتنعت الاقالة اذ ارفع مالا وجود له لا يتصور وانما جازت الاقالة فيما لو كان راس مال السلم عرضا معينا وقبضه المسلم اليه ثم هلك باعتبار ان السلم في هذا كبيع المقايضة لان المسلم فيه صار شرعا معقودا عليه فقد اعتبر العين ثمنا والدين عينا مبيعا ولذا لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه فجازت الاقالة ويضمن قيمته الهالك وشله في الاقالة كما في حقيقة المقايضة كما سنذكرها لو تقايلا والبدلان قائمان ثم هلك احدهما ايا كان فالاقالة صحيحة وعليه قيمة الهالك او شله ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه **قوله** ولو تقايضا بالبياعات المتناة من تحت اي تبايعا بيع المقايضة فهلك احد العوضين جازت الاقالة لان كلا منهما مبيع من وجه فكان البيع باقيا ببقاء العين القائمة منهما فامكن الرفع فيه فعليه يفرع ما اذا اشترى عبدا بامة وتقايضا ثم ان المشتري العبد باع نصفه من رجل ثم اقال البيع في الامة جازت الاقالة وعليه لبائع العبد قيمة العبد وكذا لو لم يبع ولكن قطعت يد العبد فاخذ الارش ثم اقال البائع في الامة ولو هلك البدلان قبل الاقالة ارتفع البيع فامتنعت الاقالة اما لو تقايلا بعد هلاك احدهما وصحة الاقالة ثم هلك الآخر قبل الرد بطلت الاقالة ايضا والفرق بين المقايضة والصرف فان هلاك البدلين في الصرف غير مانع من الاقالة وفي المقايضة مانع ان في الصرف لا يلزمه رد المقبوض بعد الاقالة بل رد مثله او شله فلا تتعلق الاقالة بعينهما فلا يبطل بهلاكهما بخلاف غيره من البياعات فانه يتعلق بعين المبيع ولو تقايلا السلم وراس المال مما لا يتعين قائم في يد المسلم اليه فانما عليه رد مثله ولو تقايلا بعد قبض المسلم فيه وهو قائم في يد رب السلم صحت وعلى رب السلم رد عين ما قبضه لان المقبوض بعقد السلم وان كان

باب المرابحة والتولية

قال المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح

عقد اعلى دين كعين ورد عليه العقد ولهذا يجوز بيعه مرابحة على راس المال ذكره الاسبيجابي فرع بالفسخ الرد بالعيب بقضاء الاقالة وزاد الكمال الزيادة المتصلة والمنفصلة واستهلاكها حتى تتوقف الاقالة على القبول في المجلس وتجوز الاقالة من الوكيل بالبيع والسلم في قول ابي حنيفة ومحمد كالابراء خلافا لابي يوسف واقالة الوكيل بالشراء لا يجوز بالاجماع وفسخ الموكل بيع المشتري جائز وفي جميع التفاريق اقالة الوارث جائزة واطلق في الجامع جواز اقالة الوصي وهو مقيد بما اذا لم يبع باكثر من القيمة فان باع باكثر منها لا يصح اقالته وكذا المتولي ايضا لو اشترى باقل من القيمة ليس له الاقالة ولو كان الثمن عشرة دنانير ودفع اليه الدراهم عوضا عن الدنانير ثم تقايلا وقد رخصت الدراهم رجع بالدنانير التي وقع العقد عليها لا بما وقع وكذا لو رد بالعيب وكذا في الاجارة لو فسخت ولو عقد بدراهم ثم كسدت ثم تقايلا فانه يرد تلك الدراهم الكاسدة ولو عقد بثمن مؤجل ثم جددا بحال او على القلب انفسخ الاول وكذا لو عقد بدراهم ثم جددا بدنانير او على القلب او جددا بدراهم اكثر او اقل فلا فهو حط من الثمن او زيادة فيه وقالوا لو باع باثني عشر وحط عنه درهمين ثم عقد بعشرة لا ينفسخ الاول لانه شبه اذ الحط يلحق باصل العقد الا في اليمين فيحنث لو كان حلف لا يشتريه باثني عشر ولو قال المشتري بعد العقد قبل القبض للبائع بعه لنفسك فان باعه جاز وانفسخ الاول ولو قال بعه لي او لم يزد على قوله بعه او زاد قوله ممن شئت لا يصح في الوجوه لانه توكيل ولو باع المبيع من البائع قبل القبض لا ينفسخ البيع ولو وهبه قبل القبض انفسخ يعني اذا قبل ولو قال البائع قبل القبض اعتقه فاعتقه جاز العتق عن البائع وانفسخ البيع عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف العتق باطل وفي الفتاوى الصغرى جحودا عدا النكاح فسخ فعليه ما فرع في فتاوى قاضي خان وغيرها باع امة فانكر المشتري الشراء لا يحل للبائع وطؤها الا ان عزم على ترك الخصومة فيحل له وطؤها لان جحود المشتري فسخ في حقه واذا عزم البائع على ترك الخصومة فقد تم الفسخ بينهما وكذا لو انكر البائع البيع والمشتري يدعي لا يحل للبائع وطؤها فان ترك المشتري الخصومة وسمع البائع بذلك له وطؤها وشبه لو اشترى جارية بشرط الخيار ثلاثة ايام وقبضها ثم رد على البائع جارية اخرى في ايام الخيار وقال هي التي اشتريتها وقبضتها كان القول قوله لانه انكر قبض غيرها فان رضي البائع بها حل وطؤها لان المشتري لما رد اخرى فقد رضي بتمليك البائع الثانية بالاولى فاذا رضي البائع بذلك تم البيع فيها بالتعاطي وكذا القصار والاسكاف وكذا لو اشترى شيئا مما يتسارع اليه الفساد كاللحم والسمك والفاكهة وذهب المشتري الى بيته ليجيء بالثمن فطال مكثه وخاف البائع فساده كان له ان يبيعه من غيره استحسانا وللمشتري منه ان ينتفع به وان كان يعلم بذلك لان البائع رضي بانفساخ البيع الاول والمشتري كذلك ظاهرا ثم ينظر ان كان الثمن الثاني اكثر من الاول فعليه ان يتصدق بالزيادة وان كان انقص فالنقصان على البائع لا على المشتري الاول ولو اختلف البائع والمشتري فقال المشتري بعته من البائع باقل من الثمن الاول قبل نقده وفسد البيع بذلك وقال البائع بل اقلناه فالقول للمشتري مع يمينه في انكار الاقالة فلو كان البائع هو الذي يدعي انه اشتراه من المشتري باقل مما باعه والمشتري يدعي الاقالة يحلف كل منهما على دعوى صاحبه

باب المرابحة والتولية قوله المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة اورد عليه ما لو باع دنانير اشتراها بدراهم مرابحة لا يجوز مع صدق التعريف عليه واجيب في بعض الموضع بانه بيع مرابحة وكونه لا يجوز شيء آخر واعلم ان معنى السؤال المرابحة جائز بلا استثناء شيء وهو مما صدقاته فيجب ان يجوز لكنه لا يجوز والجواب عنه بان المراد نقل ما ملكه مما هو مبيع متعين بدلالة قوله بالثمن الاول فان كون مقابله ثمنا مطلقا يفيد انما ملكه بالضرورة مبيع مطلقا ثم انما لم تجز المرابحة في ذلك لان بدل الصرف لا يتعينان فلم تكن عين هذه الدنانير متعينة ليلزم معينا والذي اورده على التقدير الذي صححناه لا يرد اذا اشتراه فسبيه بثمن فلا يجوز ان يرابح عليه مع انه يصدق النقل

والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى ان يعتمد فعل الذكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشترى بزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لما اراد الهجرة ابتاع ابو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم ولني احدهما فقال هو لك بغير ثمن فقال عليه السلام اما بغير ثمن فلا **قال** ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او بشيء من المكيل موصوف جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم وان باعه بربح زيادة لا يجوز لانه باعه برأس المال وبعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال

بالثمن الاول الا ان يقال اذا كان فيه اجل فالثمن الاول بمقابلة شيئين فلم يصدق في احدهما انه بمثل الثمن الاول والحق انه وارد على الطرد وكون المرابحة غير صحيحة هو معنى عدم وجودها شرعا فيرد السؤال وعلى عكسه مسائل الاولى اذا ابق العبد المغصوب فكذا القيمة على الغاصب ثم عاد للغاصب ان يبيعه مرابحة على القيمة التي ادتها فهذا بيع مرابحة ولا يصدق عليه فقل ما ملكه بالثمن الاول وكذا اذا باعه مرابحة بما قام عليه وكذا لو ملكه بهبة او ارث او وصية وقومه قيمة ثم باعه مرابحة على تلك القيمة انه يجوز صورة هذه المسئلة ان تقول قيمته كذا او رقمه كذا فاراد الحاكم على القيمة او رقمه وكذا معنى الرقم ان يكتب على الثوب المشتري مقدار اسوار كان قدر الثمن او ازيد ثم مرابحة عليه وهو ما اذا قال رقمه كذا وهو صادق ولم يكن خائنا فان غبن المشتري فيه فمن قبل جهله واجيب بما حاصله ان الغصب ملحق بالمعاوضات ولذا صح اقرار الماذون به كما كان اقراره بالمعاوضات جائزا فالقيمة بالقضاء بها بمنزلة الثمن الذي اشترى به وصرح في الفتاوى الكبرى في مسئلة الغاصب انه يقول قام علي بكذا وجواب الثانية باقي في هذا الكتاب والثالثة ما ذكرنا من ان مبنى المرابحة على عدم الخيانة وهو ما اذا قال قيمته كذا او رقمه كذا وهو صادق لم يكن خائنا والحق انه لا يدفع علما على عكس الحد وهو ان المرابحة نقل بالثمن الاول مع زيادة ربح ولا ثمن سابق اصلا والله اعلم وما لا يرد ايضا اذا كان رأس المال عبدا مثلا فباع المبيع مرابحة على العبد ممن اصاب اليه العبد بربح معين فانه يجوز مرابحة ولا يصدق عليه انه بمثل الثمن الاول فانه بعينه لا بمثله ويجاب بان هذا العبد في حكم عبد آخر لان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف الاعيان **قوله** والبيعان جائزان استدل على جوازهما بالمعنى وهو التولية بالنص فقال ان النبي صلى الله عليه وسلم الى آخره وفي التولية احاديث لا شبهة فيها منها ما اخرج عبد الرزاق انا معمر عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال التولية والاقالة والشركة سواء لا بأس به ولا خلاف في مرسل سعيد انا ابن جريج عن ربيعة عن النبي صلى الله عليه وسلم حديثا مستفاضا بالمدينة قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه ويستوفيه الا ان يشرك فيه او يوليه او يقيله وحديث ابي بكر الذي ذكره المص في البخاري عن عائشة وفيه ان ابا بكر قال للنبي صلى الله عليه وسلم خذ بابي انت وامي احدى راحلتي هاتين فقال صلى الله عليه وسلم بالثمن اخرجه في بدء الخلق وفي مسند احمد قال صلى الله عليه وسلم قد اخذتها بالثمن وفي الطبقات لابن سعد وكان ابو بكر قد اشتريهما بثمانمائة درهم من نعم بني قشير فاخذ احدهما وهو القصوى فما رواه المص يصح بالمعنى وتفصيله قريب مما ذكر ابن اسحق في السيرة قال فيها فلما قرب ابو بكر راحلتين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقدم افضلهما ثم قال له اركب فداك ابي وامي فقال صلى الله عليه وسلم لا اركب بعيرا ليس لي فقال فهي لك يا رسول الله قال لا ولكن بالثمن الذي ابتعتها به قال كذا وكذا قال قد اخذتها بذلك قال هي لك يا رسول الله فركبا وانطلقا وذكر السهيلي عن بعض اهل العلم انه سئل لم لم يقبلها الا بالثمن وقد انفق عليه ابو بكر اضعافا غير ذلك وقد دفع اليه حين بنى بعائشة اثنتي عشرة اوقية حين قال له ابو بكر الا تبني باهلك يا رسول الله فقال لولا الصداق فدفع اثنتي عشرة اوقية ونشا وانشا هنا عشرون درهما فقال انما فعل ذلك لتكون الهجرة منه صلى الله عليه وسلم بنفسه وماله رغبة منه صلى الله عليه وسلم في استكمال فضل الهجرة الى الله تعالى وان تكون على اتم احوالها وهو جواب حسن ولها المعنى فهو قوله لاستجماع شرائط الجواز ولما لم يكف ثبوت الشرائط في الشرعية افاد علتها بقوله والحاجة ماسة الى هذا النوع من التصرف لان المعنى الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى ان يعتمد على فعل المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشترى بزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولا يخفى انه لا يحتاج الى دليل خاص بجوازهما بعد الدليل المثبت بجواز البيع مطلقا بما تراضيا عليه بعد ان لا يخل بما علم شرطا للصحة

ويجوز ان يضيف الى راس المال اجرة القصار والطراز والصبغ والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء براس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق بالثمن وحمل وما عددنا لا بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف اجرة التعليم لان ثبوت الزيادة بالمعنى فيه وهو حذاقته

بل دليل شرعية البيع مطلقا بشروطه المعلومة هو دليل جوازها اذ لا زيادة فيها الا اقتران انها باجناس خاص اذ حاصله انه يبيعه بثمن كذا مخبرا بان ذلك الثمن الذي اشتريت به او مع زيادة لا ارضى بدونها ومن معرفة شروط صحة البيع يعلم المذكور بقوله ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض يعني الثمن مالا مثليا كالنقد والحنطة والشعير وما يكال ويوزن والعددي المتقارب بخلاف غير المتقارب كالبطيخ والرمان ونحوهما لانه لو لم يكن له مثل بان اشترى ثوبا بعبد مقايضة مثلا او دابة او ذلك ايا كان بيعا بقيمته عبد حقيقة كذا او بقيمته عبدا ابتداء وهي مجهولة وذلك معلوم انه لا يجوز اما لو كان ما اشتراه به وصل الى من بيعه منه من مرابحة عليه بربح معين كان يقول ابيعك مرابحة على الثوب الذي بيدك وربح درهم او كر شعير او ربح هذا الثوب جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزمه بالثمن بخلاف ما لو باعه والحالة هذه بربح ده يازده فانه لا يجوز لانه باعه براس المال وبعض قيمته فان معنى ده يازده كل عشرة احد عشر وهذا فرع معرفة عدد العشرات وهو تقويم العبد وهذا انما يتأتى على ان نقد ده يازده ومعناه العشرة احد عشر اي كل عشرة ربحها واحد يقتضي ان يكون الحادي عشر من جنس العشرة ولا شك انه غير لازم من مفهوم ذلك ولكن نلزم ذلك رفعا للجهالة والا ثبت وح فالمرابحة على العبد بده يازده يقتضي انه باعه بالعبد ويقتضيا ويشمل بعضه وهو كل عشرة اجزاء من العبد بجزء آخر منه وحين عرف ان المراد كل عشرة دراهم احد عشر لزم حرما ذكر وهو انه باعه بالعبد وبعض قيمته ومن فروع ذلك اشترى عبدا بعشرة خلاف نقد البلد وباعه بربح درهم فالعشرة مثل ما نقد البلد والربح من نقد البلد اذا اطلقه لان الثمن الاول يتعين في العقد الثاني فالربح مطلق فينصرف الى نقد البلد فان بسبب الربح الى راس المال فقال بعتك بربح العشرة احد عشر او بربح ده يازده فالربح من جنس الثمن لانه عرفه بنسبته اليه وفي المحيط اشترى بنقد نيسابور وقال بلخ قام علي بكذا او باعه بربح مائة او بربح ده يازده فالربح وراس المال على نقد بلخ الا ان يصدقه المشتري انه نقد نيسابور او تقوم بينة واذا كان نقد نيسابور دون نقد بلخ في الوزن والجودة ولم يبين فراس المال والربح على نقد نيسابور وان كان على عكسه واشتراه ببلخ فنقد نيسابور لم يعلم انه اوزن او اجود فهو بالخيار ان شاء اخذ وان شاء ترك وعلم ان المعتبر في المرابحة ما وقع العقد اول عليه دون ما وقع عوضا عنه حتى لو اشترى بعشرة فدفع عنها دينارا او ثوبا قيمته عشرة اقل او اكثر فان راس المال هو العشرة لان الدينار والثوب لان وجوب هذا بعقد آخر وهو الاستبدال **قوله** ويجوز ان يضيف الى راس المال اجرة القصار والصباغ اي مهما كان الصبغ او غيره والطراز والفتل واجرة حمل الطعام برا او بحرا لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء براس المال في عادة التجار والاصل ان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به اي براس المال وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته من الطراز والفتل يزيد في العين والحمل من مكان الى مكان يزيد في القيمة لاختلاف القيمة باختلاف الاماكن قال في الايضاح هذا المعنى ظاهر ولكن لا يتمشى في بعض المواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها فاذا ضم ما ذكر يقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب وسوق الغنم والبقر كالحمل يضمه بخلاف اجرة الراعي والبيت للحفظ لانه لا يزيد في العين ولا القيمة فلا يضم وكذا سائق الرقيق وحافظهم وحافظ الطعام والمتاع بخلاف سائق الغنم وكذا اجرة تعليم العبد صناعة او قرآنا او علما او شعرا لان ثبوت الزيادة بمعنى فيه اي في المتعلم وهو حذاقته فلم يكن ما انفقه على التعلم موجبا للزيادة في المالية ولا يخفى ما فيه اذ لا شك في حصول الزيادة بالتعليم ولا شك انه مسبب عن التعليم عادة وكونه بمساعدة القابلية في المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ فلا تمنع نسبته الى التعليم كما لا تمنع نسبته الى الصبغ فانما هو شرط والتعليم علة عادة والقابلية شرط فكيف لا يضم وفي المبسوط اضاف نفي منهم المتفق في التعليم الى انه ليس فيه عرف قال وكذا في تعليم الغناء والعربية قال حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر لحقه

فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند ابي حنيفة رحمه الله انشاء اخذه بجميع الثمن وانشاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف يحط
فيهما وقال محمد في يحط فيهما الحط وهو ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة تروج بترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير لفواته ولابي يوسف ان الاصل
فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بلفظ التولية ولكنك بالثمن الاول او تمسك مرابحة على الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الاول وذا لا يتم
بالحط عنه انه يحط في التولية مقدار الخيانة من راس المال وفي المرابحة منه ومن الربح ولابي حنيفة رح انه لو حط في التولية لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتخير المشتري
فتعين الحط في المرابحة ولو حط تبقى مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتخيير فلو هلك قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ لزمه جميع الثمن
في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط فلا يسقط بالهلاك بتسليم الفائت فيسقط بازائه عند عجزه قال وصار المشتري
قائما عند بيعه ثم هو اشتراه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يبيعه مرابحة على الثمن
الاخير صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة وقول تام على خمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة
لا يبيعه مرابحة اصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين لهما ان العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز ابتداء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث
ولابي حنيفة رح ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتاكد به ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب او استحقاق كالمحقق فيتمكن التهمة
احتياطا ولهذا لم يجز المرابحة فيما اخذ بالشفعة لشبهة الحيلة فصار كانه اشترى خمسة وباعها بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان الثاني كامل بنفسه

براس المال وكذا لا تلحق اجرة الطبيب والراقي والبيطار وجعل الابق لانه نادر لا يلحق بالسابق لانه لا عرف في النادر والجامة والختان لعدم العرف
ويضم اجرة السمسار في ظاهر الرواية وفي جامع البرامكة لا يضم لان الاجارة على الشراء لا تصح الا ببيان المدة ووجه ظاهر الرواية العرف فيه و
قيل ان كانت مشروطة في العقد تضم وقيل اجرة الدلال لا تضم كل هذا اذا لم تجر عادة التجار ولا يضم ثمن الجلال ونحوها في الدواب وتضم الشباب
في الرقيق وطعامهم الا اذا كان سرفا وزيادة ويضم علف الدواب الا ان يعود عليه شيء متولد منها كالبانها وصوفها وسمنها فيسقط قدر قال ويضم
ما زاد بخلاف ما اذا اجر الدابة او العبد او الدار فاخذ اجرته فانه يرابح مع ضم ما انفق عليه لان الغلة ليست متولدة من العين وكذا دجاجة اصاب من بيضها
يحتسب بما ناله وبما انفق ويضم الباقي ويضم اجرة التجصيص والتطيين وحفر البير في الدار والقناة في الارض ما بقيت هذه فان زالت لا تضم وكذا سقي الزرع
والكرم وكسحه ولو قطر الثوب بنفسه او طين او عمل هذه الاعمال لا يضم شيئا منها وكذا لو تطوع متطوع بهذه اعمال وباعارة قوله فان اطلع المشتري على
خيانة في المرابحة اما باقرار البائع او بالبينة او بنكوله عن اليمين فقد ادعاه المشتري هذا على المختار وقيل لا يثبت الا باقراره لانه في دعوى الخيانة متناقض
فلا يتصور بينته ولا نكول والحق سماعها لدعوى العيب ودعوى الحط فانها تسمع فهو بالخيار عند ابي حنيفة ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان
اطلع عليها في التولية يحط قدرها وقال ابو يوسف يحط فيهما اي في المرابحة والتولية وهو قول الشافعي وقال محمد يتخير فيهما وهو قول الشافعي لمحمد ان الاعتبار فيهما ليس الا التسمية لان الثمن
به يصير معلوما وبه ينعقد البيع والاخبار بانه الثمن الاول فيما لا يتعلق الانعقاد به انما هو ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف الكتابة
والخياطة فيفواته يظهر ان الثمن ليس ذلك فيتخير ولابي يوسف ان الاصل فيه اي في عقد المرابحة والتولية كونه تولية ومرابحة وذلك بالبناء على الثمن
الاول فيتعلق به العقد باعتبار انه تولية ومرابحة عليه وذلك بالحط غير انه يحط في التولية مقدار الخيانة من راس المال وفي المرابحة يحط عنه ومن
الربح على نسبته حتى لو رابح في ثوب على عشرة بخمسة فظهر ان الثوب بثمانية يحط ثلاثة دراهم من الثمن درهمين من راس المال وهو الربح خمسة وهو درهم
ولابي حنيفة في الفرق بينهما كما قال ابو يوسف في التولية وهو انه لو لم يحط فيها لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول والعقد انما تعلق باعتبارها فيتغير التصرف
الى بيع اخذه بثمن آخر ولم يوجد ذلك البيع الآخر واما في المرابحة لو لم يحط لا يخرج عن كونها مرابحة لتغير التصرف وان كان يتفاوت الربح فانه يظهر ان الربح
اكثر مما ظنه المشتري فامكن القول ببقاء العقد ولكن تخير لما ذكر محمد من فوات الوصف المرغوب فيه فلو هلك المبيع قبل ان يرده او استهلكه او حدث فيه
ما يمنع الفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط وفيها يلزمه تمام الثمن قبل الفسخ فكذا ههنا
وهو المشهور من قول محمد بخلاف خيار العيب لان المستحق فيه جزء فائت يطالب به فيسقط ما يقابله اذا عجز عن تسليمه واما على قول ابي يوسف فلو هلك المبيع او
انتقص يحط وقوله في الروايات الظاهرة احتراز عما عن محمد من غير رواية الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت اقل من الثمن حتى يندفع الضرر
عن المشتري بناء على اصله في مسئلة التحالف بعد هلاك السلعة انه يفسخ بعد التحالف دفعا للضرر عن المشتري برد القيمة ويسترد الثمن كله ومن اشترى ثوبا فباعه
بربح ثم اشتراه من الذي باعه منه بمثل ما باعه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان الربح استغرق الثمن لم يبعه مرابحة لا الا ان يبين هذا عند ابي حنيفة
وهو مذهب احمد وقال ابو يوسف ومحمد يبيعه مرابحة على الثمن الاخير وهو قول الشافعي ومالك صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة
ممن باعه منه بعد التقابض فانه يطرح من هذه العشرة التي اشتراه بها الخمسة التي ربحها فيبيعه مرابحة على خمسة ويقول قام علي بخمسة ولو اشتراه بعشرة
فباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه ممن باعه منه بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلا الا ان يبين فيقول هذا كنت بعته فربحت فيه عشرة ثم اشتريته بعشرة

قال واذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد لان في هذا العقد شبهة العدم بجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكان له يبيعه بالمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول قال واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثنى عشر ونصف لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر رحمه الله اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع القائم فيه شبهة العدم الا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح

وانما يبيعه بربح كذا على هذه العشرة وعندهما يبيعه مرابحة على الثمن الاخير وهو عشرة في الفصلين من غير بيان لهما ان العقد الثاني وان كان ممن باعه منه فهو عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول ولذا لو كان في الاول خيار لا يكون في الثاني وعلى العكس فلا يدخل فيه ما قبله مرابحة او وضيعة ولذا لو كان اصله هبة او ميراثا فباعه ثم اشتراه كان له ان يبيعه مرابحة على الثمن الاخير ولا يعتبر ما لو كان قبله والا لم تجز المرابحة اصلا وهذا لان بالشراء الثاني يتجدد له ملك غير الاول لان اختلاف الاسباب كاختلاف العين على ما عرف وصار كما لو تخلل ثالث بان اشترى بعشرة ممن اشترى من المشتري منه بعشرين ولابي حنيفة ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد به اسناد العقد الثاني بعد ما كان على شرف السقوط من ذلك الربح بان يظهر المشتري على عيب فيرده فينزل الربح عنه فاذا اشتراه منه تأكد اي تقرر ملكه لذلك الربح وللتأكيد في بعض المواضع حكم الايجاب كما في شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر للتأكيد هم ما كان على شرف السقوط بتقبيل ابن الزوج او بالارتداد وعلى اعتبار التأكيد يصير البائع في مسئلتنا مشتريا بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة دراهم فيكون الخمسة بازاء الخمسة ويبقى الثوب بخمسة وهذا الاعتبار واجب لان الشبهة في المرابحة كالحقيقة لانها تجري المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة لان الغالب في الصلح ذلك فيجب ان يبيعه مرابحة على خمسة فان قيل لو كان كذلك ينبغي ان لا يجوز الشراء بعشرة فيما لو باع بعشرين على انه هذا التفسير يصير في الشراء الثاني كانه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهي حصول الثوب بلا عوض اجيب بان التأكيد انما جعل له شبهة الايجاب احترازا عن الخيانة وذلك يتحقق بالنسبة الى العباد لا بالنسبة الى الشرع وشرعية المرابحة لمعنى راجع الى العباد لا الشرع وكذا اذا رضي المشتري به وقد علم يجوز ولو كان بحق الشرع لم يجز باعتبار اضيهما كما في بيع الربا لو رضيا به واورد على هذا ما لو وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بعشرة واجيب بان ممنوع في رواية وبتقدير التسليم فالبيع الثاني وان كان يتأكد به انقطاع حق الواهب في الرجوع لكنه ليس بمال ولا يثبت به الوكالة الا في عقد يجري فيه الربا ايضا ليس فيه معنى زيادة في الثمن وبخلاف ما اذا باعه بثمن حال مرابحة بعد ما اشتراه بذلك الثمن مؤجلا لان معنى يزداد في الثمن وبخلاف ما اذا باعه بوصيف او دابة او عرض آخر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة على عشرة لانه عاد اليه بما ليس من جنس الثمن الاول ولا يمكن طرحه الا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المرابحة وكذا قلنا لو اشترى لشيء صفقة واحدة بثمن واحد ليس له ان يبيع بعضها مرابحة على حصتها من الثمن لان ذلك لا يكون الا باعتبار القيمة وتعيينها لا يخلو عن شبهة الغلط خلافا للشافعي في ذلك وبخلاف ما لو تخلل ثالث لتأكد الربح بالبيع من الثالث ووقوع الامن من البطلان به فلا يستفيد المشتري الاول بالشراء الثاني تأكيد الربح وهناك بخلافه قوله واذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه اي المولى يبيعه مرابحة على عشرة وكذا اذا كان المولى اشتراه بعشرة فباعه من العبد بخمسة عشر يجب ان يبيعه العبد المرابحة على عشرة لان هذا العقد اعني الذي يجري بين العبد والمولى وان كان صحيحا لافادته ما لم يكن من كسب العبد في كسبه وتسليمه المولى من كسبه ما لم يكن سالما فانه شبهة العدم لان الحاصل للعبد لا يخلو عن حق المولى ولهذا كان للمولى ان يستوفي ما في يده لنفسه ويقضي دينه من عنده وكذا في كسب المكاتب ويصير ذلك الحق حقيقة اذا عجز فرد في الرق فصار كانه باع ملكه لنفسه من نفسه واشترى ذلك لنفسه لنفسه ولكن الفائدة التي ذكرنا باصحيحه تظهر انه جائز مع المنافي وهو كونه عبدا والمستلزم لكون المال له لولا الدين فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للعقد الاول وهو الكائن بعشرة فيصير كان العبد اشتراه بعشرة لاجل المولى في الفصل الاول وهو ما اذا اشتراه العبد وباعه من المولى وكانه يبيعه لاجل المولى في الفصل الثاني فهو ما اذا باعه المولى من عبده فكان المعتبر الثمن الاول وهذه المسئلة بالاتفاق وكذا الجواب اذا كان مكان

قال ومن اشترى جارية فاعورت أو وطئها أو قبلها أو لمسها بشهوة لا يبين لأنه لا عيب عند الشراء يقابله الثمن من الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن في هذه الوقائع قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسئلة فيما إذا لم ينقصها الوطء

المأذون يكاتب العبد بالاتفاق وقوله فاعتبر عدما في حكم المرابحة يفيد أنه إنما اعتبر عدما للمرابحة لا لكونه معدوما من وجه وسببه أن المرابحة بيع أمانة تنفي عنه كل تهمة وخيانة والمسامحة جارية بين السيد وعبده ومكاتبه فتتهم بأنه اشتراه منه بزيادة أو باعه منه كذلك ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله واشترى شيئا من أبيه أو ابنه أو أحد ممن لا ترد شهادته له لا يبيع واحد منهما مرابحة إلا على الثمن الذي قام على البائع إلا أنهما خالفاه في هذه فقالا يبيعه مرابحة على ما اشتراه من هؤلاء لتباين الأملاك والحقوق فكأنهما لأجنبيين فأبو حنيفة يقول ما يجعل لكل من هؤلاء كأنه لأجنبي وجه ولهذا لا تقبل شهادة أحدهم لآخر وتجري المسامحة بينهم فكان الاحتياط فيما ذكرنا ثم القيد المذكور هو كونه مديونا بما يحيط برقبته مصرح به في الجامع من رواية محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة والمشايخ في تقرير هذا المسائل بينهم من ذكره كقاضي خان ومنهم من لم يقيد بالمحيط كالصدر الشهيد فقال عبد مأذون عليه دين محيط برقبته أو غير محيط ومنهم من لم يذكر الدين أصلا كشمس الأئمة في المبسوط فقال إذا اشترى من أبيه أو أمه أو مكاتبه أو عبده ولا شك أن ذكره وعدمه في حق الحكم المذكور سواء بل إذا كان لا يرابح إلا على الثمن الأول فيما إذا كان عليه دين محيط مع أنه أجنبي من كسبه فلأن لا يرابح إلا عليه فيما إذا لم يكن عليه دين أولى لأنه ترجح لا ينعقد النقد الثاني أصلا لأنه بيع ماله من نفسه أو يشتريه وإنما قائمة لثبوت صحة النقد الثاني وعدمه والحكم المذكور على التقديرين لا يختلف ولو اشترى من شريكه سلعة إن كانت ليست من شركتهما يرابح على ما اشتراه ولا يبين وإن كانت من شركتهما فإنه يبيع نصيب شريكه على ضمانه في الشراء الثاني ونصيب نفسه على ضمانه في الشراء الأول نحو أن يكون السلعة اشتريت بألف من شركتهما فاشتراها أحدهما من صاحبه بألف ومائتين فإنه يبيعها مرابحة على ألف ومائة لأن نصيب شريكه من الثمن بستمائة ونصيب نفسه من الثمن الأول خمسمائة فيبيعها على ذلك ومنه مسئلة الكتاب التي ذكرها بقوله وإذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فإنه يبيعه بثنتي عشر ونصف لأن هذا بيع وإن قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر فإنه مع أنه اشترى ماله بماله وهو وجه المنع لزفر ولكنا اجتزأنا لما فيه من فائدة استفادة ولاية التصرف وهو المقصود بعدما كانت منتفية لانقطاع ولاية التصرف عنه بالتسليم إلى المضارب والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم الا ترى أنه أي المضارب وكيل عنه أي عن رب المال في البيع الأول من وجه وذلك يمنع صحة بيعه منه كما لا يصح بيع الوكيل من موكله ما وكله بشرائه لأنه ماله وتصرفه فيه جائز ومن وجه آخر هو مال المضارب حتى إذا اشترى لا يجوز حجر رب المال عليه في البيع ولو اشترى المضارب جارية لا يجوز لرب المال وطؤها وإن لم يكن في المال ربح فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح الذي هو حصة رب المال كمثل ما ذكرنا في التي قبلها فيبيعه على أقل الثمنين لاحتياط على حصة المضارب من الربح لأن المضارب في ذلك المقدار بمنزلة الأجنبي فلا يتهم فيه فلو اشتراه بأكثر فاقتسماه فأرادا أحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على حصته من الثمن إن كانت القسمة استيفاء محضا كالكيلي والوزني والعددي المتقارب جاز بيعه مرابحة وإن كان مبادلة كالأشياء المتفاوتة لم يجز بيعه مرابحة إلا على التقويم وهو مفسر في المرابحة كما ذكرنا **قوله** ومن اشترى جارية فاعورت أي من غير صنع أخذ بل بآفة سماوية أو بصنعها بنفسها يبيعها مرابحة ولا يبين أنه اشتراها بذلك الثمن وليس بهذا العور وكذا لو وطئها وهي ثيب ولم ينقصها الوطء وهذا لأن الأوصاف لا يقابلها جزء من الثمن لأنها تابعة ولم تكن مقصودة بالإتلاف فلهذا لو فاتت قبل التسليم إلى المشتري بعد العقد لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها جزء من الثمن وعن أبي يوسف في الفصل الأول وهو ما إذا عورت الجارية أنه لا يبيع مرابحة من غير بيان كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي وزفر والاحتباس بفعله محل الاتفاق كما ذكره بقوله وأما إذا فقئ عينها بنفسه أو فقأها أجنبي بأمر المشتري أو بغير أمره فأخذ أرشها لم يبعها مرابحة حتى يبين والتقييد بفعل المشتري والأجنبي

وعن ابي يوسف رح في الفصل الاول انه لا يبيعه من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وقول الشافعي رح واما اذا
تقاعدها بنفسها وتقاعدها اجنبي فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار مقصودا بالاتلاف فقابلها جزء
من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ولو اشترى
ثوبا فاصابه قرض فاره او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين الشيء بيانا

احترازا عما لو تعيبت عينها بنفسها فانه كما بالآفة السماوية لانه هدر فلا يكون المشتري حابسا شيئا واخذ الارش ليس لتقييد بل اذا عوضها الاجنبي لا يرابح
بها لتحقق وجوب الضمان والفرق لنا انه صار مقصودا بالاتلاف فخرج عن التبعية بالقصدية فوجب اعتباره فيقابل بعض الثمن وكذا اذا وطئها وهي
بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ومن هذا لو اشترى ثوبا فاصابه قرض فاره او حرق نار او طعام فتغير يبيعه مرابحة
من غير بيان وقرض بالقاف وذكره ابو اليسر بالفاء ولو تكسر الثوب بنشره وطيه لزمه البيان لانه بفعله قال الفقيه ابو الليث وقول زفر اجود
وبه ناخذ واختياره هذا احسن لان مبنى المرابحة على عدم الجناية وعدم ذكره انها انتقصت ايهام للمشتري ان الثمن المذكور كان لها ناقصة والظاهر
انه لو علم ان ذلك ثمنها صحيحة لم ياخذها معيبة الا بحطيطة وقد ذكر اول الباب ان سبب شرعية المرابحة اعتماد الغبي ان الثمن قيمتها حيث اشترى
من له خبرة به فيطيب قلبه بشرائها بمع زيادة ربح لظنه انه قيمتها وهذا يبين انه لا يرد ثم شراؤها الا بقيمتها كي لا يغبن وانه لو علمه لم يرض فكان سكوته
تغريرا له وقريب من هذا ما روى هشام عن محمد ان ذلك اذا انتقصه العيب شيئا يسيرا فان نقصه قدرا لا يتغابن فيه لا يبيعه مرابحة يعني بلا بيان
لكن قولهم هو كما لو تغير السعر يا مر الله تعالى فانه لا يجب عليه ان يبين انه اذا اشتراه في حال غلائه به وكذا لو اصغر الثوب لطول مكثه او توسخ الزاهر
واستشكل على قوله انفات وصف لا يقابله شيء من الثمن باشتراه مؤجلا فان الاجل وصف ومع ذلك لا يجوز بيعه مرابحة بلا بيان اجيب بان الاجل
يعطى لاجله جزء من الثمن عادة فيكون كالجزء فيلزمه البيان على قوله منافع البضع لا يقابلها شيء من الثمن ما اذا اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها
عيبا لم يتمكن من ردها وان كانت ثيبا وقت الشراء وذلك لاعتبار المشتري بالوطء حابسا جزءا من المبيع عنده واجيب بان عدم الرد في هذا ليس لما
ذكرت بل لانه لو ردها فاما مع العقر احترازا عن الوطء مجانا او من غير عقر لا وجه الى الاول لعود الجارية مع زيادة والزيادة تمنع الفسخ لانه لا يرد على
الزيادة ولا الى الثاني لانها تعود الى قديم ملكه ويسلم للمشتري الوطء بلا عوض باعتبار البيع وذلك لا يجوز بخلاف الواهب اذا رجع بعد وطء الموهوبة
حيث يصح ولا يلزم الموهوب له شيء لانه يسلم كلها للموهوب بلا عوض فيجوز ان يسلم له الوطء بلا عوض ولا يجوز في صورة البيع ان يفسخ البيع ويسلم
للمشتري او للبائع زيادة متولدة من العين او بشيء وجب باتلاف العين كالولد والارش والعقر وكذا الوطء فروع لو اصاب من غلة الدار والدابة
شيئا رابح بالاتفاق لان الغلة ليست متولدة انما هو استيفاء منفعة فاستيفاء المنفعة لا يمنع بيع المرابحة بخلاف ما لو اصاب من لبن الغنم وصوفها انه اذا
رابح يسقط من راس المال قدر ما اصابه من ذلك ويقول قام علي بكذا وتقدم انه اذا انفق في طعام الرقيق والدواب انه يضمن في غير السرف ولو ولدت
الجارية او الغنم او ثمر النخيل وبيع الاصل مع الزيادة مرابحة لانه لم يحبس شيئا من المعقود عليه ولان نقصان الولادة بغير فعل ثم الزيادة بجزء ولو استهلك
المشتري الزيادة لم يبع الاصل مرابحة حتى يبين ما اصاب منها لانها متولدة من العين والمتولد بجزء المبيع وكذا اذا استهلك الالبان والسمن فانه
لا يرابح الا ببيان وفي المبسوط اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه بمائتين ثم باعاه مرابحة او تولية او وضيعة فالثمن بينهما اثلاثا ولو باعاه مساومة
يكون بينهما نصفين لان المسمى فيه بمقابلة الملك ولهذا استوى فيه المشتري والموهوب وبيعهما في العبد سواء بخلاف تملك العقود فان الثمن
فيها مبني على الاول ولو حط البائع الاول من الثمن بعدما باعه المشتري مرابحة فانه يحط ذلك من المشتري الآخر مع حصته من الربح
ولو كان ولاء حط ذلك عندنا وعند زفر والشافعي لا يحط عن الثاني بهذا السبب شيء واصله ان الحط يلتحق باصل العقد عندنا و
عنده لا بل هو هبة مبتدأة لا تتم الا بالتسليم وكذا الزيادة عندنا حتى يصير كان العقد عقدا بالبقي ويثبت ذلك في حق الشفيع والموكل وهذا

قال ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فان شاء رده والشاء قبل لان الاجل
شبها بالمبيع الا يرى انه يزاد في الثمن لاجله والشبهة ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين بالالف وباع احدهما بالمائة لا انه شاء
بثمنهما والاقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير كما في العيب ان استهلكه ثم علم لزمه بالف
ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن **قال** فان كان ولاه اياه ولم يبين رده الشاء لانه في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء
على الثمن الاول وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة لما ذكرنا وعن ابي يوسف انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا
استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الافتراق وسيأتيك من بعد الشاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وثمن مؤجل
فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه متعارف قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه
لان الثمن حال **قال** ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البائع في
المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذه والشاء تركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كخيار القبول
الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه اذا علم في المجلس انما يجوز لان الرضاء لم يتم قبل تمام العلم فيثبت له الخيار

بخلاف الوضيعة في المرابحة والتولية فان له ان يرابح على كل الثمن ويوليه **قوله** ومن اشترى غلاما او غيره بالف نسيئة فباعه بربح مائة ولم
يبين انه اشتراه نسيئة بالالف فعلم المشتري بذلك فله الخيار ان شاء رده وان شاء قبل بالالف والمائة حالة وانما ثبت له الخيار لان الاجل شبها
بالمبيع الا ترى انه يزاد في الثمن لاجله والشبهة ملحقة بالحقيقة فكان كانه اشترى شيئين بالالف وباع احدهما بها على وجه المرابحة وهذا خيانة فيما اذا كان
مبيعا حقيقة فاذا كان احد الشيئين يشبه المبيع يكون هذا شبهة الخيانة وشبهة الخيانة ملحقة بالحقيقة في المرابحة فاذا ظهرت يجبر على ما عرف من مذهب
ابي حنيفة ومحمد ولو فرع على قول ابي يوسف ينبغي ان يحط من الثمن ما يعرف ان مثله في هذا يزاد لاجل الاجل هذا اذا علم الخيانة قبل هلاك المبيع فلو علم
بعد هلاكه او استهلكه لزمه بالف ومائة حالة لان الاجل لا يقابله شيء حقيقة والذي كان ثابتا له مجرد دعوى فقد تعذر بعد هلاكه وكذا لو كان ولاه
اياه ولم يبين انه اشتراه الى اجل المشتري قبل الهلاك يعني ثبت له خيار الرد وقبوله بالالف الحالة ولو فرع على قول ابي يوسف ينبغي ان يفعل ما ذكرنا
وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة لما ذكرنا من ان الاجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة وعن ابي يوسف ان بعد الهلاك يرد القيمة ويسترد كل الثمن
وهو نظير قوله فيما اذا استوفى صاحب الدين من دائنه مكان الدين الجياد زيوفا وهو لا يعلم بزيافتها حتى افترقا فانه عند ابي يوسف يرد مثلها من
الزيوف ويسترد الجياد وسيأتيك ان شاء الله تعالى في مسائل متفرقة وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل فيرجع بفضل ما بينهما على البائع قال الفقيه ابو جعفر
الهندواني ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه متعارف فقيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن
ما كان الا حالا في العقد اما لو فرضنا انه باعه بلا شرط اجل فلم ينفذه الى شهر مطلا فلا شك انه يبيعه مرابحة بالالف **قوله** ومن ولى رجلا شيئا بما قام
عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البائع يعني في المجلس بما قام به عليه فهو بالخيار ان شاء اخذ المبيع و
ان شاء ترك لان الفساد وان كان في صلب العقد لكنه لم يتقرر وانما يتقرر بمضي المجلس وهذا يبين ان هذا العقد ونحوه من البيع برقمه قبل
معرفة الرقم ينعقد فاسدا لعارضية الصحة وهو الصحيح بخلاف ما روي عن محمد انه صحيح له عارضية الفساد ولما كان المجلس جامعا للمتفرقات يعتبر الواقع
في اطرافه كالواقع معا وكان تاخير البيان اي بيان قدر الثمن كتاخير القبول الى آخر المجلس فانه يجوز ويتصل بالايجاب السابق اول المجلس كذا
هذا يكون سكوته عن تعيين الثمن في تحقق الفساد موقوفا الخ فان تبين فيه اتصل بالايجاب الذي سكت فيه عنه وان انقضى قبله تقرر الفساد
فلا ينقلب بعده صحيحا وانما يتخير بعد العلم في المجلس لان الرضى لم يتم قبله فلم يتم البيع كما في خيار الرؤية لم يتم الرضى قبل الرؤية فعند وجودها
يتخير **فروع** اشترى ثوبا ليس له ان يرابح على ذراع منه لان الثمن لا ينقسم على ذرعانه ولو رابح على ما له نسيئة معلومة منه كنصفه ثلثه ثمنه
جاز ولو اشترى نصف عبد بمائة ثم اشترى النصف الآخر بمائتين فله ان يبيع اي النصفين شاء مرابحة على ما اشتراه به وان شاء باع كله مرابحة
على ثلثمائة ويقوم قام على بكذا ولو وهب له البائع الثمن كله فله ان يرابح على الثمن كله ولو وهب له او حط عنه بعضه ليس له ان يرابح الا على ما بقي
ولو باعه بالثمن عرضا او اعطى به رهنا فهلك كان له ان يرابح على الثمن لانه صار قابضا له بهذا الطريق ولو اشترى بعشرة جياد ونقده زيوفا فتجوز
بها البائع فله ان يرابح على عشرة جياد ولو وهب ما اشتراه بعشرة ثم رجع فيه له ان يبيعه مرابحة على العشرة وكذا ان باعه ثم رد عليه بعيب او فساد بيع او
خيار او اقالة ان يرابح على الثمن الذي كان اشترى به ولو اشترى ثوبا فباعه ثم رجع اليه بميراث او هبة لم يكن له ان يبيعه مرابحة لانه ما عاد الى الملك
المستفاد بالشراء الاول ولو وجد بالمبيع عيبا فرضي به له ان يبيعه مرابحة من الثمن الذي اشتراه به لان الثابت له خيار اسقاطه ولا يمنع من البيع مرابحة

فصل ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه لانه غرر لعلو عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد بهلاكه

كما لو كان فيه خيار الشرط او رؤية وكذا لو اشتراه مرابحة فاطلع على خيانة فرضي به كان له ان يبيعه مرابحة على ما اخذ به لما ذكرنا ان الثابت له مجرد خيار ولو اشترى شيئا بكيل فاخبر به على انسان وهو لا يشتري بذلك القدر بالكيل فليس له ان يبيعه مرابحة من غير بيان ولو اشترى بالدين بما يباع بمثله جاز ان يرابح عليه سواء اخذه بلفظ الشراء او بلفظ الصلح في رواية وفي ظاهر الرواية لا فرق بين الصلح والشراء لما تقدم لكن الوجه انه اذا علم ثمنه وجب ان يرابح عليه لان منع المرابحة ما كان الا لتهمة الخيانة فاذا تيقن انتفاؤها ارتفع المانع بينه وبين الله تعالى ولو اشترى بزرعة ثياب فاقتسماها ليس لاحدهما ان يبيع ما خصه مرابحة بخلاف ما لو اشترى كيلا او جنسا واحدا فاقتسماه حيث يجوز ذلك ولو اشترى الزرعة واحد فقومها ثوبا ثوبا ليس له ان يبيع ثوبا منها مرابحة على ما قوم الا بما قدمنا من انه يقول قيمته هذا الف وقوم هذا بكذا واما ابيعك مرابحة على هذه القيمة كما مر في الرقم بازيد من ثمنه اما لو اسلم في ثوبين ووصفهما بصفة واحدة فليس له ان يبيع احدهما مرابحة على نصف راس مال السلم عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز ولو باع نصف ما اشتراه مرابحة على نصف ثمنه ان كان ثوبا واحدا ليس له ذلك وان كان شيئا وهو جنس واحد كطعام اكل نصفه كان له ذلك لانقسام الثمن عليه بالاجزاء بخلاف الاول لان القسمة عليه بالقيمة باعتبار الاوصاف اعني الذرعان ولا ينقسم الثمن باعتبارها وعلى هذا ينبغي ان يرابح في نصف العبد على نصف الثمن ولو اشترى ثيابا بصفقة واحدة كل ثوب بكذا فله ان يبيع كل واحد مرابحة عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد لا يرابح حتى يبين انه اشتراه مع غيره ولو باعه بوضيعة رد بازائه نظر فيه ان يجعل كل درهم من راس المال احد عشر جزءا فاذا كان الثمن عشرة فتكون الجملة مائة وعشرة فتسقط عشرة فيصير جملة الثمن تسعة وجزأ من احد عشر جزءا من درهم

فصل ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه

اتفقا على البيع ولم يقل ان يتصرف فيه ليكون اتفاقه فان محمدا يجيز الهبة بعد القبض قبل القبض وقال مالك يجوز جميع التصرفات من بيع وغيره قبل القبض الا في الطعام لانه صلى الله عليه وسلم خص الطعام بالنهي في حديث رواه مالك عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه اخرجه الشيخان وفي لفظ حتى يقبضه قلنا قد رواه ابن عباس ايضا قال واحسب كل شيء مثل الطعام اخرجه عنه ائمة الكتب الستة وعضد قوله ما روى ابو داود عن ابي اسحق عن ابن عمر قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوجبته لنفسي رجل فاعطاني فيه ربحا حسنا فاردت ان اضرب على يده فاخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك وصححه وقال في التنقيح سنده جيد وقال ابن اسحق صرح فيه بالحديث واخرج النسائي ايضا في سننه الكبرى عن يعلى بن حكيم عن يوسف بن ماهك عن عبد الله بن عصمة عن حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله اني رجل ابتاع هذه البيوع وابيعها فما يحل لي منها وما يحرم قال لا تبيعن شيئا حتى تقبضه ورواه احمد في مسنده وابن حبان وقال هذا الحديث مشهور عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام ليس بينهما ابن عصمة والحاصل ان المخرجين منهم من يدخل ابن عصمة بين ابن ماهك وحكيم ومنهم من لا وابن عصمة ضعيف جدا في قول بعضهم قال صاحب التنقيح قال ابن حزم عبد الله بن عصمة مجهول فصح الحديث من رواية يوسف بن ماهك نفسه عن حكيم لانه صرح في رواية قاسم بن اصبغ بسماعه منه والصحيح ان بينهما عبد الله بن عصمة الجشمي الحجازي ذكره ابن حبان في الثقات وقال عبد الحق انه ضعيف وتبعه ابن القطان وكلاهما يخطئ وقد اشتبه عليهما عبد الله بن عصمة هذا بالنصيبي او غيره ممن يسمى عبد الله بن عصمة انتهى كلامه فالحق ان الحديث حجة والذي قبله كذلك والحاجة بعد ذلك الى دليل التعميم

ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد والحديث محمول على الغالب لان الاجارة تقبل هذا الخلاف لو سلم فالمعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر

بغير العقار لابي حنيفة ما ذكرناه والاحاديث كثيرة في هذا المعنى ثم علل الحديث بان فيه غرر انفساخ العقد الاول على اعتبار هلاك المبيع قبل القبض فيتبين رح انه باع ملك الغير بغير اذنه وذلك مفسد العقد وفي الصحاح انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوي عنك علمه والدليل على اعتبار هذا المعنى انا رأينا التصرف في ابدال العقود التي لا تنفسخ بالهلاك جائز فلا يضرها غرر الانفساخ كالتصرف في المهر لها وبدل الخلع للزوج والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد قبل القبض جائز اذا كانت لا تنفسخ بالهلاك فظهر ان السبب ما قلنا هذا وقد الحقوا بالبيع غيره فلا تجوز اجارته اذا كانت الاجرة عينا ولا هبته ولا التصدق به خلافا لمحمد في الهبة والصدقة وكذا اذا اصدقها من غير بائعه فلا يجوز شيء من ذلك واذا اجاز محمد هذه التصرفات في المبيع قبل القبض ففي الاجرة اذا كانت عينا قبل قبضها اولى فصار الاصل ان كل عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض لم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه كالمبيع في البيع والاجرة اذا كانت عينا في الاجارة وبدل الصلح عن الدين اذا كان عينا لا يجوز بيع شيء من ذلك به لان يشترك فيه غيره الى آخر ما ذكرنا وما لا ينفسخ بهلاك العوض فالتصرف فيه قبل القبض جائز كالمهر اذا كان عينا وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد كل ذلك اذا كان عينا يجوز بيعه وهبته واجارته قبل قبضه وسائر التصرفات في قول ابي يوسف ولو اوصى قبل القبض ثم مات قبل القبض صحت الوصية بالاجماع لان الوصية اخت الميراث ولو مات قبل القبض ورث عنه فكذا اذا اوصى به ثم قال محمد رح كل تصرف لا يتم الا بالقبض كالهبة والصدقة والرهن والقرض هو جائز كالبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فقبضه ووجهه ان تمام هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائل عنده ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه وقاسه بهبة الدين لغير من عليه الدين فانها تجوز اذا سلطه على قبضه اذ لا مانع فانه يكون نائبا عنه ثم يصير قابضا لنفسه كما لو قال اطعم عن كفارتي جاز ويكون الفقير نائبا عنه في القبض ثم قابضا لنفسه بخلاف البيع وابو يوسف يقول البيع اسرع انفاذا من الهبة بدليل ان الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ايضا وهذه التصرفات تنبني على الملك وغرر الانفساخ يمنع تمامه وكان قاصرا في حق اطلاق التصرف واما العتق عن كفارتي فانه طلب التمليك لا تصرف مبني على الملك القائم فان قيل لو اعتبر الغرر امتنع بعد القبض ايضا لاحتمال ظهور الاستحقاق فالجواب انه اضعف لان ما يتحقق به بعد القبض يتحقق به قبله ويزيد باعتبار الهلاك ايضا وكان اكثر وطئا قبل القبض ولان اعتباره بعده يسد باب البيع ولو باعه المشتري من بائعه قبل قبضه لا يجوز ولو وهبه يجوز على اعتبار مجازا عن الاقالة فان قيل هذا النهي باعتبار امر مجاور فينبغي ان لا يوجب الفساد كالبيع وقت النداء اجيب بان الغرر في البيع لا مجاور له فانه باعتبار انه مملوك او غير مملوك للمشتري على تقدير الهلاك واورد على التأثير ان بعد تسليم ان البيع ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض اي امتناع فيه فليكن كذلك وغاية الامر انه ظهر ان البيع الثاني لم يصح فيتبين ان مثله واقع في الشفعة والبيع بعد ظهور الاستحقاق قوله ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو قوله الآخر وقال محمد لا يجوز وهو قول ابي يوسف الاول وقول الشافعي اعتبارا بالمنقول رجوعا الى اطلاق الحديث يعني عمومه وهو ما في حديث حكيم بن حزام صلى الله عليه وسلم لا تبيعن شيئا حتى تقبضه بخلاف ما قبله من حديث ابن عمر فانه خاص بالمنقول اعني قوله نهى عن بيع السلع حتى يحرزها التجار الى رحالهم وللنهي عن ربح ما لم يضمن ولو باع العقار يربح فيلزمه ربح ما لم يضمن وصار بيع العقار كاجارته واجارته قبل قبضه لا يجوز فكذا بيعه ولان السبب وهو البيع انما يتم بالقبض ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالحادث عند العقد والملك انما يتأكد بتأكد السبب وفي هذا العقار والمنقول سواء ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف ان ركن البيع صدر من اهله في محله والمانع المشير للنهي وهو غرر الانفساخ بالهلاك

قال ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله او اتزنه ثم باعه مكايلة او موازنة لم يجز للمشتري منه ان يبيعه الا ان يأكله حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب ذراعا لان الزيادة له اذا الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر

منتف فان هلاك العقار نادر والنادر لا عبرة به ولا يبنى الفقه باعتباره فلا يمنع الجواز وهذا لانه لا يتصور هلاكه الا اذا انهار بحر او نحوه حتى قال بعض المشايخ ان جواب ابي حنيفة في موضع لا يخشى عليه ان يصير بحرا او يغلب عليه الرمال واما في موضع لا يؤمن عليه ذلك فلا يجوز كما في المنقول ذكره الجبولي وفي الاختيار حتى لو كان على شط البحر او كان المبيع علوا لا يجوز بيعه قبل القبض والحديث الذي استدل به معلول به اي بغرر الانفساخ والدليل عليه ان التصرف الذي لا يمتنع بالغرر نافذ في المبيع قبل القبض وهو العتق والتزوج عليه وبه ظهر فساد قولهم ان تأكد الملك يتأكد بسبب وذلك بالقبض لان العتق في استدعاء الملك التام فوق البيع ويجوز في المبيع قبل القبض العتق وانما قلنا التزوج لا يبطل بالغرر لانه لو هلك المهر المعين لزم الزوج قيمته ولم ينفسخ النكاح واورد انه تعليل في مقابلة النص فانه تخصيص عمومه فيؤدي الى تقديم القياس والمعنى على النص وهو ممنوع الجواب انه خص منه اشياء منها جواز التصرف في الثمن قبل قبضه وكذا المهر يجوز لها بيعه وهبته وكذا الزوج في بدل الخلع وكذا رب الدين في الدين اذا ملكه غيره وسلطه على قبضه جاز وكذا اخذ الشفيع قبل قبض المشتري ولا شك ان تملكه شراء قبل القبض فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل التمليك ببدل لم يثبت للشفيع حق الاخذ قبل القبض وهذا يخرج الى الاستدلال بدلالة الاجماع على جواز بيع العقار قبل القبض واما الالحاق بالاجارة ففي منع الاجارة قبل القبض منع فانه قيل انه على هذا الخلاف والصحيح كما قال في الفوائد الظهيرية ان الاجارة قبل القبض لا تجوز بلا خلاف لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها قبل القبض وفي الكافي وعليه الفتوى واذا عرف من الجواب ان التصرف في الثمن قبل القبض يجوز ففي المبيع لا يجوز كان تتميمه بان نذكر مناسبة البيع عن الثمن وان كان قد سلف فالدراهم والدنانير اثمان ابدا وذوات القيم مبيعة ابدا والمثليات من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة اذا قوبلت بالنقد مبيعة او بالاعيان وهي معينة ثمن وغير معينة فمبيعة كن قال اشتريت كرا من الحنطة بهذا العبد فلا يصح الا بشرائط السلم وقيد المثليات اذا لم تكن معينة وقوبلت بغيرها ثمن مطلقا ولو ادخل عليها البائع اذا عرف هذا فالاثمان يجوز التصرف فيها قبل القبض استبدالا في غير الصرف والسلم واختلف في القرض والاصح جوازه والمبيعات تقدم حالها عند ذكر الالحاق ولو باع عبدا وسلمه ثم اقال فبيعه من المشتري قبل القبض يجوز ومن الاجنبي لا يجوز وللشافعي قولان والاصل ان البيع متى انفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه في حق كافة الناس فبيعه قبل القبض جائز من كل احد وما هو فسخ في حق العاقدين بيع في حق ثالث يجوز من المشتري لا الاجنبي قوله ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة اي اشتراه على كذا كيلا او وطلا فاكتاله او اتزن لنفسه ثم باعه مكايلة في المكيل او موازنة في الموزون لم يجز للمشتري منه ان يبيعه حتى يقيد الكيل والوزن لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري وروي من حديث جابر بهذا لكن بلفظ الصاعان معرفا اسنده عنه ابن ماجه واسحق بن ابي شيبة فجاعل محمد بن عبد الرحمن بن ابي ليلى وبلفظه من حديث ابي هريرة بزيادة فيه فيكون لصاحب الزيادة وعليه النقصان رواه البزار ثنا محمد بن عبد الرحمن ثنا مسلم الجرمي ثنا مخلد بن حسين عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن ابي هريرة وقال لا نعلمه يروى عن ابي هريرة الا من هذا الوجه وله طريقان آخران عن انس وابن عباس ضعيفان وقال عبد الرزاق انبأ معمر عن يحيى بن ابي كثير ان عثمان بن عفان وحكيم بن حزام كانا يبيعان التمر ويجعلانه في غرائر ثم يبيعانه بذلك الكيل فنهاهما رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبيعا حتى يكيلا لمن ابتاعه منهما فهذا الحديث حجة لكثرة تعدد طرقه وقبول الائمة اياه فانه قد قال بقولنا هذا مالك والشافعي واحمد وحين علله الفقهاء بجعله من تمام القبض اذ بالكيل تميز حقه عن حق البائع اعني ان يكون القفيز او ازيد فيضيع ماله عند البائع او مال البائع عنده فالحقوا بمنع البيع منع الاكل قبل الكيل والوزن وكل تصرف مبني على الملك كالهبة والوصية وما اشبههما فالحقوا بالمكيل والموزون وينبغي الحاق المعدود

ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع البائع والمشتري هو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ويحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عددا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لانه ليس بمال الربا وكالموزون فيما يروى عن ابي حنيفة رح لانه لا تحل له الزيادة على الشرط قال والتصرف في الثمن قبل القبض جائز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع

الذي لا يتفاوت كالجوز والبيض اذا اشترى معدودة وبه قال ابو حنيفة في اظهر الروايتين عنه فاسد البيع قبل العد ثانيا لاتحاد الجامع وهو وجوب تعرف المقدار وزوال احتمال اختلاط المالين فان الزيادة فيه للبائع خلافا لما روي عنهما من جواز البيع الثاني قبل العد ولما كان في المذروعات الزيادة عند الحنفية للمشتري لم يلحقوها فلو اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع جاز ان يبيعه قبل الذرع لانه لو زاد كان المشتري ولو نقص كان له الخيار فاذا باعه بلا ذرع كان مستطيعا خياره على تقدير النقص وله ذلك ولما كان النهي عن بيع الطعام اقتصر على ما اذا كان المكيل او الموزون مبيعا فلو كان ثمنا بان اشترى بهذا البر على انه كر فقبضه جاز تصرفه فيه قبل الكيل والوزن لانه التصرف في الثمن قبل قبضه جائز فاولى ان يجوز التصرف فيه قبل ما هو من تمام قبضه ثم لا يخفى ان ظاهر النص منع بيع الطعام الا مكايلة ويقتضي منع بيعه مجازفة ولا نعلم خلافا في ان ظاهره متروك وانه محمول على ما اذا وقع البيع مكايلة اما اذا اشتراه مجازفة في بيع صبرة فله ان يتصرف فيه قبل الكيل والوزن لان كل المشار اليه له فلا يتصور اختلاط الملكين وقول المص فيه لان الزيادة له قيل معناه الزيادة على ما كان يظنه فان ابتاع صبرة على ظن انها عشرة فظهرت خمسة عشر وتكلف غيره وكذا ما يفيد ظاهره من التزام جريان الصاعين محمول على ما اذا اشتراه البائع مكايلة وباعه كذلك اما اذا اشتراه مجازفة فانما يحتاج اذا باعه مكايلة الى كيل واحد للمشتري وقول الراوي حتى يجري فيه صاعان صاع البائع معناه لنفسه فهو محمول على ما اذا كان البائع اشتراه مكايلة اما لو كان ملكه بالارث او الزراعة او اشتراه مجازفة او استقرض حنطة على انها كر باعها فالحاجة الى صاع واحد وهو صاع هذا المشتري وان كان الاستقراض تمليكا بعوض كالشراء لكنه شراء صورة عارية حكما لان ما يرده عين المقبوض حكما ولهذا لم يجب قبض بدله في مال الصرف فكان تمليكا بلا عوض حكما ولو اشتراها مكايلة ثم باعها مجازفة قبل الكيل وبعد القبض في ظاهر الرواية لا يجوز لاحتمال اختلاط ملك البائع بملك بائعه وفي نوادر ابن سماعة يجوز واذا عرف ان سبب النهي امر يرجع الى المبيع كان البيع فاسدا ونص على الفساد في الجامع الصغير ونص على انه لو اكله قد قبضه بلا كيل لا يقال انه اكل حراما لانه اكل ملك نفسه الا انه ثم لتركه ما امر به من الكيل وكان هذا الكلام اصلا في سائر المبيعات بيعا فاسدا اذا قبضها فملكها ثم اكلها وتقدم انه لا يحل اكل ما اشتراه شراء فاسدا وهذا يبين ليس كل ما لا يحل اكله اذا اكله ان يقال فيه اكل حراما **قوله** ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع من المشتري الثاني وان كان كاله لنفسه بحضرة المشتري عن شرائه هو لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط بالنص ولا بكيله بعد البيع الثاني بغيبة المشتري وغيبته وكيله في القبض لان التسليم الى الغائب لا يتحقق وهذا الكيل المأمور به لتسليم المقدار الواجب وان كان الوزن بعد القبض بحضرة المشتري مرة فيه اختلاف المشايخ قال عامتهم كفاه ذلك حتى يحل للمشتري التصرف فيه قبل كيله ووزنه اذا قبضه وعند البعض لا بد من الكيل والوزن مرتين احتجاجا بظاهر الحديث والصحيح قول العامة لان الغرض من الكيل والوزن صيرورة المبيع معلوما وقد حصل بذلك الكيل واتصل به القبض ومحمل ظاهر الحديث اذا وجد عقدان يشترط الكيل بان يشتري المسلم اليه من رجل كرا لاجل رب السلم وامر رب السلم بقبضه اقتضاء عن سلمه فان في ذلك يشترط صاعان صاع للمسلم اليه وصاع لرب السلم فيكيله للمسلم اليه ثم يكيله لنفسه بخلاف كيله بغيبته لانتفاء التسليم من الغائب فيثبت احتمال الاختلاط فلا يجوز ويصرح بنفيه ما في الجامع في بيع قفيز من صبرة اذا كال البائع قفيزا منها بغير حضرة المشتري فهلك ان البيع قائم في قفيز مما بقي ولا يتم به الاحراز ومن ههنا يتشارع وهو ما لو كيل طعام بحضرة رجل ثم اشتراه الرجل في المجلس ثم باعه مكايلة قبل ان يكتاله بعد شرائه لا يجوز هذا البيع سواء اكتاله المشتري منه او لا لانه لما لم يكتل بعد شرائه هو لم يكن قابضا فبيعه بيع ما لم يقبض فلا يجوز **قوله** والتصرف في الثمن قبل القبض جائز بالبيع والهبة والاجارة والوصية سواء كان مما يتعين او لا يتعين عندنا سوى بدل الصرف والسلم لان الملك مطلق وكان القياس ذلك ايضا في المبيع الا انه منع بالنص لغرر الانفساخ

قال ويجوز للمشتري ان يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع ان يحط عن الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك قال الشارح
والحط يلتحق باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي لا يصح ان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة كما انه لا يمكن تصحيح الزيادة
لانه يصير مشتريا بعوض مستحدث فلا يلتحق باصل العقد وكذلك الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار ابراء مبتدأ اما
بالحط والزيادة وقدر ان العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه رابحا او خاسرا وعن الارض ولا يلزم فرق ان يكون لهما ولا يلزم التبعيض
وهما كما اذا اسقطا الخيار الشرط بعد العقد ثم اذا حط يلتحق باصل العقد لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز
على الكل في الزيادة وبما شرع على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحط واما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة لانه
الزيادة من الابطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حاله يصح
الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا

وليس في الثمن ذلك لانه اذا هلك الثمن المعين لا ينفسخ البيع فتلزمه قيمته وسائر الديون كالثمن لعدم العزل بعد الانفساخ بالهلاك كالمهر والاجرة وضمان المتلفات
وغيرها واستثناء المسلم لان للمقبوض حكم عين المبيع والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز وكذا في الصرف وايده السمع وهو ما في السنن الاربعة عن سماك عن سعيد بن
جبير عن ابن عمر قال كنت ابيع الابل بالبقيع فابيع بالدنانير فآخذ الدراهم وابيع بالدراهم وآخذ الدنانير فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم وهو يريد ان
يدخل حجرته فاخذت ثوبه فسألته فقال اذا اخذت واحدا منهما بالآخر فلا يفارقك وبينك وبينه بيع فان هذا بيع الثمن الذي في الذمة قبل قبضه بالنقد
المخالف له وقد صححه الحاكم والدارقطني وقول الترمذي لا نعرفه مرفوعا الا من حديث سماك لا يضره وان كان شعبة قال حدثني قتادة عن سعيد بن مسيب عن ابن عمر لم يرفعه
وحدثني داود بن ابي هند عن سعيد بن جبير عن ابن عمر لم يرفعه وحدثني فلان اراه ايوب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر لم يرفعه ورفعه سماك وانا اباه لان المختار في تعارض الرفع والوقف
تقديم الرفع لانه زيادة والزيادة من الثقة مقبولة ولان الظاهر من حال ابن عمر وشدة اتباعه للآثار انه لم يكن يقبض احد النقدين عن الآخر مستمرا من غير ان يكون عرفه عن صلى الله
عليه وسلم وامره رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يفارقه وبينهما بيع معناه دين من ذلك البيع لانه صرف فمنع النسيئة فيه واما الميراث والتصرف فيه جائز قبل القبض لان الوارث يخلف
الموروث في الملك وكان للميت ذلك التصرف فكذا للوارث وكذا للموصى له لان الوصية اخت الميراث **قوله** ويجوز للمشتري ان يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع ان يزيد للمشتري في المبيع

ويجوز ان يحط عن الثمن وسنذكر شرط كل منهما ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك من المزيد عليه والزيادة حتى كان للبائع حبس المبيع الى ان يستوفي الزيادة
اذا كان الثمن حالا وليس للمشتري ان يمنع الزيادة ولا مطالبة البائع بتسليم المبيع قبل اعطائها ولو سلمها ثم استحق المبيع رجع بها مع اصل الثمن
وفي صورة الحط للمشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع اذا سلم الباقي بعد الحط وعند زفر والشافعي رح لا يصحان اي الزيادة والحط على اعتبار الالتحاق
باصل العقد لان الزيادة بر يبتدأ من البائع والمشتري والحط ابراء من بعض الثمن حتى رده يرتد وجه قولهما ان المبيع دخل في ملك المشتري بالقدر الاول
فلو التحق بالعقد صار ملكه وهو ما زاده بدلا عن ملكه وهو المبيع وكذا الثمن دخل في ملك البائع فلو جاز الزيادة في المبيع كان المزيد عوضا عن ملكه اعني الثمن قلنا
انما يلزم ما ذكرتم لو التحقا بالعقد مع عدم تغييره لكنا انما قلنا انهما بالزيادة والحط غير العقد عن وجهه الاول وهو كونه بذلك المقدار وانشاء الشرع
اثبت لهما ولاية تحويل العقد من صفة الى صفة ومن وجوده بعد تحققه في الوجود الى اعدامه بلا سبب سوى اختيارهما اما الاول فتحويله من عدم اللزوم
الى اللزوم باسقاط الخيار وعكسه بالحاق الخيار وكذا من كونه حالا الى موجل بالحاق الاجل كما سنذكر في تاجيل الثمن الحال عندنا واما الثاني فبالاقالة
وهي تعيده الى قديم الملك فاولى ان يثبت لهما تغييره من وصف كونه رابحا الى خاسر او خاسرا الى رابح او الى كونه عدلا وثبت صحة الحط شرعا في المهر
بقوله تع ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة متعينين انهما اذا تراضيا بعد تقرير المهر على حط بعضه او زيادته جاز واذا ثبت تصحيح ذلك لزم
الالتحاق باصل العقد ضرورة اذ لغيره يوجب كونه عقدا بهذا القدر فبالضرورة يلتحق ذلك به اذا وصف الشيء يقوم به بخلاف الحط الكل لانه تبديل
لاصله اذ يصير البدل الآخر بتة فيخرج عن كونه عقد معاوضة الى عقد التبرع فلا يلتحق به واذا ثبت الالتحاق انتفى قولهم الزيادة عوض عن ملكه
الى آخر ما ذكرنا ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة فيجوز المرابحة على الكل من الاصل والزائد ويجب ان يرابح على المبيع الاول وما زاده
البائع مبيعا لا الاول فقط وكذا التولية ويباشر العقد في المرابحة والتولية على الباقي بعد الحط وكذا في الشفعة حتى يأخذها الشفيع بالباقي فقط
وان قيل لو التحقا لزم ان يأخذها الشفيع في صورة الزيادة بالمجموع من الاصل والزائد وهو منتف بل لا يأخذ الا بدون الزيادة او يقال
فلم فرقتم بين الحط والزيادة بالنسبة الى الشفيع اجاب بقوله وانما كان للشفيع ان يأخذها في صورة الزيادة بدون الزيادة لما في الزيادة

قال ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا لان الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه الا ترى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا امهاله
ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز لانه بمنزلة الكفالة وقد
ذكرناه من قبل **قال** وكل دين كان حالا اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تاجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتداء وصلة في الانتهاء
الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع
وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه بمعنى بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من
ماله الف درهم مثلا الى سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل الاجل
لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم مرحقا للموصي

من ابطال حقه الثابت قبلها فان بمجرد العقد الاول تعلق حقه باخذها بما وقع عليه التراضي الاول وعقد به والزيادة بعد ذلك في الثمن تصرف حادث
منها يبطل حقه ولا ينفذ تصرفهما ذلك عليه ثم شرع يذكر شرط الزيادة والحط فقال ثم الزيادة الخ يعني ان شرطها قيام المبيع في ظاهر الرواية
فلو هلك حقيقة بان مات العبد او الدابة او حكما بان اعتقه او دبره او كاتبه او استولدها او باع او وهب وسلم او اجر او رهن ثم باعه من المستاجر
والمرتهن او طبخ اللحم او طحن الحنطة او نسج الغزل او تخمر العصير او اسلم شتري الخمر ذميا لا تصح الزيادة لفوات محل العقد اذ العقد لم يرد على المطحون والمنسوج
ولهذا يضمن الغاصب اذا فعل في المغصوب ذلك وكذا الزيادة في المهر شرطه بقاء الزوجية فلو زاد بعد موتها لا يصح بخلاف ما لو ذبح الشاة
المبيعة ثم زاد حيث تثبت الزيادة وكذا اذا اجر او رهن او خاط الثوب او اتخذ الحديد سيفا او قطع يد المبيع فاخذ المشتري
ارشه تثبت الزائدة في كل هذا وانما لم تثبت فيما ذكرنا من صور الهلاك لانه لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والالتحاق وان كان
يقع مستندا فالمستند لا بد ان يثبت اولا في الحال ثم يستند وثبوته متنف لانتفاء المحل فتعذر استناده فلا يثبت كالبيع الموقوف لا يفهم بالاجازة او اذا كان المبيع الكا
وقتها وقوله على ظاهر الرواية احتراز عما روى الحسن في غير رواية الاصول عن ابي حنيفة ان الزيادة تصح بعد هلاك المبيع كما يصح الحط بعد هلاكه وفي المبسوط
وكذا اذا كانت الزيادة من الاجنبي وضمنها لانه التزمها عوضا وهذا الالتزام صحيح منه وان لم يملك شيئا بمقابلته كما لو خالع امرأته مع اجنبي او صالح مع
الاجنبي من الدين على مال وضمنه صح وان لم يملك الاجنبي شيئا بمقابلته هذا في زيادة الثمن فاما الزيادة في المبيع ففي جميع التفاريق تجوز الزيادة في المبيع
بعد هلاك المبيع وكذا ذكر في المنتقى ويكون لها حصته من الثمن حتى لو هلكت قبل القبض سقطت حصتها من الثمن بخلاف الحط فانه يصح بعد هلاك المبيع لان المبيع
بعد الهلاك بحيث يمكن حط البدل اي الثمن عما يقابله وحاصلها اخراج القدر المحطوط عن ان يكون ثمنا فانما يشترط فيه قيام الثمن دون المبيع والثمن
باق فيثبت الحط مستلحقا باصل العقد الا ترى انه يصح الحط بسبب العيب بعد الهلاك فانه يرجع بالنقصان وبه يكون الثمن ما سوى ما رجع به فاسقاط
عوض المعدوم يصح والاعتياض عنه لا يصح **قوله** ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا وهو قول مالك خلافا للشافعي وكذا قوله في كل دين
حال لا يصير مؤجلا بالتاجيل هو قول زفر لانه بعد ان كان حالا ليس الا وعدا بالتاخير قلنا الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه وهذا لا يستلزم
الدعوى وهو لزوم الاجل بالتاجيل فانه يقول لا شك ان له ان يؤخر انما الكلام في انه يلزم التاخير شرعا اذا اخر وقوله الا ترى الى آخره يستدل به
مستقلا في المطلوب وهو ان الشرع اثبت عند اسقاطه السقوط والتاجيل التزام الاسقاط الى وقت معين فيثبت شرعا السقوط الى ذلك الوقت
كما ثبت شرعا سقوطه مطلقا باسقاطه مطلقا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح ومجيء المطر لا يجوز ولا يجوز
التاجيل به ابتداء وان كانت يسيرة كالحصاد والدياس يجوز ويلزم كما اذا كفل اليها وقد ذكرناه من قبل يعني في اكتساب البيع الفاسد لان الاجل المجهول
لم يشترط في عقد البيع ليفسده بل فيما هو دين وكل دين اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تاجيله لا يصح ولو شرط الاجل في ابتداء
القرض بطل الاجل وعند مالك يصح ايضا لان القرض صار في ذمته كسائر الديون ولو مات المقرض فاجل ورثته صح قاضي خان بانه لا يصح كما لو
اجل المقرض وقوله صاحب المبسوط ينبغي ان يصح على قول البعض لا يعارض ولا يفيد ما يعتمد عليه ولا فرق بين ان يؤجل بعد استهلاك القرض او قبله
هو الصحيح وليس بتاجيل القرض تاجيل بدل الدراهم والدنانير المستهلكة او باستهلاكها لا يصير قرضا والحيلة في لزوم تاجيل القرض ان يحيل المستقرض
المقرض على احد بنيه فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم ح وجه المسئلة ان القرض صلة واعارة في الابتداء حتى صح القرض بلفظ

باب الربوا

قال الربوا حرام في كل مكيل او موزون اذا بيع بجنسه متفاضلا والعلة عندنا الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس قال الشافعي رحمه الله العلة القدر مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال يدا بيد واستثنى بالرفع مثلا بالنصب مثلا وسعى الاول بالتمر وسعى الثاني بسوار

اشترك هذه الاشياء بل الاشتراك في نحوه ولهذا لا يملكه من لا يملك الصلوة والتبرعات كالوصي والصبي والعبد المكاتب ومعاوضته في الانتهاء لانه اعطاء ليأخذ بدله بعد ذلك فاخذ شبه فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل كما لا يلزم تاجيل الاعارة فانه لو اعارت المتاع الى شهر كان له ان يسترد في الحال اذ لا تاجيل في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح ايضا لانه تعليق هذه المعاوضة بيع دراهم بمثلها نسيئة وهو ربا ولانه لو لزم كان التبرع ملزما على المتبرع شيئا كالكف عن المطالبة فيما نحن فيه وهو ينافي موضوع التبرعات قال تع ما على المحسنين من سبيل نفي السبيل عنهم على وجه نصوصية الاستدراك فلو لزم تحقق سبيل عليه ثم للمثل المردود حكم العين كانه رد العين ولولا هذا الاعتبار كان تمليك دراهم بدراهم بلا قبض في المجلس فلزم اعتبارها شرعا كالعين واذا جعلت كالعين والتاجيل في الاعيان لا يصح بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله الفا لفلان الى سنة حيث يلزم ذلك من ثلثه لانه وصية بالتبرع فيلزم كما يلزم الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنة مع انه لو اعاره عبده ودداره سنة كان له ان يسترد في الحال وهذا لان باب الوصية اوسع من سائر التصرفات الا ترى انه لو اوصى بثمرة بستانه جاز وان كانت الثمرة معدومة في الحال رعاية لحق الموصي ونظرا له فضلا من الله ورحمة وللرحمة عليه اجازها الشرع وكان القياس ان لا يصح لانها تمليك مضاف الى حال زوال ملكيته والله اعلم

باب الربوا هو من البيوع المنهية قطعا لقوله تع يا ايها الذين آمنوا لا تاكلوا الربوا بسبب زيادة فيه فمناسبته بالمرابحة ان في كل منهما زيادة الا ان تلك حلال وهذه منهية والحل هو الاصل في الاشياء فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه والربوا بكسر الراء وفتحها خطأ **قوله** الربوا في كل مكيل او موزون بيع بجنسه في عدة من النسخ الربوا محرم في كل مكيل الى آخره وفي كثير منها زيادة متفاضلا الربوا يقال لنفسه الزائد ومنه ظاهر قوله تع لا تاكلوا الربوا اي الزائد في القرض والسلف على المدفوع والزيادة في بيع الاموال الربوية عند بيع بعضها بجنسه وسنذكر تفصيلها ويقال لنفس الزيادة اعني بالمعنى المصدري ومنه واحل الله البيع وحرم الربوا اي حرم ان يزاد في القرض والسلف على القدر المدفوع وان يزاد في بيع تلك الاموال بجنسها قدرا ليس مثله في الآخر لانه ح فعل والحكم يتعلق به ولا شك ان في قوله الربوا في كل مكيل الاول بغير لفظ محرم لا يزاد كل منهما لانه كذب على اسقاط لفظ متفاضلا او لا فائدة فيه بتقدير اثباتها فكان المراد حكم الربوا وهو الحرمة واما استعمال الربوا في الحرمة فيكون لفظ الربوا مجازا او على حذفه وارادته فيكون من مجاز الحذف والربوا اريد به الزيادة مبتدأ والمجرور خبره اي حرمة الزيادة ثابتة في كل مكيل ثم قوله فالعلة الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس مرتبا بالفاء كما عرف ان الحكم المرتب على مشتق يوجب كون مبدأ الاشتقاق علة ولا ترتب الحكم على المكيل والموزون مع الجنس تفرع عليه ان العلة الكيل مع الجنس وقد يقال بدل الكيل والوزن القدر وهو اشمل واخصر لكنه يشمل ما ليس بصحيح اذ يشمل الذرع والعد وليس من اموال الربوا اي علة تحريم الزيادة كونه مكيلا او موزونا مع اتحاد البدلين في الجنس فهي علة مركبة والاصل فيه الحديث المشهور واخرج الستة الا البخاري عن عبادة بن الصامت قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد واخرج مسلم من حديث ابي سعيد الخدري قال قال عليه الصلوة والسلام مثله سواء وزاد بعد قوله يدا بيد فمن زاد او استزاد فقد اربى واخرج مسلم ايضا عن ابي سعيد مثله وزاد بعد قوله فقد اربى الآخذ والمعطي سواء وليس فيه ذكر الذهب والفضة والتقدير في هذه الروايات كلها بيعوا مثلا بمثل واما رواية مثل بالرفع ففي رواية محمد بن الحسن ثنا ابو حنيفة عن عطية العوفي عن ابي سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم

(قوله الوزن)

والحكم معلول باجماع القائسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عندنا لانه نص على شرطي التفاضل والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب ظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا انه اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوق تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل او صيانة لاموال الناس عن التوى او تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا

انه قال الذهب بالذهب مثل بمثل يدا بيد والفضل ربوا والفضة بالفضة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربوا وهكذا قال الى آخر الستة وكذا ما روى محمد في كتاب الصرف باسناده الى عبادة بن الصامت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الذهب بالذهب مثل بمثل يدا بيد هكذا الى آخر الاشياء الستة وذكر التمر بعد الملح آخرا وفي رواية ابي داود عن عبادة بن الصامت الذهب بالذهب تبره وعينه والفضة بالفضة تبرها وعينها الى ان قال فلا باس ببيع الذهب بالفضة والفضة اكثر يدا بيد واما نسيئة فلا ولا باس ببيع البر بالشعير والشعير اكثر يدا بيد واما النسيئة فلا انتهى ومعلوم ان الجواز في بيع الذهب بالفضة والبر بالشعير لا يقتصر على زيادة الفضة والشعير بل لو كان الزائد الذهب والبر جاز ولكن ذلك محمول على ما هو المتعارف من تفضيل الذهب على الفضة والبر على الشعير **قوله** والحكم يعني حرمة الربوا ووجوب التسوية معلول باجماع القائسين اي القائلين بوجوب القياس عند شرطه بخلاف الظاهرية وكذا عثمان البتي فان عندهم حكم الربوا يقتصر على الاشياء الستة المنصوصة المتقدم ذكرها اما الظاهرية فلانهم ينفون القياس واما عثمان البتي فلانه يشترط في القياس ان يعلم دليل كل اصل انه معلول ولم يظهر له هنا ولانه يبطل العدد ولا يجوز كما في قوله خمس من الفواسق قلنا تعليق الحكم بالمشتق كالطعام في قوله لا تبيعوا الصاع بالصاعين كما سياتي عند الشافعي دليل وسنقيم عليه الدليل واما ابطال العدد فهو بناء على اعتبار مفهوم المخالفة وهو ممنوع ولو سلم فالقياس مقدم عليه باتفاق القائلين به والابطال الممنوع هو الابطال بالنقص اما بالزيادة بالعلة فلا وتخصيص هذه الستة بالذكر لان جملة المعاملات الكائنة يومئذ بين المسلمين كان فيها وممن نقل عنه قصر حكم الربوا على الستة ابن عقيل من الحنابلة وهو ايضا ماثور عن قتادة وطاوس قيل فالحرم قوله باجماع القائسين **قوله** لكن العلة عندنا ما ذكرناه يعني القدر والجنس فعند اجتماعهما يحرم التفاضل والنساء واحدهما منفردا يحرم النساء ويحل التفاضل كما سياتي وعند الشافعية الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص من الحرمة وهي اعني الحرمة الاصل وعند مالك العلة الاقتيات والادخار وكل ما يقتات او يدخر فهو ربوا وما لا فلا لانه عم خص البر وما ذكر معه ليفيد بكل معنى ظاهر فيه فنبه بالبر على مقتات تعم الحاجة اليه وتقوم الابدان به والشعير يشاركه فيه مع كونه علفا وقوتا لبعض الناس عند الاضطرار فيلحق به الذرة ونحوها ونبه بالتمر على كل حلاوة مدخرة غالبا كالعسل والسكر والزبيب وبالملح على ان ما اصلح المقتات من المأكولات فهو في حكمها فيلحق الابازير وما في معناها والذهب والفضة معللان بعلة قاصرة عندهم وهي كونهما قيم الاشياء واصول الاثمان وقال الشافعي رحمه الله في القديم العلة الطعم مع الكيل او الوزن وفي الجديد هي الطعم فقط في الاربعة والثمنية في النقدين ومنهم من يجعلها عينهما والتعدي الى الفلوس الرائجة وجه الصحيح انه لا ربوا فيه لانتفاء الثمنية الغالبة وهو قول احمد في رواية والجنسية شرط على العلة وعن هذا لم يجعل الجنس بانفراده يحرم شيئا وعلى الجديد يحرم الربوا في الماء وجه قوله صلى الله عليه وسلم الطعام بالطعام مثلا بمثل رواه مسلم والطعام مشتق من الطعم وكان مبدأ الاشتقاق علة وروى لا تبيعوا الطعام الخ فافاد ان الحرمة اصل والمساواة مخلص منها اذ لو اقتصر على لا تبيعوا لم يجز بيع احدهما بالآخر مطلقا فلما لم تثبت المساوات كانت الحرمة ثابتة لانها هي الاصل فامتنع بيع الحنطة بالحنطتين والتفاحة بالتفاحتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين والبيضة بالبيضتين والتعليل بالقدر يقتضي تخصيص هذا النص اذ تجوز الحنطة بالحنطتين وهذا الطريق يفيد انها علة منصوصة فلو اخذنا في استنباط علته ادانا الى هذه العلة ايضا ووجهه انه نص على شرطي التقابض والتماثل وهذا الاشتراط يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فوجب تعليله بعلة توجب العزة والخطر وفي الطعم ذلك لتعلق بقاء النفوس به والثمنية التي بها يتوصل الى تحصيل العوض التي بها حصول المقاصد الاصلية من بقاء النفس وغيرها من حصول الشهوات ولا اثر للجنسية والقدر في ذلك اي

وانما لم يبين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات الجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا اولان اعتباره يسد باب البياعات او لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء وصح والطعم الثمنية من عطف على مثليا الاطلاق بابلغ الوجوه لشمول الاجناس البهاء دون التضييق فيه فلا يعتبر باذكره اذ الثبت هذا القول اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يؤدي امكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا ولا يجوز مع الجيد بالردي مما فيه الربوا الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت الوصف ويجوز بيع الحنطة بالحنطة والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار ولم يوجد ثم يحقق الفضل لهذا كان مضمونا بالقيمة عندنا لا تلافه وعند الشافعي رد العلة في الطعم لا يخلص فيجوز ما دون نصف الصاع فهو في حكم الحثة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه وثوبتا بيعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالحنطة والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر الجنس عنده لا يجوز لعدم الطعم والثمنية

في اظهار العزة والخطر فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط كالرجم مع الاحصان ولنا انه اي النص المشهور اوجب التماثل شرطا للبيع وايجاب المماثلة هو المقصود لسوق الحديث اذ لا بد فيه من اضمار لفظ بيعوا حيث انتصب مثلا اي بيعوا هذه الاشياء مثلا بمثل وبهذا تبين ان الاباحة في بيع الاموال الربوية بعضها ببعض هي الاصل وقوله لا تبيعوا الطعام الحديث انما يتصرف النهي الى ما بعد الانحو ما جاء زيد الا راكبا وحاصله الامر بالتسوية عند بيعها ولا شك ان في ايجاب المماثلة تحقيقا لمعنى البيع المبني عن التقابل اذا كان عقد معاوضة فاستدعى شيئين كما ان المماثلة تستدعي شيئين وكذا تحقيق معناه بالتماثل فان كلا منهما مساو للآخر في كونه مستدعي العقد فسوى بينهما في المماثلة عند اتحاد الجنس في القدر ليتم معنى البيع له واوجب المماثلة صيانة لاموال الناس عن التوى فانه اذا قوبل بجنسه قابل كل جزء بكل جزء فاذا كان فضل في احدهما صار ذلك الفضل تاويا على مالكه فلقصد صيانة اموال الناس عن التوى اوجب المماثلة بخلاف ما اذا قوبل المال بغير جنسه فانه لا يتحقق فيه جزء لم يقابل بجزء من الآخر فلا يتحقق التوى الا عند المقابلة بالجنس مع تحقق الفضل في احد الجنسين ثم من تتميم التماثل المساواة في التقابض فان للحال مزية على المؤخر فايجاب التقابض ايضا لذلك وبه ظهر قصد المبالغة في الصيانة عن التفاوت حفظا عليهم اموالهم والمماثلة بين الشيئين تمامها باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات اي الصورة والجنسية يسوي المعنى فيظهر بذلك الفضل فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه اي في العقد وعلمت ان الخلو في المعاوضة لا يتحقق الا عند المقابلة بالجنس فلزم ما قلنا من الكيل او الوزن مع الجنس ولم يعتبر في اثبات المماثلة عدم تفاوت الوصف اما لانه لا يعد تفاوتا عرفا وفيه نظر او لان في اعتباره سد باب البياعات وهو الوجه لانه قل ما يخلو عوضان من جنس عن تفاوت ما فلم يعتبر وقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء ان صح يفيده والا فهو مفاد من حديث بيع التمر بالجنيب والاجماع عليه وعلة اهداره ما ذكرنا وعند تامل هذا الكلام يتبادر ان المتناظرين لم يتواردا على محل واحد فان الشافعي وكذا مالك عينوا العلة بمعنى الباعث على شرع الحكم وهؤلاء عينوا العلة بمعنى المعرف للحكم فان الكيل يعرف المماثلة فيعرف الجواز وعدمها فيعرف الحرمة فالوجه ان يتحد المحل وذلك بجعلها الطعم والاقتيات الى آخر ما ذكروه عندهم وعندنا هي قصد صيانة اموال الناس وحفظها عليهم وظهور هذا القصد من ايجاب المماثلة في المقدار والتقابض اظهر من ان يخفى على من له ادنى لب فضلا عن فقيه واما الطعم فربما يكون التعليل من فيه والوضع لان الطعم مما تشتد الحاجة اليه اشتداد الماء والسبيل في مثل ذلك الاطلاق بابلغ الوجوه دون التضييق فان السنة الالهية جرت في حق جنس الانسان انما كان الحاجة اليه اكثر كان اطلاق الشرع فيه اوسع كالماء والكلاء للدواب فان قال دل الترتيب على المشتق عليه قلنا ذلك بشرط كونه صالحا مناسبا للحكم على انا نمنع ان الطعام مشتق بل هو اسم لبعض الاعيان الخاصة وهو البر والشعير لا يعرف المخاطبون بهذا الخطاب غيره بل التمر وهو غالب ماكولهم لا يسمونه طعاما ولا يفهمونه من لفظ الطعام الا ترى ان مالكا فيما قدمنا اجاز التصرف في كل مبيع قبل القبض سوى الطعام قال لانه صلى الله عليه وسلم خصه بالذكر ولم يرد كل ما يوكل او يشرب من البقل والمال والطين الارمني وهو صحيح لولا دليل آخر عمه والحاقه بالبضع فيه خلل لان البضع مصون شرعا وعرفا وعادة عن الابتذال والاهانة وكان الاشتراط من تحقيق غرض الصيانة بخلاف باقي الاموال فان اصلها الاباحة ويوجد كثير منها مباحا حتى الذهب والفضة وانما لزم فيهما العقد بعد تعلق حق انسان به دفعا للمفسدة فوضعها على ضد وضع البضع من الابتذال والامتهان دفعا للحوائج الاصلية فالحاقها به

قال واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنسأ لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجدا حرم التفاضل والنسأ لوجود العلة واذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النسأ مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة في شعير مخصومة ربوا الفضل بالوصف وحرمة النسأ باحدهما وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النسأ لان بالتقدير وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة اولى ولنا انه مال الربا من وجه نظرا الى القدر او الجنس النقد ارجحت فضلا في المالية فتحقق شبهة الربوا وهي مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم النقد في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو ثمن يتعين بالتعيين والنقد توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين

صحيح الا انهم لما حصروا المعرف في الكيل والوزن اجازوا بيع ما لا يدخل تحت الكيل مجازفة فاجازوا بيع التفاحتين والحفنة من البر بحفنتين لعدم وجود المعيار المعرف للمساواة ولم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف لا بالمثل وهذا في غير الجوز من العددي المتقارب اما فيه فكلام فخر الاسلام ان الجوزة مثل الجوزة في ضمان العدوان وكذا التمرة بالتمرة لا في حكم الربوا لان الجوزة ليس مثلا للجوزة لعدم دليل المماثلة ولوجود التفاوت الا ان الناس اهدروا التفاوت فقيل في حقهم وهو ضمان العدوان فاما في حق الشرع وهو وجوب التسوية فلا ومن فسر ع ضمان ما دون نصف صاع بالقيمة انه لو غصب حفنة فعفنت عنده ضمن قيمتها فان ابى الا ان ياخذ عينها اخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد الذي حصل لها وعند الشافعي لما كانت الطعم حرم الحفنة والتفاحة بمثلهما وقالوا ما دون نصف صاع في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه فعرف انه لو وضعت مكاييل اصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل بها وهذا اذا لم يبلغ احد البدلين نصف صاع فان بلغ احدهما نصف صاع لم يجز حتى لا يجوز بيع نصف صاع حفنة فقاعة بحفنة وفي جميع التفاريق قيل لا رواية في حفنة لقفيز واللب بالجوز والصحيح ثبوت الربوا ولا يمكن الخاطر الى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد الى صيانة اموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين اما اذا كانت مكاييل اصغر منهما كما في ديارنا من وضع ربع القدح وثمن القدح المصري فلا شك كون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية في الواجبات المالية كالكفارة وصدقة الفطر باقل منه لا يستلزم اهدار التفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم اهداره ولقد اعجب غاية العجب من كلامهم هذا وروى المعلى عن محمد انه كره التمرة بالتمرتين وقال كل شيء حرم في الكثير والقليل منه حرام ويتفرع على الخلاف ما لو تبايعا كيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس مع التفاضل على ما قررناه للصيانة وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية هذا ولكن يلزم على التعليل بالصيانة ان لا يجوز بيع عبد بعبدين وبعير ببعيرين وجواز مجمع عليه اذا كان حالا فان قيل الصيانة حكمة فيناط بالمعرف لها وهو الكيل والوزن قلنا انما يجب ذلك عند خفاء الحكمة وعدم انضباطها وصون المال ظاهر منضبط فان المماثلة وعدمها محسوس وبذلك تعلم الصيانة وعدمها غير ان المذهب يضبط هذه الحكمة بالكيل والوزن تفاديا عن نقضه بالعبد بعبدين وثوب هروي بهرويين وفي الاسرار ما دون الحبة من الذهب والفضة لا قيمة له **قوله** واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه وهو القدر حل التفاضل والنسأ كبيع الحنطة بالدراهم او الثياب والهروي بهرويين الى اجل والجوز بالبيض الى اجل لعدم العلة المحرمة وعدم العلة وان كان لا يوجب عدم الحكم لكن اذا اتحدت العلة لزم من عدمها العدم لا بمعنى انها تؤثر العدم بل لا يثبت الوجود لعدم العلة الوجود فيبقى عدم الحكم وهو الحرمة فيما نحن فيه على عدم الاصل واذا عدم السبب الحرمة والاصل في البيع مطلقا الاباحة الا ما اخرجه دليل من احتياطه كان الثابت الحل واذا وجد احد الجنس والمعنى المضموم اليه وهو القدر حرم التفاضل والنسأ كالشعير بالشعير لا يجوز الا مع التساوي والتقابض لوجود العلة المعرفة للحكم على ما بينا واذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النسأ مثل ان يسلم ثوبا بهرويا في ثوب هروي في صورة اتحاد الجنس مع عدم المضموم اليه من الكيل والوزن لا يجوز وكذا اذا باع عبدا بعبد الى اجل لوجود الجنسية ولو باع العبد بعبدين او الهروي بهرويين حاضرا جاز واحتطة في شعير في صورة اختلاف الجنس مع اتحاد المضموم وهو المتساوي وكذا حديد في رصاص ومقتضاه ان لا يجوز فلوس في حين ونحوه في زماننا لانها وزنية فحرمة ربوا الفضل

ولو باع بالنقود موازنة وقبضها ثم انصرف بينهما قبل الوزن وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة

بالوصفين جميعا وحرمة النسا باحدهما والنسا بالمدليس غير وقال الشافعي الحبس بالنقود ولا يحرم شيأ لانه لا دليل عليه والفضل دليل على نفيه وهو ما عن ابن عمر رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم بعثه جيشا فامرني ان اشتري بعيرا ببعيرين الى اجل فكان سلما وعن ابن عمر انه باع بعيرا باربعة الى اجل وعن علي رضي الله عنه انه باع بعيرا يقال له عصفور بعشرين بعيرا الى اجل والمعنى ان التفاوت في احد البدلين يظهر التفاوت فيه حكما والتفاوت حقيقة اكثر تاثيرا منه حكما فاذا كان التفاوت حقيقة في هذه الاموال بان باع الواحد بالاثنين لا يؤثر في منع الجواز بالاتفاق حتى جاز هذا البيع اذا كان حالا اتفاقا فالتفاوت حكما اولى وهذا معنى قول المصنف لان بالنقدية الى آخره ولنا انه مال الربوا نظرا الى القدر او الجنس وعرف الى النقدية اوجبت فضلا في المالية حتى تعرف البيع بالحال بالنقص عنه بالمؤجل فيتحقق بوجوده شبهة علة الربوا فتثبت شبهة الربوا وشبهة الربوا مانعة كحقيقة الربوا بالاجماع على منع بيع الاموال الربوية مجازفة وان ظن التساوي وتماثلت الصبرتان في الروية وليس فيه الا شبهة ثبوت الفضل بل قالوا لو تبايعا مجازفة ثم كيل بعد ذلك فظهر متساويين لم يجز عندنا ايضا خلافا لزفر لان العلم بالمساواة عند العقد شرط الجواز لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الربوا والربية وكذا الاتفاق على ان لا يجوز بيع الحنطة بالشعير نسيئة يفيد ما ذكرنا والتحقيق ان المعول في ذلك ما تقدم من حديث عبادة بن الصامت مما اخرجه الستة الا البخاري من قوله في آخر الحديث فاذا اختلفت هذه الاوصاف فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد فالزم التقابض عند الاختلاف وهو تحريم النسيئة وكذا ما تقدم من رواية ابي داود من قوله صلى الله عليه وسلم ولا باس ببيع البر بالشعير والشعير اكثرهما يدا بيد واما النسيئة فلا واخرج ابو داود ايضا قال حدثنا موسى بن اسماعيل ثنا حماد عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة فقام دليلا على ان وجود احد جزئي علة الربوا علة لتحريم النسا ثم علمنا بان فيه شبهة الربوا اعني الفضل وانما قلنا هذا لان مقتضى ما ذكر من ان للشبهة حكم الحقيقة ان يحرم باحد الوصفين التفاضل ايضا لان شبهة العلة حكم العلة فتثبت به شبهة حكم العلة وحكم العلة هو حرمة التفاضل والنسا فيثبت فيهما ثم تقدم هذا الحديث على حديث البعيرين لانه محرم وذلك مبيح ويجمع بينهما بان ذلك كان قبل تحريم الربوا ولما كان مقتضى ما ذكر ان لا يجوز اسلام النقود من الدراهم والدنانير في الزعفران وفي سائر الموزونات كالقطن والحديد والنحاس وهو جائز بالاجماع اجاب بالفرق بان الوزن في النقود وتلك الاموال مختلف فانه في النقود بالمثاقيل والدراهم الصنجيات وفي الزعفران بالاسنار والقيان وهذا اختلاف في الصورة بينهما وبينها اختلاف آخر معنوي وهو ان النقود لا تتعين بالتعيين والزعفران وغيره تتعين وآخر حكمي وهو انه لو باع النقود موازنة وقبضها كان له ان يبيعها قبل الوزن وتفسيره لو اشترى دراهم او دنانير موازنة فوزنها البائع بغيبة المشتري وسلمها فقبضها جاز له ان يتصرف فيها قبل وزنها ثانيا وفي الزعفران ونحوه يشترط اعادة الوزن في مثله فاذا اختلفا اي النقود والزعفران ونحوه فيه اي في الوزن صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة وقوله صورة ومعنى وحكما نشر مرتب بعد اللف ولا يخفى ان التعيين بالتعيين وعدمه لا يتعلق بالوزن وليس الاختلاف باعتبار واختلاف في معنى الوزن وكذا الاول بان الزعفران والمسك والزبادي يوزن في الصنجات ايضا وكذا الاخير بل لا فرق بين النقود وغيره في ذلك وقوله وفي الزعفران واشباهه لا يجوز ان اراد انه بعد ما اتزنه من بائعه وقبضه ليس له ان يبيعه حتى يعيد الوزن ممنوع بل له ان يبيعه موازنة من آخر ثم يلزم بعد هذا البيع ان يزنه الآخر لتسليمه اليه ليصح تصرف الآخر فيه وكذا القول في الدراهم اذا قبضها واما ان يقال فباع العبد بالدراهم حتى كانت ثمنا او بها لا ان يتصرف منها

قال وكل شيء نص رسول الله عليه السلام على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا وان ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها دالة وعن ابي يوسف رحمه الله يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا الرباع الحنطة بجنسها متساويا وزنا او الذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تفاوتا فذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم

قبل قبضها بخلاف الزعفران لانه مبيع وذلك ثمن ويجوز التصرف في الثمن قبل قبضه بخلاف المبيع وعلى تقدير هذا الاختلاف الحكمي وحده لا يوجب اعتباره غير مشارك له في اصل الوزن واذا ضعف هذا فالوجه في هذا ان يضاف تحريم الجنس بانفراده الى السمع كما ذكرنا ويلحق تاثير الكيل والوزن بانفراده ثم يستثنى اسلام النقود في الموزونات بالاجماع كيلا يبتدأ اكثر ابواب السلم وسائر الموزونات بخلاف النقد لا يجوز ان يسلم في الموزونات وان اختلفت اجناسها كاسلام حديد في قطن او زيت في جبن وغير ذلك الا اذا خرج من ان يكون وزنيا بالصنعة الا في الذهب والفضة ولو اسلم سيفا فيما يوزن جاز الا في الحديد لان السيف خرج من ان يكون موزونا ومنعه في الحديد لاتحاد الجنس وكذا يجوز بيع انا من غير النقدين بمثله من جنسه يدا بيد نحاسا كان او حديدا وان كان احدهما اثقل من الآخر بخلافه من الذهب والفضة فانه يجري فيه ربا الفضل وان كانت الاتباع وزنا لان صورة الوزن منصوص عليها فيهما فلا يتغير بالصنعة فلا يخرج عن الوزن بالعادة واورد انه ينبغي ان يجوز اسلام الحنطة والشعير في الدقيق والدنانير لاختلاف طريقة الوزن اجيب بان امتناعه لامتناع كون النقد مسلما فيه لان المسلم فيه مبيع وهما متعينان للثمنية وهل يجوز بيعا قيل ان كان بلفظ البيع يجوز بيعا بثمن مؤجل وان كان بلفظ السلم فقد قيل لا يجوز قال الطحاوي رحمه الله ينبغي ان ينعقد بيعا بثمن مؤجل هذا فاختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص باختلاف المقصود والحنطة والشعير جنسان عندنا وعند الشافعي رحمه الله وقال مالك جنس واحد حتى لا يجوز بيع احدهما بالآخر متفاضلا لان اسم الطعام يقع عليهما قلنا بل جنسان لانهما مختلفان اسما ومعنى وافراد كل من الآخر في قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير يدل على انهما جنسان والا قال الطعام بالطعام وكون اسم الاعم يصح اطلاقه على الاخص لا يوجب ان جميع ما يصدق عليه يكون متماثلا كما لا يجوز اطلاق على امور متباينة بالاشتراك كالانسان والفرس ولم يلزم من ذلك ان يكون جنسا واحدا بالمعنى الفقهي والثوب الهروي والمروي وهو بسكون الراء جنسان لاختلاف الصنعة وقوام الثوب بهما وكذا المروي المنسوج ببغداد وخراسان والابيض الارمني والطالقاني جنسان والتمر كله جنس واحد والحديد والرصاص وما اشبهه جنس وكذا غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضان والمعز والالية واللحم وشحم البطن اجناس ودهن السمسم والخيري جنسان والادهان المختلفة اصولها اجناس ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لان الطيب زيادة قوله وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه حتى لا يجوز بيعه وزنا وان تماثلا في الوزن الا ان علم انهما متماثلان في الكيل ايضا وكل نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا مثل الذهب والفضة لان النص اقوى من العرف لان العرف جاز ان يكون على باطل كتعارف اهل زماننا في اخراج الشمع والسبوح الى المقابر ليالي العيد والنص بعد ثبوته لا يحتمل ان يكون على باطل ولان حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط والنص حجة على الكل فهو اقوى ولان العرف انما صار حجة بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وفي المجتبى ثبت بهذا ان ما تعاده اهل خوارزم من بيع الحنطة الربيعية بالخريفية موزونا متفاضلا لا يجوز وما لم ينص عليه عليه السلام فهو محمول على عادات الناس في الاسواق لانها اي العادة دلالة على الجواز فيما وقعت عليه لقوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا الحديث ومن ذلك دخول الحمام وشرب ماء السقاء لان العرف بمنزلة الاجماع عند عدم النص وزاد الشافعي ان ما كان مستخرجا من اصل فهو ملتحق به لا متبع له كالدقيق وعن ابي يوسف انه يعتبر العرف وعلى خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك الكيل في الشيء او الوزن فيه

قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي لانها قدرت بطرفي الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل اذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف مساواته له بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة

بكان في ذلك الوقت الا لان العادة اذ ذاك بذلك وقد تبدلت فتبدل الحكم واجيب بان تقريره صلى الله عليه وسلم اياهم على ما تعارفوا من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير بالعرف لان العرف ما يعارض النص كما ذكرناه انفا كذا وجه ولا يخفى ان هذا لا يلزم ابا يوسف لان قصاراه انه كنص على ذلك وهو يقول يصار الى العرف الطارئ بعد النص بناء على ان تغير العادة يستلزم تغير النص حتى لو كان صلى الله عليه وسلم حيا نص عليه على وفق ما ذكرنا في سنية التراويح مع انه صلى الله عليه وسلم لم يواظب عليه بل فعله مرة ثم ترك لكن لما بين عذر خشية الافتراض على معنى لو لاه لواظب حكم بالسنية مع عدم المواظبة لانا انما سن بعد ذهاب النسخ فحكمنا بالسنية وكذا هذا لو تغيرت تلك العادة التي كان النص باعتبارها الى عادة اخرى تغير النص والله اعلم فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا والذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد ان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل لو كان بالمبيعات المنصوص عليه كما لو باع مجازفة فانه لا يجوز لتوهم الفضل في احدهما وقوله الا انه الى آخره استثناء على قولهما من قوله فهو كيل ابدا اي يلزم ان يتصرف فيه بالكيل ابدا فهو بعمومه يمنع السلم في الحنطة ونحوها وزنا فاستثناه وقال يجوز ذلك لان المصحح فيه كونه المسلم فيه معلوما على وجه لا يكون منهيا فيه نزاع وذلك يتحقق باتفاقهما على الوزن بخلاف بيعها بجنسها فان المصحح هناك التماثل بالمساوي الشرعي المعين فما لم يكن ذلك المساوي التحق بالجزاف فلا يجوز وهذا اختيار الطحاوي وروى الحسن عن اصحابنا انه لا يجوز لانها مكيل بالنص والحاصل ان فيه روايتين والفتوى على الاول وقد عرفت الفرق وقوله في الكافي الفتوى على عادة الناس تقتضي انهم لو اعتادوا ان يسلموا فيها كيلا فاسلم وزنا لا يجوز ولا ينبغي ذلك بل اذا اتفقا على معرف كيل او وزن ينبغي ان يجوز لوجود المصحح وانتفاء المانع وفي جمع التفاريق روي عنهما جواز السلم وزنا في المكيلات وكذا عن ابي يوسف في الموزونات كيلا انه يجوز وكذا اطلقه الطحاوي فقال لا باس بالسلم في المكيل وزنا وفي الموزون كيلا لهذا المعنى الذي ذكره فرق بين المكيلي نصا والوزني عادة وقلبه فنا ما الوزني نصا والمكيلي عادة كما في الانائين من جنس واحد حديدا وذهب او فضة احدهما اكثر وزنا من الآخر ففي الانائين من غير النقدين يجوز بيع احدهما بالآخر اذا كانت العادة ان لا يباعا وزنا لانه عدد متقارب وفي اواني الذهب والفضة لا يجوز فانه يجري فيهما ربوا الفضل وان كانت لا تباع وزنا في العادة فان الوزن في الذهب والفضة منصوص عليه فلا يتغير للصنعة بالعادة واما في الحديد ونحوه فالوزن فيه ثابت بالعرف فيخرج بالصنعة ايضا من ان يكون موزونا بالعرف **قوله** وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني هذا في التحقيق تفسير لبعض الفاظ ربما ينسب اليها المبيع بلفظ يقدر ولم يشتهر فيها انها اسم يرجع الى الوزن كما اشتهر في المن والقنطار او الى المكيل كما في الصاع والمد فلا يدري هذه الاسماء من قبيل الوزن فيجري حكم الوزن على المبيع او المكيل فيجري عليه حكم الكيلي وذلك كاسم الرطل وهو بفتح الراء وكسرها والاوقية فاذا كان المنسوب اليها من المبيعات وزني فيجري عليه ذلك فلو بيع ما ينسب الى الرطل والاوقية كيلا بكيل متساويين يعرف قدرهما كيلا ولا يعرف وزن ما يكيلهما لا يجوز لاحتمال عدم تساويهما في الوزن فيكون بيع الجزاف ولو تبايعا كيلا متفاضلا وهما متساويا الوزن صح وليس قولنا لاحتمال عدم تساويهما وزنا لافادة انه لو ظهر تساويهما وزنا يجوز فانا قد بينا ان اموال الربا لو بيعت مجازفة ثم ظهر تساويهما لا يجوز خلافا لزفر وقول الشافعي كقولنا بل لافادة انه لو علم تساويهما فيما يجب نسبتهما اليه من الكيل والوزن كان جائزا ثم الرطل والاوقية مختلف فيهما عرف الامصار ويختلف في المصر الواحد من المبيعات فالرطل الآن بالاسكندرية وزن ثمانمائة درهم واثنتي عشرة درهما وزن كل عشرة سبعة مثاقيل في مصر مائة واربعة واربعون درهما وفي الشام اكثر من ذلك فهو اربعة امثاله وفي حلب اكثر من ذلك

قال وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وسنبين الفقه في الصرف ان شاء الله **قال** وما سواه مما فيه الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافا للشافعي في بيع الطعام بالطعام له قوله عليه السلام في الحديث المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض والنقد مزية فيتحقق شبهة الربوا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين كذا رواه عبادة بن الصامت وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المال حرفا بخلاف النقد والثوب

وفي تفسير ابي عبيد الرطل بانه مائة وثمانية وعشرون تفسير للرطل العراقي الذي قدر به الفقهاء كيل صدقة الفطر وغيرها من الكفارات ثم في الاكيد الرطل المذكور لغير الكتان مائتا درهم بوزن سبعة وكل رطل في عرف ديار مصر والشام واقطار واسع عشر اوقية وربما كان شيء عشرون وقيراط لا يشكل اختلاف كمية الاوقية باختلاف الرطل وفي زمنه صلى الله عليه وسلم كانت اربعين درهما ثم الاوقية مثلا اثنا عشر كما ذكرنا وفي نحو المسك والزعفران عشرة والحاصل ان هذه الاسماء مع اسماء اخر توقيفية من جهة الاصطلاح تعرف بالاستكشاف والسؤال فيعرف الحال وقوله بكيال لا يعرف وزنه الخ عرف تقديره

قوله وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان ذهبا وفضة بجنسه او بغير جنسه فان كان بجنسه اشترط فيه التساوي والتقابض قبل افتراق الابدان وان اختلف المجلس حتى لو عقدا عقد الصرف وشيا فرسخا ثم تقابضا وافترقا صح وان لا يكون به خيار وكذا السلم ولا اجل كذا ذكر وهو مستدرك لان اشتراط التقابض يفيده ولو اسقط الخيار والاجل في المجلس عاد صحيحا خلافا لزفر فان كان بخلاف جنسه كالذهب بالفضة اشترط ما سوى التساوي واستدل على اشتراط التقابض بقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة ربوا الا هاء وهاء وروى ابن ابي شيبة من حديث ابن عمر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام الذهب بالذهب ربوا الا هاء وهاء والورق بالورق ربوا الا هاء وهاء والبر بالبر ربوا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربوا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربوا الا هاء وهاء ورواه اصحاب الكتب الستة الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء والبر بالبر الخ وهاء ممدودة من هاء والف وهمزة يوزن باع مبني على الفتح ومعناه خذ يعني هو ربوا الا فيما يقول كل منهما خذ لصاحبه ومنه هاؤم اقرؤا كتابيه وفسره بانه يعني يدا بيد في الحديث المتقدم ثم قال وما سواه اي ما سوى عقد الصرف مما فيه الربوا من بيع الاموال الربوية بجنسها او بخلاف الجنس يشترط فيه التقابض يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض فلو افترقا بعد تعيين البدلين عن غير قبض جاز عندنا خلافا للشافعي في بيع الطعام اي كل مطعوم حنطة او شعيرا ولحم او فاكهة فانه يشترط فيه التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم يدا بيد ولانه ح يقع التعاقب في القبض والنقد مزية فيكون كالمؤجل او يحصل التفاوت في البدلين ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط في صحته بيعه القبض كالثوب بالثوب والعبد بالعبد ونحو ذلك وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا حاجة الى اشتراط شرط آخر وهو القبض بخلاف الصرف لان التعيين لا يحصل فيه الا بالقبض فان الدراهم والدنانير لا تتعين مملوكة بالعقد الا بالقبض قال ومعنى قوله يدا بيد عينا بعين وكذا رواه عبادة بن الصامت تقدم رواية عبادة بن الصامت يدا بيد وله رواية اخرى عند مسلم عينا بعين ولفظه في مسلم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح الا سواء بسواء عينا بعين فمن زاد او ازداد فقد اربى وفيه قصة وقوله يقع التعاقب فيحصل التفاوت ممنوع بل هذا القدر مهدر لا يعد زيادة ما لم يذكر الاجل وقد استشكل بانه استدل بقوله يدا بيد على اشتراط التقابض قبل الافتراق في الصرف ثم استدل به هنا على ان الشرط التعيين لا التقابض فيكون تعميما للمشترك او للحقيقة في المجاز والجواب انه فسر ربا بيد وفسر يدا بيد بالتعيين لرواية عينا بعين واستدلاله به على التقابض في الصرف لا ينفيه لان الاستدلال به هناك انما هو على التعيين ايضا لكن لما كان التعيين هناك بالتقابض في الصرف لانه ينفيه لان الاستدلال لا يكون الا بغيره ولما قلنا انها لا تتعين الا بالقبض كان الاستدلال بها عليه استدلالا عليه لكن ينبغي ان يقال حمل يدا بيد على معنى عينا بعين ليس اولى من قلبه واجيب عنه بان رواية عينا بعين تفسير للمجمل لان يدا بيد يحتمل معنيين فهي تفسير له ولو كان المراد منه القبض لم يبق لقوله عينا بعين فائدة لانه يحصل بالقبض ضرورة فلزم ان عينا بعين تفسير ليدا بيد ولقائل ان يدفعه بمنع الاجمال بل هو

رطل الكتان

قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربا واذا الشافع رحمه الله يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر

قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لان الثمنية ثبتت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما ثبتت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا ابطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود زيوفا لبقاء الاصطلاح على العدد اذ في نقضه في حق العدد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لان الثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالئ بالكالئ وقد نهي عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء

ظاهر في التقابض فيجب ان يحمل عينا بعين عليه لان القبض اخص من التعيين وكل قبض يتضمن تعيينا وليس كل تعيين قبضا وباب الربا باب احتياط فيجب ان تحمل العينية على القبض ويؤيده فهم عمر رضي الله عنه كذلك في الصحيحين ان مالك بن اوس اصطرف من طلحة بن عبيد الله صرفا بمائة دينار فاخذ طلحة الذهب يقلبها في يده ثم قال حتى يأتي خازني من الغابة وعمر يسمع ذلك فقال والله لا تفارقه حتى تأخذ منه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء وبهذا استدل ابن الجوزي على اشتراط التقابض على ابي حنيفة وكيف معنى هاء خذ وهو من اسماء الافعال وبنيه هاء وم اقرأ كتابيه وقال قائل تمزج لي من بعضها السقاء ثم تقول من بعيدها واما نقل من قياس الشافعي على الصرف في اشتراط التقابض فدفع بان الاسم مبني هناك عن صرف كل الى الآخر ما في يده والمعاني الفقهية تعطف على الاسماء الشرعية وليس في الفرع ذلك الا انه لا حاجة له اليه فان الدليل السمعي على الوجه الذي قرناه يستقل بمطلوبه **قوله** ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمر بالتمرتين الخ وبنى ذلك سبق وهو ظاهر غير ان ذلك كله مشروط بكونه يدا بيد وهي من مسائل الجامع الصغير صورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في بيع بيضة ببيضتين وجوزة بجوزتين وفلس بفلسين او تمرة بتمرتين يدا بيد جاز اذا كان بعينه وليس كلاهما ولا احدهما دينا وصورة رابع ان يبيع فلسا بغير عينه بفلسين بغير عينهما لا يجوز لان الفلوس الرائجة اموال متساوية قطعا لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة منها فيكون احدهما فضلا خاليا مشروطا في العقد وهو الربا وان بيع فلسا بعينه بفلسين بغير عينهما لا يجوز والامسك البائع الفلس المعين وطالبه بفلس آخر او سلم الفلس المعين وقبضه بعينه منه مع فلس آخر لاستحقاقه فلسين في ذمته ويرجع اليه عين ماله ويبقى الفلس الآخر خاليا عن العوض وكذا لو باع فلسين باعيانهما بفلس بغير عينه لانه لو جاز لقبض المشتري الفلسين ودفع اليه احدهما مكان ما استوجب عليه فيبقى الآخر فضلا بلا عوض استحق بعقد البيع وهذا على تقدير ان رضي بتسليم المبيع قبل قبض الثمن والرابع ان يبيع فلسا بعينه بفلسين بعينهما فيجوز خلافا لمحمد واصله ان الفلس لا يتعين بالتعيين ما دام رائجا عند محمد وعندهما يتعين حتى لو هلك احدهما قبل القبض بطل العقد وجه قول محمد ان الثمنية ثبتت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كما لو كانا بغير عينهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان ثمنيتهما في حقهما ثبتت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا ابطلت الثمنية تثبت بالتعيين بصيرورتها عروضا اعترض عليه بان الفلوس اذا كسدت باصطلاح الكل لا يكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب ان لا تصير عروضا باصطلاح المتعاقدين مع اتفاق من سواهما على ثمنيتها اجيب بان الفلوس في الاصل عروض فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد كان على خلاف الاصل فلا يجوز ان يصير ثمنا باصطلاحهما لوقوع اصطلاحهما على خلاف الاصل وخلاف الناس واما اذا اصطلحا على كونها عروضا فهو على الاصل فيجوز وان كان من سواهما على الثمنية وقوله ولا يعود زيوفا وان صار عروضا جواب عما يقال يلزم ان لا يجوز بيع فلس بفلسين لانه بيع قطعة نحاس بقطعتين بغير وزن فاجاب بان الاصطلاح كان على امرين الثمنية والعددية واصطلاحهما على اهدار ثمنيتها لا يستلزم اهدار العددية فانه لا تلازم بين عدم الثمنية وعدم العددية بعد ثبوت الثمنية مع عدم العددية كالنقدين والعددية مع عدم الثمنية كالجوز والبيض بخلاف الدرهم بدرهمين لان النقود الثمنية خلقة بخلاف ما اذا كانا بغير عينهما لانه بيع الكالئ بالكالئ وقد نهي عنه ولا يخفى ضعف قوله لان الجنس بانفراده يحرم النساء وانما يتم لو كان كون المبيع او الثمن بغير عينه يستلزم النسيئة وليس كذلك الا ترى ان البيع بالنقود بيع بالليس بمعين ويكون مع ذلك حالا فكونه بغير عينه ليس معنا ونسيئة وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء والكالئ بالكالئ قال ابو عبيدة هو النسيئة بالنسيئة و

قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسوٍ بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة رح متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع بعضها لقيام المجانسة من وجه عندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود قلنا منظر المقصود وهو التغذي يشملهما ولا يبالي بوان البعض كالمقلية مع غير المقلية والحكمة بالمتسوية

وفي الفائق كلا الدين بالرفع كلوا فهو كالى اذا تاخر قال الشاعر ٭ وعينه كالكالى الضمان يهجو رجلا ٭ يريد بعينه عطية الحاضرة كالتاخر الذي لا يرجى ومنه كلا الله بك كلا العمر اي اكثر تاخيرا وتكلأت كلا اي استنسأت نسيئة وحديث النهي عن الكالى بالكالى رواه ابن ابي شيبة واسحق بن راهويه والبزار في مسانيدهم من حديث موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رض قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يباع كالى بكالى وضعف احمد بن موسى بن عبيدة فقيل له ان شعبة يروي عنه فقال لو راى شعبة ما راينا منه لم يرو عنه ورواه عبد الرزاق عن ابراهيم بن ابي يحيى الاسلمي عن عبد الله بن دينار وضعف بالاسلمي ورواه الحاكم والدارقطني عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر وصححه الحاكم على شرط مسلم وغلطه البيهقي وقال انما هو موسى بن عبيدة الربذي ورواه الطبراني من حديث رافع بن خديج في حديث طويل وعن كالى بكالى والحديث لا ينزل عن الحسن بلا شك **قوله** ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق اي دقيقها بوجه من الوجوه ولا بالسويق اي سويق الحنطة اما سويق الشعير فيجوز لان غاية ما يستلزم شبهة التفاضل وحقيقته جائزة لاختلاف الجنس فضلا عن شبهته وانما امتنع لان المجانسة بين الحنطة ودقيقها وان اختلفت اسما وصورة ومعنى موجودة فان المقصود من الحنطة من نحو الهريسة والمقلوة واخراج النشا منتف في الدقيق فبقي باقية من وجه لانها من اجزاء الحنطة وانما لم يقل اجزاؤها لان من اجزائها النخالة ايضا فالحنطة كسرت على اجزاء صغار وذلك لا ينفي المجانسة والمعيار في كل من الحنطة والدقيق والسويق الكيل والكيل لا يوجب التسوية بينهما لان يعارض ذلك التكسير صارت اجزاؤها متكسرة فيه اي في الكيل اي متضمة انضماما شديدا والقمح بالكيل ليس كذلك فلا تتحقق المساواة بينهما كيلا بل هو محتمل فصار بيع احدهما بالآخر كيلا كبيع الجزاف لذلك الاحتمال او حرمة الربوا انما كانت متيقنة بالعلم بالمساواة الا فيما لا اعتبار به مثل ان يتفق كيس في كيل هذه الحنطة لم يتفق قدره سوا في الاخرى فاذا لم يتحقق العلم بها صارت متيقنة بالضرورة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل متساو وقولنا قول الشافعي في الاظهر عنه سفيان الثوري واحمد في رواية خلافا لمالك واحمد في اظهر قوليه لان الدقيق نفس الحنطة فرقت اجزاؤها فاشبه بيع حنطة صغيرة حبها بكبيرة حبها وما ذكرناه من عروض الجهل بالمساواة بعروض الطحن يدفعه وبيع النخالة بالدقيق على هذا الخلاف الا ان الشافعي اجازه لان النخالة ليست من اموال الربوا لانها لا تطعم وقولنا المعيار في الحنطة والدقيق في الكيل لا يراد به الا فيما اذا بيع بجنسه اما بالدراهم فيجوز بيع الحنطة وزنا بالدراهم وكذا الدقيق وغير ذلك **قوله** ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا وهو قول احمد وكذا استقراضه كيلا والسلم فيه كيلا ومنع الشافعي بيع الدقيق بالدقيق لانه لا يعتدل في الكيل لانه ينكبس بالكبس فلا يتحقق التساوي في الكيل ونحن نمنع كونه لا يعلم بل يعلم وما يتوهم من التفاوت بالكبس يتوهم مثله في كيل القمح وقد سقط اعتباره وفي الذخيرة عن الامام الفضلي انما يجوز اذا تساويا كيلا اذا كان مكبوسين وهو حسن ولفظ متساويا نصب على الحال ونصب كيلا على التمييز هو تمييز نسبة مثل تصبب عرقا والاصل متساويا كيله وفي بيع الدقيق بالدقيق وزنا روايتان وفي الخلاصة لم يذكر غيره رواية المنع قال في جنس آخر في الزرع والثمار وفيها ايضا سوا كان احد الدقيقين اخشن او ادق وكذا بيع النخالة بالنخالة وفي شرح ابي نصير يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا على صفة واحدة من النعومة والذي في الخلاصة احسن لاهدار ذلك القدر من زيادة النعومة وبيع الدقيق المنخول بغير المنخول لا يجوز الا مماثلا وبيع النخالة بالدقيق يجوز بطريق الاعتبار عند ابي يوسف بان كانت النخالة الخالصة اكثر من النخالة التي في الدقيق ثم قال المص وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز اي لا يجوز بيع الدقيق نوع من الحنطة او الشعير بسويق ذلك النوع عند ابي حنيفة متفاضلا ولا متساويا اما دقيق الحنطة بسويق الشعير وعكسه فلا شك في جوازه وعندهما يجوز بيع الدقيق بالسويق متساويا و متفاضلا لانهما اي دقيق الحنطة وسويقها مثلا جنسان وان رجعا الى اصل واحد لاختلاف المقصود اختلافا كثيرا البعد المعنى والطحن

قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم فصار كالحل بالشحم وكما انه يباع الموزون بما ليس بموزون لان الجزاف لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة مثله بالوزن لانه يختلف نفسه مرة ويفصل اخرى بخلاف تلك المسئلة لان الوزن سهل الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الشحم ويوزن الشحم

فلان المقاصد من الدقيق مثل ان يصنع خبزا او عصيدة او اطرية وهو شبه الرشتا لا يتاتى من السويق كما ان المقصد بالسويق وهو ان يذاب مع عسل ويشرب او يلت بسمن وعسل ويوكل لا يتاتى من الدقيق واذا كانا جنسين جاز بيع احدهما بالآخر متساويا ومتفاضلا وابو حنيفة يمنع انهما جنسان وله طريقان احدهما ان بيع الحنطة المقلية بالحنطة الغير المقلية لا يجوز اتفاقا وذلك ليس الا لاعتبار اتحاد الجنسية وعدم العلم بالتساوي مع مساواة الكيل لاكتناز احدهما فيه دون الآخر والدقيق اجزاء غير المقلية والسويق اجزاء المقلية ولم يزد الدقيق على الحنطة الا بكسره بالطحن وكذا الآخر وذلك لا يوجب اختلاف الجنس بعد اتحاده والثاني وعليه اقتصر المصنف ان بيع الحنطة الغير المقلية بالسويق لا يجوز وكذا بيع الحنطة المقلية بالدقيق وليس ذلك الا لاستلزامه ربوا الفضل وربوا الفضل لا يثبت الا مع المجانسة فكانت المجانسة ثابتة بين السويق والحنطة والدقيق اجزاء الحنطة فتثبت المجانسة بين الدقيق والسويق ثم تمتنع العلم بالمساواة فيمتنع البيع مطلقا قولهما اختلف المقاصد وذلك اختلاف الجنس قلنا اعظم المقاصد هي متحدة فيه وهو التغذي فلا يبالى بفوات بعضها الذي هو دون المقصد الاعظم بدليل الحكم باتحاد الجنس في الحنطة المقلية وغير المقلية حتى امتنع بيع احدهما بالآخر كما ذكرنا وبسبب اتحادهما في ذلك المقصود الاعظم مع فوات ما دونه من المقاصد فان المقلية لا تصلح للزراعة ولا للهريسة ولا للطحن فيتخذ منها خبز وكذا العلكة اي الجيدة السالمة من السوس مع المسوسة ومع ذلك جعلا جنسا واحدا غير ان المسوسة يجوز بيعها بالعلكة كيلا متساويا والمقلية مع غير المقلية لا يجوز لما ذكرنا من ان الكيل لا يسوي بينهما واما بيع الحنطة المقلية بالمقلية فاختلفوا فيه قيل يجوز اذا تساويا كيلا ذكره في الذخيرة وقيل لا وعليه عول في المبسوط ووجهه ان النار قد تاخذ من احدهما اكثر من الآخر والاول اولى ومسوسة بكسر الواو كانها هي سوست اي دخلت السوس فيها قوله ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي يوسف سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان او لا متساويا لما في الحيوان من الشرط التعيين اما بالنسبة فلا لامتناع السلم في الحيوان واللحم وفصل محمد فقال ان باعه بلحم غير جنسه كلحم البقر بالشاة الحية ولحم الجزور بالبقرة الحية يجوز كيف ما كان من جنسه كلحم شاة بشاة حية فشرطه ان يكون اللحم المفرز اكثر من اللحم الذي في الشاة ليكون لحم الشاة بمقابلة مثله من اللحم وباقي اللحم بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا اما الزيادة السقط ان كان اللحم المفرز مثل ما في الحيوان من اللحم او لزيادة اللحم ان كان اللحم اقل مما في الشاة فصار كبيع الحل بالمهلة وهو دهن السمسم بالسمسم لا يجوز الا على ذلك الاعتبار والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلاق والجلد والاكارع ولو كانت الشاة مذبوحة مسلوخة جاز اذا تساويا وزنا بالاجماع والمراد بالمسلوخة المفصولة من السقط وان كانت بسقطها لا يجوز الا على الاعتبار ولو باع شاة مذبوحة بشاة حية يجوز عند الكل اما عندهما فظاهر لانه لو اشتراها باللحم جاز كيف ما كان فكذلك اذا اشتراها بشاة مذبوحة واما على قول محمد فانما يجوز لانه لحم بلحم وزيادة اللحم في احدهما مع سقطها باذاء السقط وعلى هذا شاتان مذبوحتان غير مسلوختين بشاة مذبوحة لحم تسلخ يجوز لان اللحم بمثله وزيادة لحم الشاة باذاء الجلد ونحوه فالمراد هنا من المسلوخة وغيرها باعتبار الجلد وعدمه وقال مالك والشافعي واحمد رح لا يجوز بيع اللحم بالحيوان اصلا لا بطريق الاعتبار ولا بغيره خلافا للمزني من اصحاب الشافعي فانه قال كقول ابي حنيفة وابي يوسف ولو باعه بلحم غير جنسه كلحم البقر بشاة فقال مالك واحمد يجوز وللشافعي قولان والاصح لا يصح لعموم نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف رح في الاطلاق انه باع موزونا بما ليس بموزون فغايته اتحاد الجنس كما قال محمد باعتبار ما في الشحم كالعصير مع العنب واللبن مع السمن لكن اتحاده مع اختلاف المقدرية انما يمنع النسا فقلنا بشرط التعيين و

قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام حين سئل عنه اوينقص اذا جف فقيل نعم فقال عم اذا قالا ان الرطب تمر لقوله عليه السلام حين اهدى اليه رطبا اوكل تمر خيبر هكذا اسماه تمرا وبيع التمر عنه جائز بالاجماع ولانه لو كان تمرا جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فبآخره وهو قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار مارويا على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة

ولا يجوز النساء فيه وانما قلنا ان الحيوان ليس بموزون لانه لا يوزن عادة فليس فيه احد المقدرين الشرعيين الوزن او الكيل لان الحيوان لا يعرف قدر ثقله بالوزن لان الماء يتقل نفسه ويخففهما فلا يدرى بخلاف الدهن والسمسم لان الوزن يعرف قدر الدهن اذا ميز من التجير ثم يوزن التجير هذا على التنزل ولا فهما على ما قال غير المص يعتبران لحم الشاة مع الشاة والحنطة جنسين اخذا من قوله تع فكسونا العظام لحما ثم انشاناه خلقا آخر اى بعد نفخ الروح فعلم ان الحى مع الجماد جنسان فيجوز بيع احدهما بالآخر من غير اعتبار وانما امتنع النساء لانه ح مسلم وهو لا يجوز كما قدمناه واعلم ان السمع طاهر فى منع بيع اللحم بالحيوان ومعه ضعيف وقوى ومن القوى ما رواه مالك فى الموطاء وابو داؤد فى المراسيل عن زيد بن اسلم عن سعيد بن المسيب نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وفى لفظ نهى عن بيع الحى بالميت ومرسل سعيد حجة بالاتفاق قال ابن خزيمة ثنا احمد بن حفص السلمى حدثنى ابراهيم بن طهمان عن الحجاج بن حجاج عن قتادة عن الحسن عن سمرة نحوه قال البيهقى اسناده صحيح ومن اثبت سماع الحسن من السمرة عده موصولا ومن لم يثبته فهو مرسل جيد وانت تعلم ان المرسل عندنا حجة مطلقا واسند الشافعى الى رجل مجهول من اهل المدينة انه صلى الله عليه وسلم نهى ان يباع حى بميت واسند ايضا عن ابى بكر الصديق رض انه نهى عن بيع اللحم بالحيوان ويسنده الى القاسم بن محمد وعروة بن الزبير وابى بكر بن عبد الرحمن انهم كرهوا ذلك وهو لا يتابعون وحديث ابى بكر رض لعله بالمعنى فان مشائخنا ذكروه عن ابن عباس رض ان جزورا نحر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء اعرابى بعناقه فقال اعطونى بهذه العناق لحما فقال ابو بكر رض لا يصلح هذا وتاولوه على انه كان من ابل الصدقة فمن يتصدق به **قوله** ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ومالك رح والشافعى رح واحمد رح لا يجوز فقد تفرد ابو حنيفة بالقول بالجواز واما الرطب بالرطب فيجوز عندنا كيلا متماثلا للجماعة قوله صلى الله عليه وسلم فيما روى مالك فى الموطا عن عبد الله بن يزيد مولى الاسود بن سفيان عن زيد بن عياش عن سعد بن ابى وقاص انه سئل عن البيضاء بالسلت فقال سعد ايهما افضل قال البيضاء قال فنهاه عن ذلك وقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ينقص الرطب اذا جف قال نعم فنهاه عن ذلك فهذا حكم مبنى فيه على علته وهو كونه ينقص فى احد البدلين فى ثانى الحال عن المساواة من طريق مالك رواه اصحاب السنن الاربعة وقال الترمذى حديث حسن صحيح ولابى حنيفة رض ان الرطب تمر لقوله صلى الله عليه وسلم حين اهدى له رطب اوكل تمر خيبر هكذا فسماه اى سمى الرطب تمرا وهذا انما يتم اذا كان المهدى رطبا وليس كذلك بل كان تمرا اخرج الشيخان فى الصحيحين عن ابى سعيد الخدرى وابى هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث اخا بنى عدى الانصارى فاستعمله على خيبر فقدم بتمر جنيب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اكل تمر خيبر هكذا فقال لا والله يا رسول الله انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين من الجمع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا تفعلوا ولكن مثلا بمثل او بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا وكذلك لفظ الميزان لفظ آخر انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال لا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا والجمع اصناف مجموعة من التمر وما ادعاه بعض الخلافيين فيمن حلف لا ياكل تمرا فاكل رطبا انه يحنث فليس كذلك بل المذهب انه لا يحنث لان مبناها على العرف وسند كرتمامه ثم قال المص ولانه ان كان تمرا هذا اللفظ يحكى عن ابى حنيفة انه دخل بغداد وكانوا اشداء عليه لمخالفة الخبر فسألوه فقال الرطب اما ان يكون تمرا او لم يكن فان كان تمرا جاز العقد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر وان لم يكن جاز لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاورد عليه الحديث فقال هذا الحديث دائر على بن عياش وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه وابدله المص بقوله ضعيف عند النقلة

قال وكذلك العنب بالزبيب يعني على ما بينا وقيل لا يجوز بالاتفاق لعنب الخطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متفاضلا كيلا عندنا لا يبيع الرطب بالرطب وكذا يبيع الحنطة بالحنطة والبلوطة بمثلها أو بالياباستا ثم الياباستا بالمقلي منهما متفاضلا عند أبي حنيفة وقال محمد لا يجوز وجه قول محمد أن الكيل متميز الأجزاء وفي أعداله أحوال وعند أبي حنيفة يتبعد في الحال وكذا أبو يوسف عملا بالأصل الذي ذكرنا لأنه لا يجوز بيع الرطب بالتمر لما روينا ولما روينا لقرب تمر بين منه تنقص لأن الرطب بالرطب لا يجوز لتفاوت فيه يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك يكون تفاوتا في عين المعقود عليه في الرطب بالرطب لتفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر وفي بيع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لأن البسر في خلاف الكفري صفة يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لأنه ليس بتمر فإن هذا الاسم له من أول ما انعقد صورته لا جلد والكفري عدي متفاوت حتى لو باع التمر بالبسر نسيئة لا يجوز للجهالة

وغلط بعض الشارحين المعنى قوله زيد بن عياش بأن المذكور في كتب الحديث زيد أبو عياش وتبع في ذلك الشيخ علاء الدين مغلطاي قال الإمام الزيلعي الخشع ليس ذلك بصحيح قال صاحب التنقيح زيد بن عياش أبو عياش الدرقي ويقال الخزومي ويقال مولى بني زهرة المدني ليس به بأس وغير مشايخنا ذكروا أن أبا حنيفة إنما قال هو مجهول وقد رد ترديده بين كونه تمرا أو لا بأن هنا قسما ثالثا وهو كونه من الجنس ولا يجوز بيعه بالآخر كالحنطة المقلية بغير المقلية لعدم تسوية الكيل بينهما وكذا الرطب بالتمر لا يسويهما الكيل وإنما يسوي في حال اعتدال البدلين وهو أن يجف الآخر وأبو حنيفة يمنعه ويعتبر التساوي حال العقد وعروض النقص بعد ذلك لا يمنع صحة المساواة في الحال إذا كان موجبه أمرا خلقيا وهو زيادة الرطوبة بخلاف المقلية بغيرها فإنها في الحال يحكم بعدم التساوي لاكتناز أحدهما في الكيل بخلاف الآخر لتخلخل كثير ورد طعنه في أبي عياش أيضا بأنه ثقة كما علمناه آنفا من قول صاحب التنقيح وأيضا روى عنه مالك في الموطأ وهو لا يروي عن رجل مجهول وقال المنذري كيف يكون مجهول وقد روى عنه اثنان ثقتان عبد الله بن زيد مولى الأسود بن سفيان وعمران بن أبي أنس وهما ممن احتج بهما مسلم في صحيحه وقد عرفه أئمة هذا الشأن وقد أخرج حديثه مالك في الموطأ مع شدة تحريه في الرجال وقال ابن الجوزي في التحقيق قال الإمام أبو حنيفة زيد بن عياش مجهول وإن كان هو لم يعرفه فقد عرفه أئمة النقل ثم ذكرنا ذكرنا وقد أجيب أيضا أنه بتقدير صحة السند فالمراد النهي عنه نسيئة فإنه ثبت في حديث أبي عياش زيادة نسيئة أخرجه أبو داود وفي سننه عن يحيى بن أبي كثير عن عبد الله بن يزيد أن أبا عياش أخبره أنه سمع سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه يقول نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الرطب بالتمر نسيئة وبهذا اللفظ رواه الحاكم وسكت عنه وكذا رواه الطحاوي في شرح الآثار ورواه الدارقطني وقال اجتماع هؤلاء الأربعة على خلاف ما رواه ابن أبي كثير يدل على ضبطهم للحديث يريد بالأربعة مالكا وإسماعيل بن أمية والضحاك بن عثمان وآخر وأنت تعلم أن بعد صحة هذه الزيادة يجب قبولها لأن المذهب المختار عند المحدثين قبول الزيادة وإن كان الأكثر لم يروها إلا في زيادة تفرد بها بعض الرواة الحاضرين في مجلس واحد ومثلهم لا يغفل عن مثلها فإنها مردودة على ما كتبناه في تحرير الأصول وما نحن فيه لم يثبت أنه زيادة لما في مجلس واحد اجتمعوا فيه فسمع هذا ما لم يسمع المشاركون له في ذلك المجلس بالسماع فما لم يظهر أن الحال كذلك فالأصل أنه قال في مجالس ذكر في بعضها ما تركه في آخر والله الموفق لكن يبقى قوله في تلك الرواية الصحيحة ينقص الرطب إذا جف عريا عن الفائدة إذا كان النهي عنه نسيئة وما ذكروا أن فائدته أن الرطب ينقص إلى أن يحل الأجل فلا يكون في هذا التصرف منفعة للمتيم باعتبار النقصان عند الجفاف فمنعه على طريق الاشتقاق مبني على أن السائل كان ولي يتيم ولا دليل عليه قوله وكذلك العنب بالزبيب يعني على الخلاف عند أبي حنيفة يجوز مع التساوي كيلا وعندهما لا يجوز وقوله والوجه ما بيناه لهما يعني في منع بيع الرطب بالتمر وهو قوله صلى الله عليه وسلم ينقص إذا جف باعتبار اشتماله على العلة المنبئة عليها ولأبي حنيفة أن الزبيب إما من جنس العنب فيجوز متساويا أو لا فيجوز مطلقا ونقل القدوري في التقريب عن أبي جعفر أن جواز بيع الزبيب بالعنب قولهم جميعا وذكر أبو الحسن أن عندهما لا يجوز إلا على الاعتبار وقال المصنف وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية فإنه لا يجوز البيع لأن القلي الكائن لصنع العباد لعدم اللطافة التي كانت الحنطة بها مثلية بخلاف التفاوت الحاصل بأصل الخلقة كالرطب مع التمر والعنب مع الزبيب لا يعتبر فهذا هو الأصل فصار في بيع العنب بالزبيب في روايات لا يجوز اتفاقا ويجوز اتفاقا وفي رواية أبي جعفر على الخلاف وبين رواية الكتاب يجوز عنده وعندهما لا يجوز إلا على الاعتبار لأن الزبيب موجود في العنب فصار كالزيت بالزيتون والفرق لأبي حنيفة على رواية المصنفين المنع بين العنب بالزبيب وجواز الرطب بالتمر أن الاستعمال ورد بإطلاق اسم التمر على الرطب ولم يرد مثل هذا في الزبيب فافترقا فأما الرطب بالرطب فيجوز متماثلا كيلا وكذا العنب بالعنب يجوز عندنا وبه قال مالك وأحمد والمزني خلافا للشافعي وكذا الخلاف في كل ثمرة لها حال جفاف كالتين والمشمش والجوز والكمثرى والرمان والإجاص لا يجوز بيع

قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالتمييز لان عند ذلك يعرى عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لان ما فيه لو كان اكثر او مساويا له فالتمييز وبعض الدهن او التمييز وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربوا والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بصيده والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكرسف باس بالقطن يجوز كيفما كان بالاجماع

طبه برطبه كما لا يجوز بيع رطبه بيابسه لانه لا يعرف قدر النقصان اذ قد يكون نقصان احدهما اكثر من الآخر وكذا الخلاف في الباقلا الاخضر بمثله لان بين الباقلا من قصار يتفاوت فيمنع تعديل الكيل فكان كبيع الحنطة المقلية بغير المقلية وبيع الحنطة المبلولة بالمبلولة والرطبة بالرطبة والمبلولة باليابسة يجوز وكذا بيع التمر المنقع في الماء والزبيب المنقع بالمنقع واليابس منهما يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد في الفصول كلها من بيع الحنطة المبلولة الى هنا والمنقع اسم مفعول من انقع الزبيب في الخابية فهو منقع واصله ان محمدا يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المال عند الجفاف كما اشار اليه حديث سعد ولهما نتف في المبلولة والرطبة مع مثلها واليابسة ابيع اليابسة نظاهر واما المبلولة مع المبلولة فالتفاوت يقع في قدر البلل قال الحلواني الرواية محفوظة عن محمد ان بيع الحنطة المبلولة باليابسة انما لا يجوز اذا انتفخت اما اذا لم تنتفخ بساعتها يجوز بيعها باليابسة اذا تساويا كيلا وابو حنيفة وابو يوسف يعتبران المساواة بتاويل التساوي في الحال عملا باطلاق الحديث اي حديث عبادة بن الصامت وغيره الا ان ابا يوسف ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا من حديث سعد بن ابي وقاص وهو مخصوص من القياس فلا يلحق به الا ما كان في معناه واحنطة الرطبة ليست في معنى الرطب من كل وجه فالرطوبة في الرطب مقصودة وفي الحنطة عيب وفي المبسوط ذكر في بعض النسخ قول ابي يوسف مع ابي حنيفة وهو قول الآخر وقوله رد لقول محمد وقد نقض بما تقدم من الاصل وهو ان التفاوت يصنع العباد معتبر في المنع وما اصل الحلقة لا بالحنطة المبلولة فان الرطوبة الحاصلة فيها بصنع العباد بها يحصل التفاوت مع انه جاز العقد اجيب بان الحنطة في اصل الخلقة رطبة وهي مال الربوا اذ ذاك والبلل بالماء يعيدها الى ما هو اصل الخلقة فيها فلم يعتبر بخلاف المقلي ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول من بيع الحنطة المحنطة الى هنا حيث منعه وبين الرطب بالرطب حيث اجازه وكذلك العنب بالعنب فانه يجيزه وحاصله ان التفاوت ان ظهر بتغير الاسم عن البدلين او احدهما فسد العقد وان ظهر بعد زوال الاسم عنهما لا يفسد ففي الرطب بالرطب والعنب بالعنب يظهر التفاوت بعد خروج البدلين عن الاسم الذي عقد عليه العقد فان الاسم رطب التمر والزبيب فلا يكون تفاوتا في المعقود عليه وفي الحنطة المبلولة وفي معناه لا يتغير فظهر في نفس المعقود عليه فيمتنع ولو باعه اليسر بالتمر متساويا يجوز ومتفاضلا لا يجوز لان البرني تمر بخلاف الكفري وهو بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصورا كم النخل وهو اول ما يشق حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اي كيلا لان من التمر يكيل من الكفري وقيله لانه ليس بتمر لان الكفري لم ينعقد بعد فيه صورة التمر وهذا الاسم اعني التمر له من اول ما يقابل في صورة ما ينعقد صورته لا قبله وبهذا استدل بعضهم لابي حنيفة في بيع الرطب بالتمر فورد عليه انه لو حلف لا ياكل تمرا فاكل رطبا لا يحنث وكان غيره فاجاب بالمنع بل يحنث وليس بصحيح بل المسئلة مسطورة في الكتب المذهبية المشهورة فانه لا يحنث وكذا ادعى انه يحنث فيما اذا حلف لا ياكل تمرا فاكل بسرا ولم يكن به حاجة الى هذا اذ يكفيه ان الايمان مبنية على العرف وكلامنا فيه لغة وهم بعد ذلك مطالبون بتصحيح ان اسم التمر يلزم الخارج من النخل ينعقد الى ان يطيب ثم يجف من اللغة ولا ينكر صحة الاطلاق باعتبار مجاز الاول وقوله والكفري عددي متفاوت الخ جواب سوال هو انه اذا لم يكن الكفري تمرا ينبغي ان يجوز اسلام التمر فيه وشراء التمر بنسيئة فقال الكفري عددي متفاوت بالكبر والصغر تفاوتا غير مهدر فلا يجوز اسلامه فيه ولا ان يشتري به نسيئة بالحالة فتقع المنازعة **قوله** ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج معلوم انه اكثر مما في الزيتون والسمسم فلو جهل او علم انه اقل او مساو لا يجوز فالاحتمالات اربع والجواز في احدها بانه اذا كان اكثر كان الخارج منه بمثله من الدهن المفرد والزائد منه بمقابلة التمييز وفي فتاوى قاضي خان انما يشترط ان يكون الخالص اكثر اذا كان الثقل في البدل الآخر شيا له قيمة اما اذا كان لا قيمة له كما في الزبد بعد اخراج السمن منه فيجوز مع مساواة الخارج للسمن المفرد ويروى ذلك عن ابي حنيفة وقال زفر يجوز مع عدم العلم لانه متردد بين الفساد والصحة

قال ویجوز بیع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل والبقر والغنم فاما البقر والجواميس جنس واحد وكذا للغنم مع الضان وكذا العراب مع البخاتي قال وكذلك ألبان البقر والغنم وعن الشافعي لا يجوز لانها جنس على حدة لاتحاد المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب احدها بالآخر في الزكوة فكذا اجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة قال وكذا خل الدقل بخل العنب للاختلاف بين اصليهما فكذا بين مائيهما ولهذا كان عصيرهما جنسين وشعر المعز مع صوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد قال وكذا شحم البطن بالالية او باللحم لانهما اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا

فلما ثبت الفساد بالشك والاصل الصحة وقلنا الفساد غالب لانه على تقدير النقصان والمساواة الصحة على تقدير الاكثرية فكان هو الظاهر فوجب الحكم به وعند الشافعي لا يجوز بيع اللبن اصلا لعدم العلم بالتفاضل وقت العقد واعلم ان المجانسة تكون باعتبار ما في الضمن فيمتنع النسيئة كما في المجانسة العينية وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج مع السمسم ويكتفى باعتبار ما اضيف اليه فيختلف الجنس مع اتحاد الاصل حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد اصلهما واحد وهو الزيت او الشيرج فصارا جنسين باختلاف ما اضيف اليه من الورد والبنفسج نظرا الى اختلاف المقصود والغرض ولم يبال باتحاد الاصل وعلى هذا دهن الزهر في ديارنا ودهن البان اصلهما اللوز يطبق بالزهر وبالبان مدة ثم يعصر اللوز فيخرج منه دهن مختلف الرائحة فيجوز بيع احد الدهنين بالآخر متفاضلا وعلى هذا لو اضيف الى الاصل ما يطيبه دون الآخر جاز متفاضلا حتى اجازوا بيع قفيز سمسم مطيب بقفيزين غير مربى وعلى هذا يجوز بيع رطل لوز مطبق برطلي لوز غير مطبق وكذا يجوز بيع رطل دهن لوز مطبق بزهر النارنج برطلي دهن اللوز الخالص وكذا رطل زيت مطيب برطلين من زيت لم يطيب فجعلوا الرائحة التي فيها بازاء الزيادة على الرطل خلافا للشافعي فانه لا يجوز الدهن المطيب وغيره الا مثلا بمثل داود انه ينبغي ان يجوز بيع السمسم بدهنه باي وجه كان لان الدهن وزني والسمسم كيلي اجيب بانه لما كان المقصود من السمسم ما في ضمنه من الدهن فكان بيع الجنس بالجنس فان قيل فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا لكل من دهنه وتخييره الى خلاف جنسه اجيب بان الصرف يكون عند الانفصال صورة كمسئلة الاكرار ولا صورة هنا منفصلة وقوله والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار يعني ان كان الدهن المفرد والسمن والدبس اكثر مما يخرج من الجوز واللبن والتمر جاز وقد علمت تقييده بما اذا كان انتفاع القيمة واظن ان لا قيمة لنقل الجوز الا ان يكون بيع بقشره فيوخذ وكذا العنب لا قيمة ثفله فلا تشترط زيادة العصير على ما يخرج والله اعلم اختلفوا في القطن بغزله فبعضهم لا يجوز متساويا لان القطن ينقص بالغزل فهو كالحنطة مع الدقيق وقال بعضهم يجوز وفي فتاوى قاضي خان لا يجوز الا متساويا لان اصلهما واحد وكلاهما موزون وان خرجا واحدهما على الوزن جاز متفاضلا وبيع الغزل بالثوب او القطن بالثوب جائز على كل حال وقال الشافعي بالاجماع وعن محمد ان بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا وعنه انه لا يجوز مطلقا وهكذا عن ابي حنيفة ايضا ثم ذكر انه لا باس ببيع المحلوج بالقطن والغزل بالقطن اذا كان يعلم ان الخالص اكثر مما في الآخر وهذا في المحلوج مع القطن ظاهر لان الفاضل حب القطن وهو مما ينتفع به وقد يعلف لبعض الدواب واما في الغزل فكانه لا يكون الفاضل من القطن المفرد بازاء صنعة الغزل فنقل الاجماع انما هو باعتبار الاقوال المعول عليها دون الروايات قوله ويجوز بيع لحم الانعام جمع لحم المختلف بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل والبقر والغنم لانها اجناس مختلفة لاختلاف اصولها ولم يحدث في الجنس الواحد منها زيادة تصيره جنسين اما البقر والجواميس فجنس واحد لا يجوز بيع لحم البقر بلحم الجاموس متفاضلا وكذا المفرد الضان والعراب والنجائي لا يجوز بيع شيء مع الآخر متفاضلا لاتحاد الجنس وانما جاز بيع لحم الجنس الواحد من الطيور كالانسان مثلا والعصافير متفاضلا لانه ليس بمال الربوا ولا يوزن لحم الطير ولا يكال وينبغي ان يستثنى من لحوم الطير الدجاج والاوز لانه يوزن في عادة ديار مصر بعظمه وقوله ومراده الخ يحترز به عن قول مالك فان عنده اللحوم كلها ثلاثة اجناس الطيور جنس والدواب اهليها ووحشيها جنس واحد والبحريات وكذا البان البقر والغنم يجوز متفاضلا لما ذكرنا من اختلاف الجنس باختلاف الاصلين وعن الشافعي ان اللحوم والالبان جنس واحد لاتحاد المقصود من الاكل وهو التغذي وهذا قول الشافعي غير المختار والصحيح من قوله انه مثل قولنا ثم وضع هذا القول بان اصولها مختلفة الاجناس وكذا اجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة فانها

قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا لان الخبز صار عددا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن ابي حنيفة رح انه لا خير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كانت الحنطة نسيئة جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة يجوز عند ابي يوسف رح وعليه الفتوى ولكن السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عددا او وزنا عند ابي حنيفة رح لانه يتفاوت بالخمر والخبل والتنور والتقدم والتاخر وعند محمد رح يجوز بهما للتعامل وعند ابي يوسف رح يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده

تعدد اجناسا ولهذا جاز بيع الخبز الدقيق والسويق متفاضلا ويجوز بيع خل دقل بخل العنب متفاضلا وكذا عصيرهما لاختلاف اصلهما جنسا وتخصيص جنس الدقل وهو ردي التمر باعتبار العادة لان الدقل هو الذي كان في العادة يتخذ خلا واما شعر المعز وصوف الغنم فجنسان لاختلاف المقاصد بخلاف لحمهما و لبنهما جعل جنسا واحدا كما ذكرنا لاتحاد الجنس مع عدم الاختلاف فانما يقصد بالشعر من الآلات غير ما يقصد بالصوف غالبا وهذا يوجب اختلاف الامور المتفرعة ثلاثة اشياء اختلاف الاصول واختلاف المقاصد وزيادة الصنعة فان قيل بالنظر الى اتحاد الاصل في الصوف والشعر لا يجوز بيعهما متفاضلا وزنا وبالنظر الى المقاصد اختلف فيجوز متفاضلا فينبغي ان لا يجوز متفاضلا تغليبا للحرمة فالجواب ان ذلك عند تعارض دليلهما وتساويهما فيرجح الحرم وهنا ليس كذلك فانه لا يقاوم الصورة المعنى والزم على تغليب جانب المعنى كون لبان البقر والغنم والابل جنسا واحدا لاتحاد المقصود واجيب بمنع اتحاده فان لبن البقر يقصد للسمن ولبن الابل لا يتاتى منه ذلك وكذا اغراض الاكل تتفاوت فان بعض الناس لا يطيب له البقر ويضر به دون الضان وكذا في الابل من الاختلاف بالصنعة ما قدمنا من جواز بيع اناء صفرا وحديدا احدهما اثقل من الآخر وكذا قمقمة بقمقمتين وابرة بابرتين وجوزة بجوزتين يدا بيد وهو اتين ما لم يكن شيء من ذلك من احد النقدين فيمتنع التفاضل وان اصطلحوا بعد الصياغة على ترك الوزن والاقتصار على العدد والصورة ويجوز بيع شحم البطن بالالية او باللحم واللحم بالالية متفاضلا لانها اجناس لاختلاف الصورة والاقتصار والمعاني في المنافع اختلافا فاحشا واما شحم الجنب فتبع للحم وهو مع شحم البطن والالية جنسان وكل ذلك لا يجوز نسيئة لان الوزن يجمعها واما الرؤس والاكارع والجلود فيجوز يدا بيد كيف ما كان لا نسيئة لانه لم ينضبط بالوصف حتى ان السلم فيه لا يجوز **قوله** ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضل يدا بيد قيل وهو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة لان الخبز صار اما عددا في عرف او وزنيا في عرف آخر فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة فيفرض كون الجنسية جمعتها اختلف المقدار فجاز التفاضل والدقيق اما كيلي فكذلك او وزني على ما عليه عرف بلادنا ومن جعله وزنيا له ثبت الجنسية بينه وبين الخبز فيجوز التفاضل ايضا وروي عن ابي حنيفة رح انه لا خير فيه وهذه العبارة تفيد الجواز بطريق التاكيد وللكثرة في النفي وبهذا القول قال الشافعي واحمد لشبهة المجانسة او في الخبز اجزاء الدقيق وان الدقيق لعرض ان يصير خبزا فتشترط المساواة ولا يدري ذلك والقوي على الاول وهو الجواز وهو اختيار المتاخرين المتحدين عددا او وزنا كيف ما اصطلحوا عليه وهذا اذا كانا نقدين فاما بيعهما نسيئة فان كانت الحنطة نسيئة او الدقيق بان اسلم الخبز فيهما فدفعه نقدا جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة بان اسلم حنطة او دقيقا في خبز لم يجز عند ابي حنيفة رح لانه لا يوقف على حده فانه يتفاوت في الصنعة عجنا وخبزا وكذا عند محمد لانه عددي عنده ويكون منه الثقيل والخفيف ويجوز عند ابي يوسف لانه وزني او يجوز بشرط الوزن لكان العرف فيه العدد والنضج وحسن العجن وصفات مضبوطة نوعها وخصوص ذلك القدر بعينه من العجن والنار مهدر واختاره المشايخ للفتوى اذا اتى بشرائطه لحاجة الناس لكن يجب ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى حتى لا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل قبضه اذا قبض يجوز اما هو دون ما سمى صنعة واذا كان كذلك فالاحتياط في منعه لانه قلما يقع الاخذ من النوع المسمى خصوصا في من يقبض المسلم فيه في ايام متعددة كل يوم كذا كذا رغيفا فقيل ان لا يصير مستبدلا ولا خير في استقراض الخبز عند ابي حنيفة رح عددا او وزنا لانه يتفاوت بالخمر والخبل والتنور باعتبار كونه جديدا او عتيقا والتقديم في التنور والتاخير عنه وتفاوت جودة خبزه بذلك واذا منع ابو حنيفة رح السلم فيه وباب السلم حتى جاز في الثياب ولا يجوز استقراضها فهو لاستقراضه امنع وعند محمد رح يجوز بهما اي عددا او وزنا للتعامل بين الجيران بذلك والحاجة قد تدعو الى ذلك بين الجيران وعند ابي يوسف يجوز وزنا لا عددا للتفاوت في آحاده

قال ولا ربوا بين المولى وعبده لان العبد وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربوا كما لا يتحقق بينه وبين مكاتبه وقال لا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي له ان العبرة بالدار بدليل منعه من الدار عندنا وعند الشافعي تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه وله ان الحربي في دار الحرب ليس بمعصوم لان ماله مباح في دارهم فيأتي طريق اخذه للمسلم اخذه ملاصا حا الدار لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظورا بتعلق الامان

باب الحقوق

ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى الا ان يشتريه بكل حق هو له فوقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق هو له لم يكن له الا على من اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما اديرعليه الحدود والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع وبشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل مسكن يسمى بالفارسية خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا يدخل الظلة الا بذكرها وذكرنا عن ابي حنيفة رح لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعند هما ان كان مفتحا في الدار يدخل من غير ذكر وشيء مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف

ومحمد يقول قد اهدر الجيران تفاوته وبينهم يكون اقتراضه غالبا والقياس يترك بالتعامل وجعل المتأخرون الفتوى على قول ابي يوسف وانما ادى ان قول محمد احسن قوله ولا ربوا بين المولى وعبده اي الماذون غير المديون لانه وما في يده لمولاه ولا يتحقق الربوا لعدم تحقق البيع وكذا المدبر وام الولد فان كان عليه دين لا يجوز اذ البيع بطريق الربوا اما عند ابي حنيفة فلعدم ملكه لما في يد عبده الماذون المديون فهو اجنبي عنه فيتحقق الربوا بينهما وعندهما ان لم يزل ملكه عما في يده لكن تعلق بما في يده حق الغرماء فصار المولى كالاجنبي عنه يتحقق الربوا بينهما كما يتحقق بينه وبين مكاتبه وفي المبسوط ذكر انه لا يتحقق الربوا بينهما مطلقا ولكن على المولى ان يرد ما اخذه على العبد لان كسبه شغل بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كما لو اخذه لا بجهة البيع سواء كان اشتراه منه درهما بدرهمين او لا بخلاف المكاتب لانه صار كالحر يدا وتصرفا في كسبه فيجري الربوا بينهما قوله ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي ومالك واحمد وعلى هذا الخلاف الربوا بين المسلم الاصلي والمسلم الذمي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا فلو بايع مسلم دخل اليهم مستأمنا درهما بدرهمين جاز كذا اذا باع منهم ميتة او خنزيرا او قامرهم واخذ المال يحل كل ذلك عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف ومن ذكرنا لهم اطلاق النصوص فانها لم تفصل المنع بمكان دون مكان والقياس على المستأمن منهم في دارنا فان الربوا يجري بين المسلمين وبينه وكذا الداخل منا اليهم بامان ولابي حنيفة ومحمد ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب وهذا الحديث غريب ونقل ما روي مكحول عن ابي بكر رضي الله عنه صلى الله عليه وسلم انه قال ذلك قال الشافعي قال ابو يوسف انما قال ابو حنيفة هذا لان بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا ربوا بين اهل الحرب اظنه قال واهل الاسلام قال الشافعي وهذا الحديث ليس بثابت ولا حجة فيه اسنده عنه البيهقي قال في المبسوط هذا مرسل ومكحول ثقة والمرسل من مثله مقبول ولان ابا بكر قبل الهجرة حين انزل الله الم غلبت الروم الآية قال له قريش تزعم ان الروم تغلب قال نعم قال فهل لك ان تخاطرنا فخاطرهم فاخبر النبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذهب اليهم وزد في الخطر ففعل وغلبت الروم فارس فاخذ ابو بكر الخطر فاجازه النبي صلى الله عليه وسلم وهو القمار بعينه بين ابي بكر ومشركي مكة وكانت مكة دار شرك فلان مالهم مباح واطلاق النصوص في مال محظور وانما يحرم على المسلم اذا كان بطريق الغدر فاذا لم يأخذه غدرا فباي طريق يأخذه حل بعد كونه برضى بخلاف المستأمن منهم عندنا لان ماله صار محظورا بالامان فاذا اخذه بغير الطريق المشروع يكون غدرا وبخلاف الزنا لان قياس عليه الزنا لان البضع لا يستباح بالاباحة بل بطريق الخاص والمال قابل بطيب النفس واباحته وهذا لا يفيد لمعارضة اطلاق النصوص الا بعد ثبوت حجية حديث مكحول وقد يقال المسلم حجيته فالزيادة بخبر الواحد لا يجوز فاثبات قيد زائد على المطلق من نحو لا تأكلوا الربوا ونحوه هو الزيادة لا يجوز ويدفع بالقطع بان المطلقات مرادا بها المال المحظور حق مالكه ومال الحربي ليس بمحظور الا لتوفي العذر فجاز فهذا التقرير في التحقيق يقتضي انه لو لم يرد خبر مكحول اجازه النظر المذكور اعني كون ماله مباحا الا لعارض لزوم العذر الا انه لا يخفى انه انما يقتضي حل مباشرة العقد اذا كان الزيادة ينالها المسلم والربوا اعم من ذلك لشمل ما اذا كان الدرهمان من جهة المسلم ومن الكافر وجواب المسئلة يحل عام في الوجهين وكذا القمار قد يفضي الى ان يكون مال الخطر للكافر بان يكون الغلب له والظاهر ان الاباحة تفيد حل المسلم الزيادة وقد التزم الاصحاب في الدرس انه مراد هم من حل الربوا والقمار اذا حصلت الزيادة للمسلم نظرا الى العلة وان كان اطلاق الجواب خلافه والله اعلم بالصواب

باب الحقوق محل هذا الباب عقيب كتاب البيوع قبل الخيار قوله ومن اشترى منزلا فوقه منزل حاصل ما هنا ان الاسماء ثلاثة البيت والمنزل والدار فالبيت اصغرها وهو اسم لمسقف واحد جعل لبيتوتة فيه فمنهم من يقتصر على هذا ومنهم من يزيد له دهليزا والجواب

قال ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لأنه خارج الحدود إلا أنه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف الإجارة لأنها تعقد للانتفاع ولا يتحقق إلا به أو للمستأجر يشتري الطريق عادة ولا يستأجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه لما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لأن المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة

ان علوه لا يدخل في بيعه يعني اذا باع البيت لا يدخل العلو وان قال بكل حق هو له او بكل قليل وكثير ما لم يذكر اسم العلو صريحا لان العلو شامل في انه مسقف بيات فيه والشيء لا يستتبع مثله بل ما هو ادنى منه واورد المستعير له ان تغيرا لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب له ان المكاتب جعله فاجيب بان ذلك ليس للطريق الاستتباع بل لما ملك المستعير المنفعة تغير بدل كان له ان يملك ما ملك كذلك والمكاتب يعقد الكتابة لما صار احق بمكاسبه كان له ذلك لان كتابة عبده من الكتابة والمنزل فوق البيت دون الدار وهو اسم لمكان يشتمل على بيتين او ثلاثة ينزل فيها ليلا ونهارا وله مطبخ وموضع قضاء الحاجة فيتاتى فيه السكنى بالعيال مع ضرب قصور اذ ليس له صحن غير مسقف ولا اصطبل الدواب فلكون البيت دونه صلح ان يستتبعه فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع غير متوقف على التنصيص عليه باسم الخاص وهو ان يشتريه بكل قليل وكثير هو له فيه او منه او بكل حق له او بمرافقه ولشبهه بالبيت لا يدخل بلا ذكر زيادة والدار اسم لساحة ادير عليها الحدود ويشتمل على بيوت واصطبل وصحن غير مسقف وعلو فيجمع فيها بين الصحراء للاستراح ومنافع الابنية للاسكان ولا فرق بين كون الابنية بالتراب والماء او بالخيام والقباب والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه بلا ذكر زيادة على شراء الدار وكذا يدخل الكنيف الشارع والكنيف هو المستراح اما الظلة وهي الساباط الذي يكون احد طرفيه على الدار والآخر على دار اخرى او على طاقات في السكة ومنفتحا من الدار المبيعة فعند ابي حنيفة لا يدخل في بيع الدار ما لم يقل بما ذكرنا من قوله بكل حق هو لها او مرافقها او بكل قليل وكثير هو فيها او منها لانه اي الظلة بتاويل الساباط مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان منفتحا في الدار يدخل بلا ذكر زيادة وان منفتحا اذا كان في الدار كانت تبعا للدار كالكنيف الشارع قالوا هذا في عرفهم اي عرف اهل الكوفة اما في عرفنا يدخل العلو من غير ذكر في الصور كلها سواء كان المبيع بيتا فوقه علو او منزلا كذلك لانه كل مسكن يسمى خانة في بلاد العجم وله علو هو كان صغيرا كالبيت وغيره اي دار السلطان تسمى سرايا قوله ومن اشترى بيتا في دار او منزلا فيها او مسكنا فيها لم يكن له الطريق في هذه الدار الى ذلك المشترى الا ان يشتريه بكل حق او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكرها وفي المحيط المراد الطريق الخاص في ملك انسان فاما طريقها الى سكة غير نافذة الى طريق العام فيدخل وكذا ما كان له في حق تسييل الماء والقاء الثلج في ملك انسان خاصة قال فخر الاسلام واذا كان طريق الدار المبيعة او مسيل مائها في دار اخرى لا يدخل في غير ذكر الحقوق لانه ليس من هذه الدار فلا يدخل الا بذكر الحقوق الا ان تعليله بقوله لانه ليس في هذه الدار يقتضي ان الطريق الذي في هذه الدار يدخل وهو غير ما في الكتاب فالحق ان كلا منها لا يدخل لانه وان كان في هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار انما اشترى شيئا معينا منها فلا يدخل ملك البائع او ملك الاجنبي الا بذكره ثم قال فان قال البائع ليس للدار المبيعة طريق في دار اخرى فالمشتري لا يستحق الطريق بغير حجة ولكن له ان يردها بالعيب كذلك لو كانت له جذوع دار اخرى على الدار المبيعة فان كانت تلك الدار للبائع لا يؤمر برفعها وان كانت لغيره كانت بمنزلة العيب وكذا لو ظهر في الدار المبيعة طريق لدار اخرى سيل او مسيل ماء فان كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له في الدار المبيعة لانه باعها من غير استثناء وان كانت لغير البائع كان بمنزلة العيب وقوله بخلاف الاجارة متصل بقوله لم يكن له الطريق يعني في الاجارة يدخل الطريق والشرب والمسيل لان المقصود منها الانتفاع فلا انتفاع بغير دخول هذه الاشياء والبيع ليس كذلك فان المقصود في الاصل منه ملك الرقبة لا انتفاع بعينها عينا بل المالك ويستحق فيها او ياخذ نفعها فلم يتعين فائدة المبيع فلا يلزم ولهذا جاز بيع الجحش كما ولد وان لم ينتفع به في الحال وكذا الارض السبخة ولا تصلح جارة ذلك وفي الكافي ولهذا لو استاجر على ان يستثني الطريق فسدت الاجارة بخلاف ما لو اشترى على ان يستثني الطريق ولو استحق العلو ثم اجيز البيع صح لان الاقتضاء بالاستحقاق لا يوجب انفساخ البيع الماضي في الظاهر الرواية ولا شيء لصاحب ساحة العلو من الثمن لانه بمقابلة المبيع والمبيع البناء لا الساحة لان حقه في الهواء فان قيل ما ذكرتم يشكل بالقسمة في دار بين رجلين فيها صفة فيها بيت وبابه في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقتسما فاصاب الصفة احدهما فقط من الساحة ولم يذكروا طريقا ولا مسيلا وصاحب البيت لا يستطيع ان يفتح بابه فيما اصابه من الساحة ولا يقدر ان يسيل ماؤه من ذلك فالقسمة فاسدة فيبطل

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها وولدها وان اقر بها الرجل ليستحقها ولدها وجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة تظهر ما ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له اما الاقرار حجة قاصرة تثبت الملك في المحتوى ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باتصاله بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالاجماع وقيل يشترط القضاء بالولد وليس تشتبه المسائل فان القاضي لو لم يعلم بالولد قال محمد رح لا تدخل الزوائد في الحكم وكذا الولد اذا كان في يد غاصبة لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا

قياس ما ذكرتم في الاجارة ينبغي ان يدخل الطريق والمسيل وان لم يذكر الحقوق كما في القسمة فلتمنعوا تجويز الاجارة واجيب بان الفرق بينهما لان موضع الشرب ليس مما تناوله الاجارة وانما يتوسل به للانتفاع والاجر انما يستوجب الاجر اذا تمكن المستاجر من الانتفاع ففي ادخال الشرب توفير المنفعة عليهما هذا بالاجرة وهذا بالانتفاع اما هنا فموضع الطريق والمسيل داخل في القسمة لانهما كانا داخلين في الملك المشترك فموجب القسمة اختصاص كل منهما بما نصيبه فلو اثبتنا لاحدهما حقا في نصيب الآخر تضرر به الآخر ولا يجوز الا اضرار دون رضاه وانما دليل الرضا اشتراط الحقوق والمرافق واعلم انه اذا ذكر الحقوق في البيع وهو بحيث يمكنه احداث طريق فيما اشتراه وتسييل مائه فيه لم يلزمه ذلك وله الطريق والمسيل وفي القسمة اذا ذكر الحقوق وامكنه الطريق والتسييل فيما اصابه ليس له ذلك بل يطرق ويسيل فيما اصابه فطولب بالفرق والفرق ان البيع ايجاد الملك من العدم لقصد الانتفاع به وان لم يلزم فيه ذلك فاشتراط تتميم مطلقا والمقصود بالقسمة تمييز الملك الثابت لهما لكل منهما ينتفع به على الخصوص بحيث لا يشترك فيه احد اذ لو لم يرد ذلك الخصوص لم يكن حاجة الى القسمة وانما يتم هذا اذا لم يدخل الطريق والمسيل فلا يدخلان الا برضى صريح ولا يكفي فيه ذكر الحقوق والمرافق والله اعلم

باب الاستحقاق حق هذا الباب ان يذكر بعد تمام ابواب البيع لانه ظهور عدم الصحة بعد التمام ظاهر ولكن لما ناسب الحقوق لفظا ومعنى ذكر عقيبه **قوله** ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل فان كان ببينة استحق ولدها معها وان كان باقرار المشتري له بها لا يستحق الولد وذلك ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة اي ثابتة في حق جميع الناس غير مقتصرة على المقضي عليه فانها كاسمها مبينة لما كان ثابتا في نفس الامر قبل الشهادة به لان الشهود لا يتمكنون من اثبات ملك في الحال لم يكن ثابتا في الاصل ولا القاضي وانما تظهر البينة ما كان ثابتا قبله قبلية لا تقف عند حد معين ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض فيما اذا اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر آخر وهكذا ثم ظهر الاستحقاق بقضاء بالبينة لانه يثبت قضاء على الكل ولا تسمع دعوى احدهم انه ملكه لان الكل صاروا مقضيا عليهم بالقضاء على المشتري الاخير كما لو ادعت في يد الغير انها حرة الاصل حيث يرجعون فالولد كان متصلا بها في الزمان الذي يستحب عليه اظهار البينة الملك فيكون له اما الاقرار حجة قاصرة على المقر حتى لا يتعدى الى غيره لانه لا ولاية له على غيره ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن في الاستحقاق بالاقرار وانما جعل حجة لضرورة تصحيح خبره وذلك يحصل باثباته في الحال والولد في الحال منفصل عليها والاقرار انما هو بها فقط فلا يتعدى اليه وهذا التوجيه يقتضي انه لو ادعاه المقر له لا يكون له وذكر التمرتاشي انه لم يكن له ادعاه ولم يدعه فلو ادعاه كان له لان الظاهر انه له هو الولد واذا قلنا ان الولد للمستحق بالبينة فقضى القاضي بالام هل تدخل في القضاء فيصير هو ايضا مقضيا به قيل نعم تبعا كما ان ثبوت استحقاقه تبعا وقيل لا بل يشترط القضاء بالولد ايضا لانه اصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله ولا بد من الحكم به وهو الاصح من المذهب قال المصنف واليه يشير المسائل التي ذكرها محمد فان محمدا قال اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعلم الزوائد لا يدخل الزوائد تحت الحكم وكذا اذا كانت الزوائد في يد غائب لم تدخل فحيث لم تدخل القضاء على الغائب في ضمن القضاء على الحاضر وهو امر جائز عرف انه يشترط القضاء بالولد بخصوصه ثم ذكر في النهاية ان انفساخ الاستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي بينه وبين البائع ولكن يوجب توقفه على اجازة المستحق وتبعه الجماعة فاعترضه شارح ان غاية ما في الباب ان يكون بيع فضولي يعني بايع المشتري الذي قضا عليه بالاستحقاق وفيه اذا وجد عدم الرضا ينفسخ العقد واثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا يعني الموقوف المنسوخ لا لحقه الاجازة فاستوضح بما في الفتاوى الصغرى اشترى شيئا ثم استحق من يده ثم وصل الى المشتري ليوما لا يؤمر بالتسليم الى

قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشتريني فاني عبد له فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة رد على العبد ثمنه وان كان البائع لا يدري اين هو رجع المشتري على العبد ورجع به على البائع وان ارهن عبدا مقرا بالرق فظهر حرا او وجد حرا رجع به على المرتهن وقال ابو يوسف رحمه الله لا يرجع لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال العبد ارتهني فاني عبد وجه المسئلة الثانية وهو ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره واقراره بانه عبد اذ القول له في الحرية فيصل العبد بامره بالشراء ضامنا للثمن فتعذر رجوعه على البائع دفعا للغرر والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فاما ان يجعل الامر به ضامنا نفسه منه كما هو موجب عقد المعاوضة او الرضى لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن بدين لا يعرف والمسلم فيه من حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضامنا للسلامة وتبقى الاجنبي لانه لا يتبايعا بقوله فلا تتحقق الغرر ونظير مسئلتنا قول المولى بائعوا عبدي هذا فاني قد اذنت له ثم ظهر الاستحقاق يرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رح لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل ان كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتاق فالتناقض مانع لاستبداد المولى به فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة **قال** ومن ادعى

البائع لانه وان جعل مقرا بالملك للبائع لكن يقتضي الشراء وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فينفسخ الاقرار ثم قال لا جرم لو اشترى عبدا فاقر ايضا انه ملك البائع ثم استحق في يد المشتري ورجع بالثمن على البائع ثم وصل اليه يوما يؤمر بالتسليم الى البائع لان اقراره بالملك له لم يبطل من نقله عن شرح قبيته خواهر زاده انتهى وما ذكره صاحب النهاية هو المنصور وقوله اثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا ان اراد دليل عدم الرضى بالبيع فليس بلازم لانه يجوز ان يكون دليل عدم الرضا بان يذهب من يده مجانا وذلك لانه لو لم يقع الاستحقاق وثبته استمر في يد المشتري من غير ان يحصل له عينه ولا بدله وثبانه ليحصل احدهما اما العين او البدل بان يجيز ذلك البيع ويصل الثمن اليه فظهر ان اثبات الاستحقاق ليس لازما لعدم الرضا بالبيع بل المحقق انه لازم لعدم الرضا بذهابه وذهاب بدله عنه واما ما استوضح به من الفتاوى الصغرى فليس مفيدا له لان المذكور فيها استحق من يده ثم وصل اليه ومعنى هذا انه اخذ عينه من يد المشتري ثم وصل اليه ولا شك انه اذا اتصل باثبات الاستحقاق اخذ المستحق للعبد بعينه فلا بد ان يرجع المشتري بالثمن ممن هو في يده فقد ظهر منه عدم الرضى بالبيع والا لم يأخذ اجازة فاين هذا من مجرد اثبات الاستحقاق والقضاء به حتى ظهر ملكه فيه الله سبحانه هو الفتاح الجواد لا الاخير ولا رجوه الاخيره وفي الذخيرة مما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق ان استحقاق المبيع يوجب توقف العقد السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى واعلم ان المنقول في ان البيع متى ينفسخ اقوال قيل اذا قبض المستحق وقيل ينفسخ بالقضاء والصحيح انه لا ينفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن حتى لو اجاز المستحق بعد ما قضى له او بعد ما قبضه قبل ان يرجع المشتري على بائعه يصح وقال شمس الائمة الحلواني الصحيح من مذهب اصحابنا ان القضاء للمستحق لا يكون فسخا للبيع ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء وفي الزيادات روي عن ابي حنيفة انه لا ينتقض ما لم يأخذ العين بحكم القاضي وفي ظاهر الرواية لا ينفسخ ما لم يفسخ وهو الاصح انتهى وهذا ان يتراضيا على الفسخ لانه ذكر فيها ايضا اذا استحق المشتري واراد المشتري نقض البيع من غير قضاء ولا رضى البائع ليس له ذلك لان احتمال اقامة البينة على النتاج من البائع او على تلقي الملك من المستحق ثابت الا اذا قضى القاضي فيلزم العجز فينفسخ انتهى يعني يلزم العجز عن اثبات ذلك او المراد ان الفسخ المستحق فانه هو المالك نعم لا شك في انه لو فرض اتفاق عدم رجوع المشتري بعد ان قضى للمستحق واخذ المبيع واستمر غير مجيز انه ينفسخ فان سكوته بعد الاخذ عن الاجازة قدر ما يتمكن فيه من الاجازة ولم يجد دليل ظاهر في عدم رضاه بالبيع **قوله** ومن اشترى عبدا اي اشترى انسانا قال له اشتراه فاني عبد فاذا هو حر اي فظهر انه حر بنية اقامها وان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة اي يدري مكانه لا يرجع على العبد بشيء من الثمن الذي قبضه بائعه للتمكن من الرجوع على القابض وان كان البائع لا يدري اين هو رجع المشتري على العبد بما دفع الى البائع من الثمن ورجع العبد على بائعه بما رجع المشتري به عليه ان قدر وانما رجع العبد على البائع مع انه لم يأمره بالضمان عنه لانه ادى دينه وهو مضطر في اداته بخلاف من ادى عن آخر دينا او دعا عليه بغير امره فليس مضطرا فيه فانه لا يرجع به والتقييد بالقيدين لانه لو قال انا عبد وقت البيع ولم يذكر بشرائه او قال اشتري ولم يقل فاني عبد لا يرجع عليه بشيء ولو ارتهن عبدا مقرا بالرق فظهر حرا وقد كان قال ارتهني فاني عبد الراهن لم يرجع عليه اي على العبد على كل حال اي سواء كان الراهن حاضرا او غائبا يعرف مكانه او لا يعرف وهذا ظاهر الرواية عنهم وعن ابي يوسف رح انه لا يرجع فيهما اي في البيع والرهن لان الرجوع بالمعاوضة وهي المبايعة هنا او بالكفالة وليس واحد منهما ثابت هنا بل الثابت ليس الا مجرد الاخبار كاذبا فصار كما لو قال اجنبي لشخص ذلك وكقول العبد ارتهني فاني عبده وهي المسئلة المذكورة ثانيا وجه ظاهر ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره واقراره فكان مغرورا من جهته والتغرير في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض يجعل سببا للضمان دفعا للغرر بقدر الامكان وكان تغريره ضامنا لدرك الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه كالمولى

تقرير

حقاني دار وصعناه حقا مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء
لان المدعي يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه

اذا قال لاهل السوق بايعوا عبدي فاني قد اذنت له ففعلوا ثم ظهر استحقاق العبد فانهم يرجعون على المولى بقيمة العبد فيجعل المولى لذلك ضامنا لدرك ما ذاب عليه دفعا للغرور عن الناس بخلاف الرهن فانه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن ببدل الصرف والسلم فيه فلو هلك يقع استيفاء الدين ولو كان معاوضة كان استبدالا بالمسلم فيه قبل قبضه وهو حرام واذا لم يكن عقد معاوضة لا يجعل الامر به ضمانا لانه ليس تعزيرا في عقد معاوضة ولهذا قالوا لو قال رجل لآخر وقد سأله حين امن هذا الطريق فقال له اسلكه فانه امن فسلكه فنهب ماله لم يضمن وكذا لو قال كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم فاكله فمات غير انه استحق عند الله عذابا لا يطاق وبخلاف الاستخفاء فانه لا يعبأ بقوله فالرجل هو الذي اغتر قال المص ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة لان الدعوى اي دعوى الحرية شرط في القضاء بنتيجتها والدعوى لا تصح من هذا العبد للتناقض فان دعوى الحرية تناقض تصريحه برقه فاجيب من جهة بعض المشايخ لان هذه الدعوى ان كانت بحرية الاصل فالدعوى ليست بشرط عنده كقولها في دعوى الحرية مطلقا لتضمنه تحريم فرج امه على السيد وتحريم اخواتها وبناتها وحرمة الفرج حقه تعالى والدعوى ليست شرطا في حق الله تعالى كما في عتق الامة حتى ان الشهود يحتاجون في شهادتهم الى تعيين الام والحرمات لا تحتاج في القضاء بها الى الدعوى واذا لم يحتج الى الدعوى لا يضر التناقض فيها وقيل هو اي الدعوى شرط مطلقا في حرية الاصل ودعوى الاعتاق في الكافي والصحيح ان دعوى العبد شرط عند ابي حنيفة في حرية الاصل والعتق العارض لكن التناقض في دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى بها اما في حرية الاصل فلخفاء حال العلوق فانه يسبى مع امه او بدونها فلا يعلم بحريتها وقتها حال العلوق به فيقر بالرق ثم تظهر له حرية امه فيدعي الحرية وفي الاعتاق العارض فلان المولى ينفرد به ولا يعلم العبد فيقر بالرق ثم يعلمه فيدعيه والتناقض في دعوى ما فيه خفاء يعذر فيه وصار كالمخالفة تقيم البينة على تطليق الزوج اياها ثلاثا قبل اختلاعها تقبل وكذا المكاتب بقيمتها على الاعتاق قبل الكتابة تقبل مع ان اتفاقهما على سؤال الخلع والكتابة اقرار بقيام العصمة والرق ولم يعتبر التناقض للخفاء فترجع المرأة والمكاتب ببدل الخلع وبدل الكتابة وذكر هنا مسئلة الجامع الكبير وهي اصل في الاستحقاق وهي رجل اشترى من آخر ثوبا فقطعه قميصا وخاطه ثم جاء مستحق قال هذا القميص لي واثبته بالبينة فالمشتري لا يرجع بالثمن على البائع لان الاستحقاق ما ورد على ملك البائع لانه لو كان ملكه في الاصل فالقطع بالقطع والخياطة كمن غصب ثوبا فقطعه وخاطه فينتقل ملك المغصوب عنه من الثوب الى الضمان فالاصل ان الاستحقاق اذا ورد على ملك البائع الكائن من الاصل يرجع عليه وان ورد على ملك المشتري بعد ما صار الى حال لو كان غاصبا ملكه به لا يرجع على البائع لانه يتيقن الكذب ولهذا لو اشتراها منذ شهرين فاقام رجل بينة انها له منذ شهرين يقضى بها له ولا يرجع على بائعه وعرف ان المعنى ان يستحقه باسم القميص ولو كان اقام البينة انه كان له قبل هذه الصفة رجع المشتري بالثمن وعلى هذا الجواب اذا اشترى حنطة وطحنها ثم استحق الدقيق ولو قال كانت قبل الطحن لا يرجع وكذا اذا اشترى لحما فسواه ولو اشترى شاة فذبحها وسلخها فاقام البينة آخر ان الرأس والاطراف والجلد واللحم له وقضي بها رجع المشتري على بائعه لان هذا استحقاق عين الشاة

قوله حتى في دار اي مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا لم يرجع على الذي صالحه بشيء لتمكنه من ان يقول مراده من الحق الذي ادعيته او الحق الذي ادعيه هذا الباقي ولو كان ادعاها كلها فصالحه واستحق منها شيء رجع بحسابه لان التوفيق

لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامته للمبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة

هنا غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامته ودلت المسئلة على امرين احدهما ان الصلح عن مجهول على معلوم جائز لان الابراء عن المجهول جائز عندنا لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة والآخر ان صحة الدعوى ليست شرطا في صحة الصلح لان دعوى الحق غير صحيحة لجهالة المدعى به ولذا اذا اقام به بينة لا تقبل اما اذا ادعى اقرار المدعى عليه بالحق قبلت البينة فروع اشترى شيئا ثم قال هو ملك فلان وصدقه او ادعاه فلان وصدقه هو او انكر فحلف فكل ليس له في شيء من ذلك الرجوع على البائع بخلاف وكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب فحلف فنكل يلزم الموكل لان النكول من المضطر كالبينة وهو مضطر في النكول اذا لم يعلم عيبه ولا سلامته ولو اقام المشتري بينة على انه ملك فلان لا تقبل لتناقضه فان اقدامه على الشراء اقرار منه بملك البائع واذا ادعاه لغيره تناقض بخلاف ما لو برهن على اقرار البائع انه ملك فلان يقبل لعدم تناقضه وبخلاف لو تبرعي برهن على انها حرة الاصل وهي تدعي ذلك او انها ملك فلان وهو اعتقها او دبرها او استولدها قبل شرائها حيث تقبل ويرجع بالثمن على البائع لان التناقض في دعوى الحرية فروعها لا يمنع صحة الدعوى باع عقارا ثم برهن ان ما باعه وقف لا يقبل لان مجرد الوقف لا يزيل الملك بخلاف الاعتاق ولو برهن انه وقف محكوم بلزومه قبل ولو برهنت امة في يد المشتري الاخير انها معتقة فلان او مدبرته او ام ولده يرجع الكل الا من كان قبل فلان اشترى شيئا ولم يقبضه حتى ادعاه آخر انه ملكه لا يسمع دعواه حتى يحضر المشتري والبائع لان الملك للمشتري واليد للبائع والمدعي يدعيهما فشرط القضاء عليهما حضورهما ولو قضى له بها بحضرتهما ثم برهن البائع او المشتري على ان المستحق باعها من البائع ثم هو باعها من المشتري قبل ولزم البيع لانه يقرر القضاء الاول ولا ينقضه ولو فسخ القاضي البيع بطلب المشتري ثم برهن البائع ان المستحق باعها منه يأخذها وتبقى له ولا يعود البيع المنتقض ولو قضى للمستحق بعد اثباته بالمستحق ثم برهن البائع على بيع المستحق منه بعد الفسخ تبقى الامة للبائع عند ابي حنيفة وليس له ان يلزمها المشتري لنفوذ القضاء بالفسخ باطنا وظاهرا عنده ولو استحقت من يد مشتري فبرهن الذي قبله على بيع المستحق من بائعه قبل لانه خصم ولو برهن البائع الاول ان المستحق امره ببيعها وهلك الثمن في يده تقبل ولو استهلكه او رده لا تقبل ولو اقر عند الاستحقاق بالاستحقاق ومع ذلك اقام المستحق البينة واثبت عليه الاستحقاق بالبينة كان له ان يرجع على بائعه لان القضاء وقع بالبينة لا بالاقرار لانه محتاج الى ان يثبت بها ليمكنه الرجوع على بائعه هكذا ذكر رشيد الدين في باب الدعوى بالدين بسبب وبغير سبب من فتاواه وذكر في باب ما يكون اقرارا من المدعى عليه من فتاواه المدعي لو اقام بينة على دعواه ثم اقر المدعى عليه بالملك له فالقاضي يقضي بالاقرار لا بالبينة لان البينة انما تقبل على المنكر لا المقر وذكر في آخر كتاب الدعوى ادعى عينا في يد رجل وانكر المدعى عليه فاقام بينة على ما ادعاه فقبل ان يقضي القاضي للمدعي ببينته اقر المدعى عليه بالعين للمدعي يقضي بالبينة او بالاقرار اختلف فيه المشايخ بعضهم قالوا بالاقرار وبعضهم قالوا بالبينة لان المدعي حين اقام البينة كان المدعى عليه منكرا واستحق المدعي القضاء بالبينة فلا يبطل هذا الاستحقاق باقراره قال والاول اظهر واقرب الى الصواب وهو يناقض ما ذكره في باب دعوى الدين الا ان تخص تلك لتعارض الحاجة الى الرجوع وقصد القاضي الى القضاء باحدى الحجتين بعينها فيتحصل انه اذا ثبت الحق بالبينة والاقرار ينبغي على ما جعله الاظهر ان يقضي بالاقرار وان سبقته اقامة البينة غير ان القاضي يتمكن من اعتباره قضاء بالبينة فعند تحقق حاجة الخصم الى ذلك ينبغي ان يعتبر قضاء بالبينة دفع الضرر عنه بالرجوع ولو قضى بالاستحقاق

فصل في بيع الفضولي **قال** ومن باع ملك غيره بغير امره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وقال الشافعي رح لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن في يده وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري لحصول القدرة الشرعية بتحصيل الحرة الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع

فطلب المشتري بالثمن من البائع فرده اليه ثم ظهر فساد القضاء فليس للمشتري ان يسترد المستحق من البائع لثبوت التقابل ولو لم يتراادا وكمن القاضي قضى للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء يظهر فساد الفسخ ولو احب البائع ان يامر بمالكة الرد بالاستحقاق فابراه المشتري من ضمان الاستحقاق قائلا لا ارجع بالثمن ان ظهر الاستحقاق فظهر كان له الرجوع ولا يعمل ما قاله لان الابراء لا يصح تعليقه بالشرط قالوا والحيلة فيه ان يقر المشتري ان بائعه قبل ان يبيعه مني اشتراه مني فاذا اقر على هذا الوجه لا يرجع بعد الاستحقاق لانه لو رجع على بائعه فهو ايضا يرجع عليه باقراره انه بائعه منه والله اعلم

فصل في بيع الفضولي مناسبته هذا الفصل مع الاستحقاق ظاهرة لان دعوى الاستحقاق تتضمن دعوى الفضولي على احسن الوجوه لانه يتضمن اما دعواه ان بائعك باع ملكي بغير امري لغصبه او فضوله واحسن المخارج للمتمسك فيه فضوله والفضول جمع فضل غلب في الاستعمال بما لا يعنيه وما لا ولاية له فيه فقول بعض الجهلة لمن يامر بالمعروف انت فضولي يخشى عليه الكفر قوله ومن باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وهو قول مالك واحمد وقال الشافعي رح لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك فقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية فصار كبيع الابق والطير في الهواء في عدم القدرة على التسليم وطلاق الصبي العاقل في عدم الولاية وقال عم لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك قلنا المراد بالبيع الذي تجري فيه المطالبة من الطرفين وهو النافذ والمراد ان مبيعه لم يشتريه فيسلم بحكم ذلك العقد وذلك غير ممكن لان الحادث يثبت مقصورا على الحال وحكم ذلك السبب ليس هذا بل ان يثبت بالاجازة من حين ذلك العقد ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة وسبب ذلك النهي ليفيد هذا وهو قول حكيم يا رسول الله ان الرجل ياتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاشتريها فاسلمها فقال عم لا تبع ما ليس عندك وقال الكرخي حدثنا ابراهيم بن موسى الجوزي قال حدثنا الحسن بن الحرار قال ثنا شعبان عن شبيب بن غرقدة سمعه من قومه عن عروة البارقي وحدثنا ابراهيم قال ثنا ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة اخبرنا الحسن عن عروة البارقي ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا يشتري به اضحية فاشترى بشاتين فباع احدهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا له النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى ترابا ربح فيه روي انه صلى الله عليه وسلم دفع دينارا الى حكيم بن حزام ليشتري اضحية فاشترى شاة ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الى النبي صلى الله عليه وسلم فاخبره بذلك فقال صلى الله عليه وسلم بارك الله لك في صفقة يمينك فاما الشاة فضح بها واما الدينار فتصدق وقولك لانعقاد الا بالقدرة الشرعية ان اردت لانعقاد على وجه النفاذ مسلما ولا يضر وان اراد لانعقاد على وجه التوقف الا ان يرى المالك مصلحة في الاجازة فيجيز فعله او عدمها فيبطله ممنوع ولا دليل عليه بل الدليل دل على ثبوته وهو تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشتري من غير ضرر ولا مانع شرعي فيدخل ثبوته في العمومات اما تحقق ما ذكرنا فان المالك يكفي مؤنة طلب المشتري ووفور الثمن وقراره ونفاق سلعته وراحته منها ووصوله الى البدل المطلوب له المحبوب والمشتري وصوله الى حاجة نفسه ودفعها بالبيع وارتفاع الم فقدها اذا كان مهما له والعاقد يصون كلامه عن الالغاء والاهدار بل وحصول الثواب له اذ الموصي الخير لله تعالى من الاعانة على حصول الرفق لاخيه المسلم ولما كان هذا التصرف خيرا لكل من جماعة عباد الله من غير ضرر كان الاذن في هذا القدر ثابت دلالة اذ كل عاقل ياذن في التصرف النافع بلا ضرر بسببه اصلا وبالعمومات توجب اعتباره وصار كالوصية من المديون

قال ولا الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان جائزا لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام المتعاقدين والمعقود عليه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يد الفضولي بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للعقد وفي عين نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن دينا فان كان عرضا معينا انما تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة

المتعرق وبأكثر من الثلث اذا كان المعقود عليه باقيا حيث يتوقف على اجازة المستحق بالاجماع فهذا اصل القياس صحيح لا يقال فاذا ثبت الاذن دلالة ينبغي ان ينعقد العقد لانا نقول الثابت دلالة كالاضرب فيه وذلك هو الانعقاد موقوفا على رأي المالك فثبت هذا القدر فانفاذه بلا رأيه فيه اضرار به اذ قد لا يريد بيعه فيثبت بخلاف بيع الطير في الهواء والسمكة في الماء لا يجوز لعدم المحل فان الطير ليس مملوكا اصلا قبله وما ليس بمملوك لاحد لا يكون محلا للبيع وبيع الابق منعقد فاسدا وهو عندنا مفيد للملك اذا اتصل به القبض وعدم توقف طلاق الصبي ولو بمال بحق الشرع فانه انزله كالمجنون فيما نحن فيه وان كان عاقلا اذ صح توكيله بذلك عن غيره وطلاق المرأة ضرر ظاهر فان عقد النكاح شرع للتراحم والتصاون انتظام المصالح فلذا لم يتوقف ذلك منه لا على اجازة وليه ولا على اجازته بعد البلوغ بخلاف ما لو اشترى او تزوج امته فان هذه التصرفات تتوقف منه على اجازة وليه او اجازته بعد البلوغ فان قيل يجب ان يلغو لعدم المقصود منه وهو الملك قلنا لا يلزم من عدم ترتبه في الحال عدمه مطلقا بل هو مرجو فلا يلزم عدمه بكون متعلق العقد مرجوا كان في صحة التصرف وعن هذا صح تعليق الطلاق والعتاق بالشرط والا فلا وقوع في الحال ولا يقطع بوقوعه فكان ينبغي ان يلغو لكن لما كان بحيث يرجى صح والعقد سببا في الحال مضافا او عند الشرط كقولنا هذا وقول المص تصرف تمليك من اضافة العام الى الخاص كحركة الاعراب والاضافة في مثله بيانية اي تصرف هو تمليك وحركة هي اعراب ولا حاجة الى هذا القيد هنا لان تصرفات الفضولي تتوقف عندنا اذا صدرت والمتصرف مخير اي من يقدر على الاجازة سواء كان تمليكا كالبيع والاجارة والهبة والتزويج والتزوج او اسقاطا حتى لو طلق الرجل امرأة غيره او اعتق عبده فاجاز طلقت واعتق ولذا سائر الاسقاطات كالديون وغيرها فكان الاحسن ان يقول تصرف شرعي واما القياس على الفضولي بالشراء ففي شراء الفضولي تفصيل ذكره في شرح الطحاوي وطريقة الخلاف وهو انه لو قال الفضولي بع هذا لفلان فقال المالك بعت فقال الفضولي قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف فلا يصح القياس اما اذا قال الفضولي اشتريت هذا لاجل فلان فقال بعت او قال المالك ابتداء بعت منك هذا العبد لاجل فلان فقال اشتريت فقد صح على الفضولي غير متوقف على اجازة فلان لانه وجد نفاذا على المشتري فلا يتوقف لانه اضيف اليه ظاهرا فلا حاجة الى ايقاعه الى رضى الغير فقوله لاجل فلان يحتمل لاجل شفاعته او رضاه بخلاف البيع لم يجد نفاذا قوله وله الاجازة اي للمالك ان كان المعقود عليه باقيا وهو المبيع وكذا المتعاقدان وهما الفضولي والذي خاطبه فلا بد من بقاء اربعة الثلاثة المذكورة والمالك حتى لو مات لا يصح اجازة الوارث كما سنذكره فيما اذا كان الثمن دينا اي مما لا يتعين وهذا لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيام العقد الذي هو مورد هذا التصرف وقيامه بقيام العاقدين والمعقود عليه وانما لم يذكر المالك لانه ذكر ان الاجازة منه وهو فرع وجوده وفي الايضاح عقد الفضولي في حق وصف الجواز موقوف على الاجازة فاخذ الاجازة حكم الانشاء ولا بد في الانشاء من قيام الاربعة وفي التفصيل شرط بقاء المعقود عليه لان الملك لم ينتقل فيه وانما ينتقل بعد الاجازة ولا يمكن ان ينتقل بعد الهلاك والمشتري ليلزمه الثمن وبعد الموت لا يلزم ما لم يكن لزمه حال الحياة والبائع لانه يلزمه حقوق العقد بالاجازة ولا تلزمه الاجازة والمالك لان الاجازة تكون منه لا من وارثه واذا اجاز المالك صار المبيع ملكا للمشتري والثمن مملوكا له امانة في يده او في يد الفضولي فلو هلك لا يضمنه كالوكيل فالاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة من حيث انها صار بها تصرفه نافذا وان لم يكن له من كل وجه فان المشتري من المشتري من الفضولي اذا اجاز المالك لا ينفذ بل يبطل بخلاف الوكيل وهذا بسبب ان الملك البات اذا طرأ عليه الموقوف وهو ملك المشتري من الفضولي يبطل بالموقوف ولهذا لو تزوجت امته وطيها مولاها بغير اذنه فمات قبل الاجازة توقف النكاح الى اجازة الوارث لانه لم يطرأ ملك بات للوارث في المبيع ليبطل وهذا يوجب تقييد الوارث بكونه من الولاد بخلاف ابن العم وللفضولي اي

ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك في حيوته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف رح اولا وهو قول محمد رح لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف رح وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك

في البيع ان يفسخ قبل اجازة المالك حتى لو اجازه لا ينفذ لزوال العقد الموقوف وانما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه فانه بعد الاجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد اليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه من نفسه قبل تبوته عليه بخلاف الفضولي في النكاح ليس له ان يفسخ بالقول ولا بالفعل لانه معبر محض اي كناقل عبارة فبالاجازة تنتقل العبارة الى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي فلا يلزمه بالاجازة ضرر تعلق الحقوق وقد ثبت للمالك والولي حق ان يجيز وكذا بالفعل كان زوج امراة برضاها من غائب فقبل ان يجيز زوجه اختها توقف العقد الثاني ايضا بخلاف ما لو وكله قبل عقده فضوليا ان يزوجه امراة فزوجه اختها فان العقد الاول يبطل لطرء البات على الموقوف هذا الذي ذكرناه فيما اذا كان الثمن دينا فان كان عينا بان باع الفضولي ملك غيره بعوض معين مبيع متقايضة اشترط قيام الاربعة المذكورة وخامس وهو ذلك الثمن العوض واذا اجاز مالك المبيع والثمن معوض فالفضولي يكون مبيع مال الغير مشتريا للعوض من وجه والشراء لا يتوقف اذا وجد نفاذا فينفذ على الفضولي فيصير مالكا للعوض والذي يفيده والاجازة انه اجاز للفضولي ان ينفذ ثمن ما اشتراه من ذلك العوض له كانه قال اشتر هذا العوض لنفسك وانفذ ثمنه من مالي هذا قرضا عليك فان كان مثليا فعليه مثله وان كان قيميا كثوب او جارية فقيمته فيصير مستقرضا للجارية او الثوب والقرض وان لم يجز في القيميات لكن ذلك اذا كان قصدا وهنا انما ثبت ضمنا مقتضى لصحة الشراء فيراعى فيه شرائط صحة المقتضى وهو الشراء لا غير كالكفيل بالمسلم فيه اذا اداه من مال نفسه يصير مقرضا حتى يرجع بقيمته ان كان ثوبا لان الثوب مثلي في باب السلم فكذا فيما جعل بمنزلته فكذا هنا واذا صحة الشراء العبد الا بقرض الجارية والشراء مشروع فيما في ضمنه يكون مشروعا هذا واذا انما ينفذ الشراء على المشتري اذا لم يضفه الى آخر وجد الشراء النفاذ عليه ولم يسبق بتوكيل للمشتري من آخر فاما ان كان كذلك فالشراء يتوقف وفي الوكالة ينفذ على الموكل فانه ذكر في شرح الطحاوي ولو اشترى رجل لرجل شيئا بغير امره كان ما اشتراه لنفسه اجاز الذي اشتراه له او لم يجزه اما اذا اضافه الى آخر بان قال للبائع بع عبدك من فلان بكذا فقال بعت فقال المشتري هذا البيع لفلان فانه يتوقف وقوله ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث قدمنا الكلام فيه وهو بخلاف القسمة عند ابي حنيفة وابي يوسف رح فان القسمة الموقوفة على اجازة الغائب الكبير جازت باجازة ورثته بعد موته استحسانا لانه لا فائدة في نقض القسمة ثم الاعادة وقول محمد القسمة مبادلة كالبيع فلا يجوز باجازة ورثته هو القياس والاستحسان مقدم ولو هلك المبيع قبل الاجازة قبل التسليم فلا ضمان على احد وان هلك بعده فالمالك ان يضمن ايهما شاء البائع او المشتري وايهما اختار برئ الآخر من الضمان لتضمن التضمين تمليكا فاذا ملكه من احدهما لا يتصور تمليكه من الآخر فان اختار تضمين المشتري بطل البيع الموقوف لان اخذ القيمة كاخذ العين ويرجع المشتري بالثمن على الفضولي لانه ضمن وان اختار تضمين البائع نظر ان كان قبض البائع مضمونا عليه نفذ بيعه لانه سبب ملكه وهو غصبه وتقدم عقده وان كان قبض امانة وانما صار مضمونا عليه بالتسليم لا ينفذ بيعه في الضمان لان سبب ملكه تاخر عن عقده وذكر محمد في ظاهر الرواية انه يجوز البيع بتضمين البائع وهو محمول على انه سلمه اولا ثم صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كالمغصوب هذا اذا باعه بثمن دين فان كان بعين مما يتعين بالتعيين فهلك في يد البائع بطل بيعه فلا يلحقه اجازة ورد المبيع على صاحبه ويضمن البائع للمشتري مثل العرض او قيمته ان كان قيميا لانه قبضه بعقد فاسد ولو اجاز المالك في حياته ولم يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد رح لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك

قال ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الاخرى يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح لاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يخير البائع ذلك وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفا فيتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على مالكه فيتوقف الاعتاق على ما مر فيتوقف ويتبعه عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع النفاذ في حق الحكم اصلا وبخلاف المشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرء على ملك موقوف لغيره ابطله واما اذا ادى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه لان ذكره هذا رد وهو الاصح

قوله ومن غصب عبدا فباعه فاعتقه المشتري ثم اجاز مولى العبد البيع فالعتق جائز كذا ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكر خلافا لكنهم اثبتوا خلافه مع تردد في بطلانه العتق وهذه من المسائل التي جرت المحاورة بين ابي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال ابو يوسف ما رويت لك عن ابي حنيفة ان العتق جائز وانما رويت لك ان العتق باطل وقال محمد بل رويت لي ان العتق جائز واثبات مذهب ابي حنيفة في صحة العتق بهذا لا يجوز لتكذيب الاصل الفرع صريحا واقل ما يكون في المسئلة روايتان عن ابي حنيفة قال الحاكم الشهيد قال ابو سليمان هذه رواية محمد عن ابي يوسف رح ونحن سمعنا من ابي يوسف انه لا يجوز عتقه وسيجيء ان شاء الله تعالى قالوا وقول محمد قياس وقول ابي حنيفة استحسان وجه قول محمد انه لا عتق بلا ملك لقوله عم لا عتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك وقت العقد ولو ثبت في الاخرى اي عند الاجازة ثبت مستندا وهو ثابت وقت العتق من وجه دون وجه والمصحح لاعتاق الملك الكامل لما روينا من هذا الحديث وقد سلف تخريجه ولهذا اي لاجل ان الشرط الملك الكامل لا يصح ان يعتقه الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا المشتري بشرط الخيار للبائع ثم يخير البائع البيع وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع ان البيع اسرع نفاذا من العتق حتى نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان بعد ان باع وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولا الطلاق في النكاح الموقوف حتى اذا اجيز لا يقع المرأة وكل من الطلاق والعتق في الحاجة الى الملك على السواء وكذا اذا جعل فضولي امر امرأة رجل بيدها فطلقت نفسها ثم اجاز الزوج لا تطلق بل يثبت التفويض فان طلقت نفسها الآن طلقت ح والا لا ولهما ان الملك ثبت موقوفا فيتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على مالكه لما روينا من الباب فيثبت الاعتاق موقوفا ويتبعه ثم ينفذ بنفاذه ومطلق بفتح اللام واحترز به عن البيع بشرط الخيار فيخرج جوابا قوله لا يصح اعتاق المشتري والخيار للبائع لان ذلك ليس بتصرف مطلق اذ الخيار يمنع ثبوته في حق الحكم لا باتا ولا موقوفا وقد يقرر بكسر اللام والفتح اصح وبموضوع لافادة الملك عن الغصب فخرج الجواب عن قوله لا ينفذ من الغاصب اذا اعتق ثم ادى الضمان على ان الغصب ليس سببا موضوعا لافادة الملك وانما ثبت الملك ضرورة ادا الضمان فهو بعرضيته ان يصير سببا لانه وضع سببا فيقتصر على ذلك ولذا لا يتعدى الى الزوائد المنفصلة بخلاف البيع اذا اجيز يثبت الملك في المتصلة والمنفصلة واما بيع المشتري من الغاصب فانما لا يصح منه لبطلان عقده بالاجازة فان بها يثبت الملك للمشتري باتا والملك البات اذا ورد على الموقوف ابطله وكذا لو وهبه مولاه للغاصب او تصدق به عليه او مات فورثه فهذا كله يبطل الملك الموقوف لانه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف في محل واحد على وجه يطرأ فيه البات والا فقد كان فيه ملك بات وعرض منعه الملك الموقوف وصار كاعتاق المشتري من الراهن فانه موقوف بالاتفاق على اجازة المرتهن او فك الرهن والجامع انه اعتاق في بيع موقوف وكاعتاق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين يصح ثم ينفذ اذا قضى الدين واما اعتاق المشتري من الغاصب الضمان فمقول ينفذ كذا ذكره هلال الرأي بن يحيى البصري في رقمه وهو من اصحاب ابي يوسف ذكر فيمن غصب ارضا فباعها فوقفها المشتري ثم ادى الغاصب ضمانها حتى ملك قال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق اولى واما عدم وقوع الطلاق في النكاح الموقوف وفي التفويض الموقوف فالاصل فيه ان كل تصرف جعل شرعا سببا لحكم اذا وجد من غير ولاية شرعية فلم يستعقب حكمه وتوقف ان كان مما يصح تعليقه جعل معلقا والا احتيج الى ان يجعل سببا في الحال متأخرا حكمه ان امكن فالبيع ليس بتعليق فيجعل سببا في الحال فاذا زال المانع من ثبوت الحكم بوجود الاجازة ظهر اثره من وقت وجوده ولذا ملك الزوائد واما التفويض فيحتمل التعليق فيجعل الموجود من التفويض معلقا بالاجازة فانها تثبت التفويض للحال لا مستندا فلا يثبت حكمه

قال فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز البيع فالارش للمشتري لان الملك ثبت له من وقت الشراء فتبين ان الارش حصل في ملكه ومن وجه آخر والعبد له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم برئ في الرق يكون الارش له وكذا اذا قطعت يد المشتري في يد البائع والخيار للبائع ثم اجاز البيع فالارش للمشتري بخلاف الاعتاق على مال وتصدق فيما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه وفيه شبهة عدم الملك قال فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر قال فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك المشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فيتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه

الا من وقت الاجازة واما النكاح فلا يعلق ولا يمكن ان يعتبر في حال التوقف سببا لملك الطلاق بل لملك المتعة المستعقب له اذا ثبت وهذا لانه لا يثبت لاجل صحة الطلاق مقصودا لان شرعيته لضد ذلك من انتظام المصالح بينهما لا لوقوع الشتات بالفرقة فلا يثبت ذلك الا بناء على ثبوت المقصود اولا وهو منتف هنا فلو ثبت لكان ليس الا لصحة وقوع الطلاق بخلاف ملك القسم فانه يجوز ان يعتقد مقصودا لصحة العتاق والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم لا عتق الحديث النافذ في الحال وغايته ما يفيد لزوم الملك للعتق وهو ثابت هنا فانا لم نوقفه قبل الملك فما حاصل الخلاف كما قال الامام القاضي يرجع الى ان بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم عند محمد وهو الملك لانعدام الولاية فكان الاعتاق لا في ملك فيبطل كما لو باعه المشتري من الغاصب وعندهما يوجبه موقوفا لان الاصل انعقاد الحكم بالسبب والتاخير لدفع الضرر عن المالك والضرر في نفاذ الملك لا في توقفه وبعد فالمقدمة القائلة في كلام محمد المصحح لاعتاق الملك الكامل لم يصرح فيها بدفع ويمكن ان يستخرج من الدليل المذكور منع انه يحتاج الى ملك كامل وقت ثبوته بل وقت نفاذه وهو كذلك **قوله** فان قطعت يد العبد اي عند المشتري من غاصبه وحاصل وجوه هذه المسئلة المذكورة ان من غصب عبدا فباعه فاما ان يعتقه المشتري من الغاصب ثم يجيز المالك بيع الغاصب واما ان لا يعتقه ولكن قطعت يده ونحوه من الجراحات الموجبة للارش فاخذ ارشها ثم اجاز المالك بيع الغاصب واما ان لا يكون اخذ ارش ولكن باعه المشتري من الغاصب ثم اجاز المالك بيع الغاصب وهو الذي يلي هذا الفرع واما ان لا يكون شيء من ذلك ولكن مات في يده او قتل ثم اجاز وهي اربعة فروع متفرع على اجازة الغاصب اولا واما اذا اجاز بيع الغاصب بعد عتق المشتري منه وهي التي فرغنا منها والثاني ما اذا اجاز بيع الغاصب بعد ان جنى على العبد جناية فاخذ ارشها فان الارش يستحقه المشتري من الغاصب لان قطع يده لا يمنع صحة الاجازة اذ لم تفت المقصود عليه قطعا بخلاف موته فاذا لحقته الاجازة ظهر انه قطع في ملكه فيستحقه ارش يده لما ذكرنا من ان البيع موضوع سببا للملك بخلاف ما لو قطعت في يد الغاصب ثم ادى الضمان فملك العبد فانه لا يكون له الزوائد لان الغصب لا يوضع سببا للملك وانما يثبت الملك مستندا لوقت الغصب بطريق الضرورة فيظهر في المتصل لا المنفصل ثم يتصدق هذا المشتري بما زاد من ارش اليد على نصف الثمن لانه اي ما زاد على نصف الثمن لم يدخل في ضمانه لما ذكرنا ان اليد من الادمي نصفه فالذي دخل في ضمانه هو ما كان في مقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمنه وهذا لان ارش يد العبد نصف قيمته والحر نصف ديته وعسى ان يكون نصف القيمة اكثر من نصف الثمن فلا يطيب له الفضل فانه انما دخل في ضمانه بالثمن لا القيمة وذكر المصنف وجها آخر وهو انه فيه شبهة عدم الملك لان الملك في الارش ثبت يوم القطع مستندا الى يوم البيع وهو ثابت من وجه دون وجه وهو شبهة عدم الملك واورد عليه لو وجب التصدق لشبهة عدم الملك في الزائد ينبغي ان يتصدق بالكل لان في الكل شبهة عدم الملك بعين المذكور في الزوائد ولو قيل شبهة عدم الملك انما يؤثر المنع مع كونه لم يضمن لا بانفراده دفع بان كونه لم يضمن يستقل بالمنع اتفاقا فلا حاجة الى زيادة شبهة عدم الملك اذ لا يفيد شيئا ووزع في الكافي الوجهين فقال ان لم يكن العبد مقبوضا واخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان اخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود اي الملك حقيقة وقت القطع وانما يثبت فيه بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه ولو كان المشتري من الغاصب اعتق العبد ثم قطعت يده ثم اجاز المولى بيع الغاصب كان الارش للعبد قال المصنف وهذه اي هذه المسئلة في بعض النسخ وهو حجة على محمد يعني كون الارش للمشتري حجة على محمد في عدم تجويزه عتاق المشتري من الغاصب اذا اجاز المالك بيع الغاصب فانه اعتاق في ملك موقوف وهذا استحقاق ارش

قال ومن باع عبد غيره بغير امره واقام المشتري البينة على اقرار البائع ان ربّ العبد لم يامره بالبيع واراد رد البيع لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى وان اقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري قال رحمه

بملك موقوف قال والعذر له اي جوابه بالفرق بان الملك عن وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده فاخذ ارشها ثم عجز فرد في الرق فان الارش للمولى مع ان ملكه فيه حال الكتابة من وجه لا من كل وجه وكذا اذا قطعت يد العبد في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجاز البائع البيع يكون الارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر حيث لا يكفي فيه الا الملك من كل وجه والثالث من الفروع باذكره بقوله فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول اي بيع الغاصب لم يجز البيع اي بيع المشتري من الغاصب من الآخر لما ذكرنا يعني قوله لان الاجارة تثبت للبائع انكابا الى آخره ان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجارة في البيع الاول اي بيع الغاصب بخلاف الاعتاق عندهما اي عند ابي حنيفة وابي يوسف فانه اي الاعتاق لا يؤثر فيه غرر الانفساخ بدليل ان المشتري لو اعتق العبد قبل قبض يجوز ولو باعه لا يجوز وقد روي عن ابي حنيفة انه يتوقف بيع كما يتوقف الاعتاق واستشكل هذا التعليل بانه شامل لبيع الفضولي مطلقا عاما او غير غاصب اذ فيه غرر الانفساخ على تقدير عدم الاجارة ومع ذلك ينعقد موقوفا وتلحقه الاجازة اجيب بان هناك معارضا لغرر الانفساخ مرجحا عليه وهو ما تقدم من تحقق المصالح المتعدية والقاصرة من غير شائبة ضرر وليس مثله ثابتا في البيع الثاني لانه لم يملكه مشتري الاول حتى يطلب مشتريا آخر فيتجرد البيع الثاني عرصة الانفساخ فلم ينعقد اصلا وانما وجب تقديم ذلك المعارض لانه لو اعتبر مجرد غرر الانفساخ بلا اعتبار النفع لم يصح بيع اصلا لان كل بيع فيه غرر الانفساخ خصوصا في المنقولات بجواز هلاك المبيع قبل القبض فينفسخ فالمعتبر مانع غرر الانفساخ الذي لم يشبه نفع وفرق العتابي لغير هذا بين اعتاق المشتري من الغاصب حيث ينفذ بالاجازة وبين بيع المشتري من الغاصب حيث لا ينفذ بالاجازة لان العتق منه للملك فهو مقرر للملك حكما والمقرر للشيء من حقوقه فجاز ان يتوقف بتوقفه والبيع ازالة له بلا انهار فكان ضررا محضا بحكمه فلا يتوقف بتوقفه ولا ينفذ بنفاذه والدليل على الفرق بينهما ان المشتري اذا اعتق ثم اطلع على عيب يرجع بالنقصان ولو باع ثم اطلع على عيب لا يرجع والرابع ما ذكره بقوله فان لم يبعه المشتري ولكن مات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات وهذا في الموت ظاهر واما في القتل فلم يعتبر ايجاب البدل للمشتري بالقتل فيكون المعقود عليه باقيا بمقام بدله فتصح الاجازة كما في البيع الصحيح اذا قتل فيه العبد قبل القبض فان البيع لا ينفسخ كما ينفسخ بالموت بل يحصل قيام بدله كقيامه فيتخير المشتري بين ان يختار البيع فيدفع الثمن ويرجع ببدل العبد على قاتله وان يفسخه فيصير الى البائع فدار الفرق بانه لا ملك للمشتري من الغاصب حال القتل ملكا يقابل بالبدل لانه ملك موقوف والملك الموقوف لا يقابل بالبدل بخلافه في البيع الصحيح

قوله ومن باع عبد غيره بغير امره قوله بغير امره وان وقع في الجامع الصغير فليس من صورة المسئلة بل صورتها باع عبد غيره من رجل فاقام ذلك المشتري بينة على اقرار البائع انه لم يامره مالكه ببيعه او اقام على قول رب العبد ذلك واراد بذلك رد العبد فان هذه البينة لا تقبل للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء دليل صحة دعواه وانما يملك بيعه ودعواه اقراره بعدم الامر يناقضه اذ هو دليل انه لم يصح ولم يملك البائع البيع وقبول البينة مبني على صحة الدعوى بحيث لم تصح لم تقبل ولو لم تكن بينة بل ادعى البائع بعد البيع ان صاحبه لم يامره ببيعه وقال المشتري امرك او ادعى المشتري عدم الامر فادعى البائع الامر فالقول لمن يدعي الامر لان الآخر مناقض اذ اقدامه على البيع او الشراء دليل اعترافه بالصحة وقد انقض بدعواه عدم الامر بخلاف الآخر وكذا ليس له ان يستحلفه لان الاستحلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة ذكره في شرح الزيادات بخلاف

وذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق في مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل وفرقوا بين هذه المسئلة في يد المشتري

بالواو البائع عند القاضي بذلك حيث حكم بالبطلان والرد ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فكذا صح اقراره بالشيء بعد انكاره اياه الا ان الاقرار حجة قاصرة يعني انما ينفذ في حق المقر خاصة واذا وافقه المشتري نفذ عليهما فلذا شرط طلب المشتري حتى يكون نقضا باتفاقهما لا بمجرد اقرار البائع والمراد من فسخ القاضي انه يمضي اقرارهما ان الفسخ يتوقف على القضاء وفروعها ان صاحب العبد لو حضر وصدقهما نفذ الفسخ في حقه وتقرر ان كذبهما وقال كنت امرته كان القول قوله لما ذكرنا ان اقدامهما اقرار منهما بالامر فلا يبطل رجوعهما في حقه ويغرم البائع الثمن له ويكون المبيع للبائع لانه ويبطل عن المشتري الثمن للامر في قول ابي حنيفة ومحمد رح وعند ابي يوسف يبقى في ذمة المشتري للامر ويرجع المشتري على البائع بثمن الثمن بناء على ان الوكيل بالبيع يملك ابراء المشتري عن الثمن عند ابي حنيفة ومحمد رح ويملك الاقالة بغير رضا الآمر وعلى قول ابي يوسف رح لا يملك قوله وذكر في الزيادات الخ صورة مسئلة الزيادات اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن ثم ادعاها مستحق كان المشتري خصما لانه يدعيها لنفسه فان اقر بها للمدعي امر بتسليمها فلا يرجع بالثمن على بائعه لان اقراره بها لا يكون حجة على البائع وكذا لو جحد دعواه فحلف فنكل فقضي عليه بالنكول لان نكوله ليس حجة على غيره لانه كاقراره فصدق بين هذا وبين الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب يحدث مثله باقراره لا يلزم الموكل وان رد عليه بنكوله يلزمه كرده بالبينة لان المشتري مختار كالنكول لانه امتنع عن اليمين مع وجود ما يطلق له الحلف وهو البيع الذي هو الظاهر في الملك ولو كان مضطرا فالاضطرار انما لحقه بعمل باشره بنفسه فلا يظهر حكم نكوله في حق الغير اما الوكيل فمضطر في النكول اذ لم يوجد ما يطلق له الحلف فان غير المالك يخفى عليه عيب ملك المالك ولو قال المشتري انا اقيم البينة انها للمستحق لا يرجع على البائع لا يلتفت اليه لانه مناقض في دعواه بان اقدامه على الشراء اقرار منه بملك البائع وبصحة البيع وبهذه البينة ناقض فرق بين هذا وبين ما ذكر في المأذون رجل اشترى عبدا وقبضه ونقد الثمن ثم اقام البينة ان البائع باع العبد قبل ذلك من فلان الغائب بكذا قبلت بينته مع انه مناقض سائغ في نقض ما تم به والثانية ما روى ابن سماعة عن محمد رح اذا وهب لرجل جارية فاستولدها الموهوب له ثم اقام الواهب بينة انه كان دبرها او استولدها قبلت بينته فيرجع على الموهوب له بالجارية والعقر وقيمة الولد مع انه مناقض سائغ في نقض ما تم به وفرق اما في مسئلة الواهب فالفرق ان التناقض فيما هو من حقوق الحرية كالتدبير والاستيلاد والتناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى وعندي ان هذا غير صحيح لان التناقض انما قيل في دعوى الحرية لانهما قد يخفى على المتناقض المدعي لها بعد اقراره بالرق والفاعل بنفسه للتدبير مثلا والاستيلاد لا يخفى عليه فعل نفسه من استيلاده ووطيه فيجب ان لا يقبل تناقضه ولا يحكم ببينته واما في مسئلة المأذون فبانه لما اقام البينة على البيع من الغائب قبل البيع منه فقد اقامها على اقرار البائع انه ملك الغائب لان البيع اقرار من البائع بانتقال الملك الى المشتري ثم في مسئلة الاستحقاق لو اقامها على اقرار البائع انها للمستحق قبلت لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على البائع باقراره وهو خصم في ذلك ويثبت ما ليس بثابت وهو اقرار البائع ولو كان مناقضا فالتناقض يرتفع بتصديق الخصم وهو يثبت بهذه تصديق الخصم ويجوز ان تقبل البينة على اقرار الخصم ولا تقبل على نفس الحق كما قال علماؤنا فيمن في يده عبد فادعاه رجل فاقام صاحب اليد البينة انه لفلان الغائب لا تقبل بينته ما لم يدع الوصول اليه من جهة الغائب ولو اقامها على اقرار المدعي انه لفلان الغائب تقبل وان لم يدع الوصول اليه من جهته وفرق في شرح الزيادات بين هذا وبين مسئلة الجامع المذكور في الهداية وهو انه لا تقبل بينة

وفي تلك المسئلة في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري

المشتري على اقرار البائع انه لم يامره كما لا تقبل على دعواه انه لم يامره بانه وضع المسئلة في الجامع فيما اذا كان المبيع في يد المشتري فهو سالم له من حيث الظاهر وسلامة المبيع من حيث الظاهر تمنع الرجوع بالثمن فلا يكون مدعيا لنفسه حق الرجوع وفي الزيادات وضع فيما اذا اخذت الجارية من يد المشتري فكان مدعيا لنفسه حق الرجوع قال ولا يقال في مسئلة الماذون المبيع في يد المشتري ومع هذا قبلت بينته لانا نقول ذلك محمول على ما اذا اخذ العبد من يده وهذا هو فرق المص وهو منظور فيه لان وضع مسئلة الزيادات ايضا في ان الجارية في يد المشتري كما اسمعتك فالاولى ما ذكر في الفوائد الظهيرية عن بعض المشايخ ان مسئلة الجامع محمولة على ان المشتري اقام البينة على اقرار البائع قبل البيع اما اذا اقامها على اقراره بعد البيع ان رب العبد لم يامره بالبيع فتقبل لان اقدام المشتري على الشراء يناقض دعواه اقرار البائع بعدم الامر قبل البيع ولا يناقض دعواه اقراره بعدم الامر بعد البيع قال ومسئلة الزيادات محمولة على هذا ايضا فيمنع الفرقة بين المسئلتين انتهى وقيل مسئلة الجامع محمولة على اقرار البائع او رب العبد قبل البيع فلم تقبل للتناقض والزيادات على اقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض فقبلت وما يناسب المسئلة باع عبد غيره بلا امره ثم اشتراه من مولاه ثم اقام البائع البينة انه اشترى العبد من مولاه بعد بيعه او ورثه بعد البيع قال محمد تقبل بينته ويبطل البيع الاول ومن فروع مسئلة الاستحقاق على ما في شرح الزيادات ما لو قال المشتري للقاضي سل البائع ان الامة للمستحق وليس له اجابة القاضي الى ذلك لانه يدعي انه مظلوم وله حق الرجوع عليه بالثمن باقراره فيسأله القاضي فان اقر بذلك الزمه الثمن وان انكر وطلب المشتري تحليفه اجابه القاضي الى ذلك فمنهم من قال انما يحلفه لانه ادعى عليه معنى لو اقر به يلزمه واذا جحد يستحلف كما في سائر الدعاوى فان قيل نعم هو كذلك لكنه مناقض لان شراءه اقرار منه بصحته ودعواه انه ملك المستحق انكار ذلك ولهذا لا تقبل بينته ولا تقبل البينة الا بعد دعوى صحيحة لا يستحلف الا بعد دعوى صحيحة دل عليه ما في الماذون اشترى عبدا ثم قال انا محجور قال البائع ماذون فاراد العبد ان يقيم البينة على ما ادعى لا تقبل ولا يستحلف خصمه وان اقر به البائع يلزمه وذكر في الجامع ان المشتري لو اراد استحلاف البائع انك ما بعته من فلان قبل ان تبيعه مني لم يكن له ذلك وان اقر به البائع يلزمه والجواب ان في مسئلتنا المشتري غير مناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد اصلا ولا الثمن فان بيع مال الغير منعقد وبدل المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو اللزوم بعد الاقرار من حيث الظاهر فكان مناقضا من وجه دون وجه فجعلناه مناقضا في حق البينة ولم نجعل له مناقضا في حق اليمين ليكون عملا بهما والعمل على هذا الوجه اولى لان البينة حجة متعدية فلو لم نجعله مناقضا في حق البينة يلزمنا ان لا نجعله مناقضا في حق اليمين بطريق الاولى بخلاف مسئلة الماذون لان العبد منكر لحكم العقد اصلا لان شراء المحجور لا يوجب ملك الثمن فكان مناقضا من كل وجه وبخلاف مسئلة الجامع لان ثمة المبيع في يد المشتري فلا يكون بها حق الخصومة وعلى هذا طريقة الموافقة للمص في الفرق قال ولو لم يستحق الجارية ولكن ادعت انها حرة الاصل فان اقر المشتري بذلك او استحلف فنكل وقضى القاضي بحريتها لم يرجع المشتري على البائع اما حرية الجارية فلانها كانت له من حيث الظاهر فصح اقراره ولا يرجع على البائع لان نكولها اقرار بحجة عليه دون غيره منهم من قال قوله او استحلف فنكل غلط من الكاتب لان الاستحلاف لا يجري في دعوى الرق في قول ابي حنيفة وعندهما يجري الا ان اليمين تكون على الامة فلا معنى لقوله فابى المشتري اليمين ومنهم من قال

قال ومن باع دار الرجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف رح آخرا وكان يقول اولا يضمن البائع وهو قول محمد رح وهي مسئلة غصب العقار وسنبينه في الغصب ان شاء الله تعالى والله اعلم بالصواب

بل هو صحيح لان موضوع المسئلة فيما اذا بيعت الامة وسلمت فانتقدت لذلك فانتقادها كاقرارها بالرق فدعواها الحرية كدعوى العتق العارض فيكون الثمن على المشتري لان الظاهر شاهد له فلو ان المشتري اقام البينة على البائع انها حرة قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن فرق بين هذا وبين الاستحقاق من وجهين احدهما انه ليس بناقض في فصل الحرية لانها فيها تظهر ببينته انه اخذ الثمن بغير حق وذلك دين عليه لان الحرية تنفي انتقاد العقد وملك الثمن للبائع فكانت البينة مظهرة ان اقدامه على الشراء اقرار لم يكن اقرارا بانتقاد العقد فلا تحقق التناقض اما الاستحقاق فلا يمنع انتقاد العقد ولا ملك الثمن للبائع فلو قبلنا بينة المشتري انها للمستحق لا تظهر بينته انها للمستحق لان اقدامه على الشراء اقرار بملك الثمن للبائع ومع بقاء ذلك الاقرار يتحقق التناقض ويصير مكذبا بشهوده ساعيا في نقض ما تم به فالوجه الثاني انه مناقض في الفصلين الا ان هذا تناقض لا يحتمل النقض فلا يمنع صحة الدعوى كما لو تزوج امرأة ثم اقامت البينة انها اخته من الرضاع او اقامت البينة انه طلقها ثلاثا ثم تزوجها قبل ان تنكح زوجا غيره كذا لو اعتق عبده على مال ثم اقام العبد البينة انه اعتقه قبل ذلك قبلت واختلف اصحابنا فيمن باع ارضا ثم اقام العبد بينة انه باع ما هو وقف منهم من قال لا يقبل لانه يحتمل الفسخ فصار كالبيع فمنهم من قال تقبل لانه لا يحتمل الفسخ فصار كالبيع بعد القضاء فصار بمنزلة التدبير ونحوه وذكر ابو بكر الرازي رح انما تقبل بينة المشتري انها حرة لانها شهادة قامت على حرمة الفرج فتقبل من غير دعوى حتى لو كان مكان الامة عبد على قول ابي حنيفة لا تقبل وعلى قولهما تقبل لانها شهادة على عتق العبد فلا تقبل من غير دعوى والتناقض يمنع الدعوى ولو ادعى المستحق انها امته اعتقها او دبرها او ولدت منه فاقر المشتري بذلك او ابى اليمين وقضي عليه لا يرجع على البائع بالثمن لما قلنا فان اقام المشتري البينة على البائع بذلك ان شهد الشهود على ان ذلك كان قبل الشراء قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن لانه ثبت ببينته انها لم تدخل في العقد فكان مدعيا للدين فلا يكون مناقضا فان شهدوا على ان ذلك كان بعد الشراء بينها لا تقبل بينته لانها وقت العقد كانت مملوكة محلا للعقد والاعتاق المتأخر لا يبطل الشراء السابق قوله ومن باع دار الرجل اي غرسه غيره بغير امره وفي جامع فخر الاسلام معنى المسئلة اذا باعها ثم اعترف بالغصب بعدما ادخلها المشتري في بنائه فكذبه المشتري لم يضمن البائع عند ابي حنيفة لمن اقر بالغصب منه وهو قول ابي يوسف آخرا وكان يقول اولا يضمن وهو قول محمد وهي مسئلة غصب العقار هل تتحقق اولا عند ابي حنيفة لا فلا يضمن وعند محمد نعم فيضمن فروع تتعلق بهذا الفصل باع الامة فضولي من رجل وزوجها منه فضولي آخر فاجيزا معا ثبت الاقوى فتصير مملوكة لازوجه ولو زوجها كل من رجل فاجيزا بطلا ولو باعها كل من رجل فاجيزا تنصف بينهما ويخير كل منهما بين اخذ النصف او الترك ولو باعه فضولي واجره آخر او رهنه او زوجه فاجيزا معا ثبت الاقوى فيجوز البيع ويبطل غيره لان البيع اقوى وكذا تثبت الهبة اذا وهبه فضولي واجره آخر وكل من العتق والكتابة والتدبير احق من غيرها لانها لازمة بخلاف غيرها والاجارة احق من الرهن لافادتها ملك المنفعة بخلاف الرهن والبيع احق من الهبة لان الهبة تبطل بالشيوع ففيها لا يبطل بالشيوع كهبة فضولي عبدا وبيع آخر اياه يستويان لان الهبة مع القبض تساوي البيع في افادة الملك وهبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة فيأخذ كل النصف ولو تبايع غاصبا عرض رجل واحد له فاجاز لم يجز لان فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف وهما حاصلان للمالك في البدلين بدون هذا العقد فلم ينعقد فلا يلحقه الاجازة ولو غصبا من رجلين وتبايعا واجاز المالك جاز ولو غصب النقدين من واحد وعقد الصرف وتقابضا ثم اجاز جاز لان النقود لا تتعين في المعاوضات وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب وتقدم ان المختار في بيع المرهون والمستأجر انه موقوف على اجازة المستأجر والمرتهن ولو

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس رض اشهد ان الله تعالى احل السلف المضمون واذل فيها اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه الآية وبالسنة وهو ما روى انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس وان كان يأباه ولكنا تركناه بما روينا ووجه القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه

وصل الى المالك لوفاء الدين والابراء وفسخ الاجارة او تمام المدة ثم البيع ولو لم يجز فللمشتري خيار الفسخ اذا لم يعلم وقت البيع بها وان علم فكذلك عند محمد قيل وهو ظاهر الرواية وعند ابي يوسف ليس له الفسخ اذا علم وقيل هو ظاهر الرواية وليس للمتاجر فسخ البيع بلا خلاف ولا للراهن والموجر وفي المرتهن اختلاف المشايخ وفي مجموع النوازل بيع المغصوب موقوف ان اقره الغاصب او كان للمغصوب منه بينة عادلة فلو اجازه ثم البيع والا فلا ولو هلك قبل التسليم انتقض البيع وقيل لا لانه خلف بدلا والاول اصح وروى ابن سماعة عن ابي يوسف وبشر عن محمد ان شراء المغصوب من غاصب جاحد يجوز ويقوم المشتري مقام البائع في الدعوى وعن ابي حنيفة روايتان رجل غصب عبدا وباعه ودفعه الى المشتري ثم ان الغاصب صالح المولى من العبد على شيء قال محمد ان صالحه على الدراهم والدنانير كان كاخذ القيمة من الغاصب فينفذ بيع الغاصب وان صالحه على عرض كان كالبيع من الغاصب فيبطل بيع الغاصب ومن البيع الموقوف بيع الصبي المحجور الذي يعقل البيع ويقصده وكذا شراؤه على اجازة وليه والده او وصيه او جده او القاضي وكذا الذي بلغ سفيها والمعتوه وكذا بيع المولى عبده المأذون المديون يتوقف على اجازة الغرماء في الصحيح خلافا لمن قال فاسد فلو قبض المولى الثمن فهلك عنده ثم اجاز الغرماء بيعه صحت اجازتهم ويهلك الثمن على الغرماء وان اجاز بعضهم البيع ونقض بحصة العبد والمشتري لا تصح الاجازة ويبطل البيع ومنه بيع المريض عينا من وارث يتوقف على اجازة الورثة او صحة المريض فان صح من مرضه نفذ وان مات منه ولم تجز الورثة بطل والله اعلم

باب السلم تقدم ان البيع ينقسم على بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلم لانه ان بيع عين بثمن وهو المطلق او قلبه وهو السلم او ثمن بثمن فالصرف او عين بعين فالمقايضة ولم يشترط في المطلق والمقايضة قبض فقدما وشرط في الاخيرين ففي الصرف قبضهما وفي السلم قبض احدهما فقدم انتقالا بتدريج وخص لتحقق ايجاب التسليم شرعا فيما صدق عليه اعني تسليم راس المال وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم اليق لكن لما كان وجود السلم في زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام في الناس سبق الاسم له فيعرف ما ذكر ان معناه الشرعي بيع اجل بعاجل وما قيل اخذ عاجل باجل غير صحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل وعرف ايضا انه يصدق على عقد وبلفظ البيع بان قال المسلم اليه بعتك كذا اخذته بكذا الى كذا ونحوه كما في الشروط او يقول المسلم اشتريت منك الخ وفيه خلاف زفر وعيسى ابن ابان وصحته المذهب عنه عسير الوجه لان العبرة للمعنى ومعنى اسلمت اليك الى كذا او بعتك الى كذا في البيع مع باقي الشروط واحد وان كان على خلاف القياس فذلك باعتبار امر آخر لا بامرين يرجع الى مجرد اللفظ وعرف ان كنه ركن البيع وسبب شرعيته شدة الحاجة اليه وسيذكر المص شرائطه واما حكمه فثبوت الملك للمسلم اليه في الثمن وللمسلم في المسلم فيه الدين الكائن في الذمة واما في العين فلا يثبت الا بقبضه على انعقاد مبادلة اخرى على ما سيعرف والموجل المطالبة بما في الذمة وهنا لغة السلف فاعتبر في الشرعي كان الثمن لسلفه المشتري للبائع ليقضيه اياه وجعل اعطاء العوض للمسلم اليه فيه قضاء كانه هو اذ لا يصح الاستبدال فيه قبل القبض وجعل الهمزة في اسلمت اليك للسلب بمعنى ازلت سلامة راس المال حيث سلمته الى المفلس ونحو ذلك بعيد ولا وجه له الا باعتبار المدفوع مالكا وصحة هذا الاعتبار موقوف على غلبة قوامه عليه وليس الواقع ان المسلم كذلك بل الغالب الاستيفاء **قوله** وهو يعني السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة اخرج الحاكم في المستدرك بسنده وصححه على شرطهما عن قتادة عن ابي حسان الاعرج عن ابن عباس رض قال اشهد ان السلف المضمون الى اجل مسمى قد احله الله في الكتاب واذن فيه قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه الآية وعنه رواه الشافعي في مسنده والطبراني وابن ابي شيبة وعزاه بعض متاخري المصنفين الى البخاري وهو غلط فانه لم يخرج في صحيحه لابي حسان الاعرج واسمه مسلم والله اعلم وقد ذكر لفظ الحديث اجل السلف المضمون وقال المشايخ المراد بالمضمون الموجل بدليل انه في بعض

الحكم

قال وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم المراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا بد ان يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين تجنبا للامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح لما يجب تصحيحه اولى لا كان ذلك

برواية السلف الموجل وعلى هذا فهي صفة مقررة لا موسسة ويكون ما روى الخرجون الذين ذكرناهم من قوله المضمون الى اجل جيايين مقررين وقول من اخرجهم وكذا بالسنة الا ان لفظ الحديث كما ذكره المص فيه غرابة وهو انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وان كان في شرح السلم للطحاوي ما يدل على انه عثر عليه بهذا اللفظ قيل والذي يظهر ان حديث ذكر من حديث النهي عن بيع ما ليس عند الانسان رواه اصحاب السنن الاربعة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده رضي الله عنه صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع الى ان قال ولا تبع ما ليس عندك قال الترمذي حسن صحيح وتقدم والرخصة في السلف رواه الجماعة عن ابي المنهال عن ابن عباس رض قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم والناس يسلفون في التمر السنة والسنتين فقال من اسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم وفي البخاري عن عبد الله بن ابي اوفى قال ان كنا لنسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر في الحنطة والشعير والتمر والزبيب ولا يخفى ان جوازه على خلاف القياس اذ هو بيع المعدوم ووجب المصير اليه بالنص والاجماع للحاجة من كل من البائع والمشتري فان المشتري يحتاج الى الاسترباح لنفقة عياله وهو بالسلم اسهل اذ لا بد من كون المبيع نازلا عن القيمة فيربح المشتري والبائع قد يكون له حاجة في الحال الى الثمن وقدرته في المال على المبيع بسهولة فتندفع به حاجته الحالية الى قدرته المالية فهذه المصالح شرع ومنع بعض من نقد الهداية قولهم السلم على خلاف القياس لانه بيع المعدوم قال بل هو على وفقه فانه كالابتياع بثمن موجل وامي فرق بين كون احد العوضين موجلا في الذمة وبين الآخر بل هو على وفق القياس ومصلحة الناس قال وهذا المعنى هو الذي فهمه ترجمان القرآن ابن عباس وتلا الآية ثم قال بعد كلام اندفع فيه فالحاصل ان قياس السلم على الابتياع بثمن موجل اصح من قياسه على بيع المعدوم الذي لا يقدر على تسليمه عادة مع الحلول كسائر الديون المؤجلة والحال كلاما وحاصله مبني على اعتقاد ان القوم قاسوا السلم على بيع المعدوم فيكون على خلاف القياس وان قياسه على الثمن الموجل اولى به وليس كلامهم بدليل انه هو نفسه بيع المعدوم فهو على خلاف القياس الاصلي وكونه معدوما لا يقدر على تحصيله عادة ليس هو معتبرا في مفهوم السلم عندهم بل هو زيادة عنده وقوله اي فرق الخ يفيد انه على وفق القياس وكلامه يفيد الاعتراف بكون بيع المعدوم على خلاف القياس ثم فرق ظاهر وهو ان المبيع هو المقصود من البيع والحق لزوده فانعدامه يوجب انعدام البيع بخلاف الثمن فانه وصف يثبت في الذمة مع صحة البيع فقد تحقق البيع شرعا مع عدم وجود الثمن لان الموجود في الذمة وصف يطابقه الثمن لا عين الثمن وليس في كلام ابن عباس رض ما يفهم انه رآه على خلاف القياس وكونه فيه مصلحة الناس لا ينفي انه على خلاف القياس بل لاجل هذه المصلحة شرع وان كان على خلاف القياس قال المصنف والمراد بالموزونات التي يجوز السلم فيها غير الدراهم والدنانير اما الدراهم والدنانير فان اسلم فيها دراهم او دنانير فالاتفاق انه باطل وان اسلم غيرهما من العروض كعشرة اثواب في عشرة دراهم او دنانير فلا يصح سلما بالاتفاق لان مسماه فيه لا يدان يكون ثمنا او المثمون واثمان فلا يكون سلما فيهما واذا لم يصح فهل ينعقد بيعا في الكر والثوب بثمن موجل او يبطل اصلا حكى الخلاف فيه فقيل يبطل وهو قول عيسى بن ابان وقيل ينعقد بيعا بثمن موجل وهو قول ابي بكر الاعمش وجعل المص وغيره قول عيسى بن ابان اصح لان تصحيح العقد انما يكون في المحل الذي وجب اعتقاد ان البيع فيه فلا في غيره وهنا لم يوجباه في الدراهم ولا يمكن تصحيح العقد باعتبار ما بل باعتبار الثوب ولم يوجباه فيه فكان في غير محله الا ان الاول عندي اولى في الفقه لان حاصل المعنى الصادر منهما اعطاء صاحب الثوب برضاه ثوبه الى الآخر بدراهم موجلة وهذا من افراد البيع بلا تاويل اذ هو مبادلة المال بالمال بالتراضي وكونه ادخل الباء على الثوب لا يقدح في ان الواقع بينهما هو هذا المعنى وفيه تصحيح تصرفهما واذا دخل الباء على الثوب كان دخولها على الثوب المقابل بالخمر فيما اذا اشترى خمرا بثوب فانه لا يبطل بل يفسد وان كان يقتضي ان يكون البيع هو الخمر وهو يبطل اعتبارا لتصحيح

قال وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف فتقدر التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير سواء باصطلاح الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا ويتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت وعن ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر رحمه الله لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عددا ايضا للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما هما معدودان باصطلاح فيصير مكيلا باصطلاح

عرفتها بالكيل قوله وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا الذرعي هو شرط الصحة وعرف من تعليله هذا ان شرط صحة السلم كون المسلم فيه مضبوطا على وجه يمكن تسليمه من غير افتقار الى المنازعة فلهذا اجمع الفقهاء على جواز السلم في المذروعات من الثياب والبسط والحصر والبواري وذراعين الطول والعرض وفي الايضاح يحتاج الى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباج لاختلاف التفاوت بعد ذكر الطول والعرض لانها تختلف باختلاف الوزن فان الديباج كلما ثقل ازدادت قيمته والحرير كلما خف زادت انتهى وهذا في عرفهم وعرفنا ثياب الحرير ايضا وشبه المسمات بالكيل كلما ثقل ازدادت القيمة فالحاصل انه لا بد من ذكر الوزن سواء كانت القيمة تزيد بالثقل او بالخفة فان قيل ينبغي ان لا يصح السلم في غير المكيل والموزون لانه شرع على خلاف القياس ولم يذكر في النص المفيد لشرعيته الا الكيل والوزن فلا يقاس عليهما غيرهما لا يقال السلم مخصوص من عموم لا تبع ما ليس عندك ودليل التخصيص القياس جاز ان يعلل ويلحق بالمخصوص غيره لان مقول ذلك مقيد بما اذا لم يخالف حكم دليل التخصيص القياس لاتفاق كلمتهم على ان ما خالف القياس لا يقاس عليه فالجواب ان شرعية السلم ليس من تخصيص العام بل من تقييد المطلق فالعام فيه لفظ ما ليس عندك الواقع في سياق النهي وهو للرفع مطلق بالنسبة الى ذكر الاجل فيما ليس عندك وعدمه وشرعية السلم تقييد له بما اذا لم يذكر الاجل في البيع اما اذا ذكر الاجل فيجوز بيع كل ما ليس عندك لا بصفة السلم تخصيصا لما ليس عنده بل كل ما ليس عنده بلا ذكر اجل على عمومه في منع البيع وكله مع ذكر فيخرج من ذلك الحكم لكن بشرط ضبطه وعرفت كما ان ما اختلفه ايضا لا يجوز بيعه غير سلم مع جهالته وعدم ضبطه فالحاصل ان كل شيء شرطه من الضبط يجوز بيعه باجل ولا يجوز بلا اجل وكون المذكور في الحديث الكيل والوزن ليس تعيينا لهما الا امرا بخصوصهما على تقدير السلم بل حاصله امر بتعيين الاجل والكيل على تقدير السلم في المكيل بيانا لشرط الصحة وعدم الجهالة يدل عليه سياق الحديث وهو انه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين والثلاث فقال صلى الله عليه وسلم من اسلم في شيء من هذه الثمار فليسلف الى اجل معلوم وفي كيل معلوم ثم انه صلى الله عليه وسلم زاد الوزن ليفيد عدم الاقتصار على الكيل فان شبه حاجة بيع ما ليس عنده الحاجة الى الاسترباح والتوسعة على المقل الراجي فانه بمظنة ذلك من الاقدام على اخذ الاجل واعطائه وشرط الضبط لدفع المنازعة والقدرة على التسليم ولذا اجمعوا على عدم الاقتصار على المكيل والموزون للقطع بان سبب شرعيته لا يختلف وهو الحاجة الماسة الى اخذ العاجل بالاجل وهي ثابتة عن البرازين اي الجاك في المذروع كما في اصحاب المكيلات والموزونات ليفهم من ذلك كل من سمع سبب الشرعية المنقول في آثار الاحاديث سواء كان له رتبة الاجتهاد ولم يكن فلذا كان ثبوت السلم في المذروعات بالدلالة اعني دلالات النصوص المتضمنة للسبب لمن سمعها فان قيل المذكور في الحديث الضبط بالذرع دون الكيل والوزن فالالحاق بهما فالجواب ان قلت الذرع لا يضبط القدر كما يضبط الكيل والوزن فليس بصحيح بل الذرع المعين يضبط كمية المبيع بلا شبهة فيه والاختلاف فيه ليس الا في الصفة ونحن ما قلنا ان مجرد ذكر عدد الذرعان مصحح للسلم بل لا بد من ذكر الاوصاف حتى ينضبط كما ان المكيل ايضا لا يكفي في صحة السلم فيه مجرد ذكر عدد المكيل بل لا بد ان تذكر الاوصاف معه فتامل هذا التحرير فان في غيره تشتتا والله اعلم قوله وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض اي يجوز السلم فيها عددا لان العددي المتقارب منضبط بالعدد وتقدير التسليم فيجوز السلم فيه عددا والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت بعد ان يكون من جنس واحد لان التفاوت حينئذ يسير لا يعتبر وهذا هو الصحيح في المعدود المتقارب وهو مروي عن ابي يوسف وعليه روى الحسن عن ابي حنيفة

وكذا في الفلوس عددا وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يجوز لأنها أثمان لما أن الثمنية في حقهما باصطلاحهما فيبطل باصطلاحهما ولا نعرف وزنا وقد ذكرناه من قبل ولا يجوز السلم في الحيوان وقال الشافعي رحمه الله يجوز لأنه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فأشبه الثياب

ان تفاوتت ماليته متفاوت كالبطيخ والقرع والرمان والرؤس والاكارع والمستعجل ولا يجوز السلم في شئ منها عددا لتفاوت في الماليه الا اذا ذكر ضابطا غير مجد والعدد كطول وغلظ ونحو ذلك ومن المعدودات المتفاوتة الجوالقات والفراء فلا يجوز الا بذكر مميزات واجازوه في البادنجان والكاغذ عددا لاهدار التفاوت فيه نظر ظاهر او يحمل على كاغذ بقالب خاص والا لا يجوز وكون البادنجان معدد التفاوت لعله في بادنجان ديارهم وفي ديارنا ليس كذلك بخلاف بيض النعام وجوز الهند لا يستحق شئ منه في الاسلام في بيض الدجاج والجوز الشامي والفرنج لعدم اهدار التفاوت من حيث لكثرة التفاوت ويشترط مع العدد بيان الصفة ايضا ولو اسلم في بيض النعام او جوز الهند جاز كما جاز في الآخرين وعن ابي حنيفة انه منعه عددا في بيع بيض النعام لاهدار التفاوت آحاده في الماليه وهو خلاف ظاهر الرواية والوجه ان ينظر الى العرض في عرف الناس فان كان الغرض في عرف من بيض النعام الاكل ليس غير كعرف اهل البوادي يجب ان يعمل بظاهر الرواية فيجوز وان كان الغرض في ذلك العرف حصول القشر ليتخذ في سلاسل القناديل كما في ديار مصر وغيرها من الامصار يجب ان يعمل بهذه الرواية فلا يجوز السلم فيها بعد ذكر العدد الا مع تعيين المقدار واللون من نقار البياض او اهداره قال المص وكما يجوز عددا في المعدودي المتقارب يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز لانه ليس بكيل بل معدود وعنه لا يجوز عددا ايضا لتفاوت آحاده قلنا اما التفاوت فقد اهدر فلا تفاوت اذ لا تفاوت في ماليته واما كونه معدودا فمسلم لكن لم لا يجوز كيلا مع ان اعتبار المقدار ليس الا للضبط والضبط لم ينحصر في العدد بل يعرف بطريق آخر فان قيل الكيل غير معدل فيه لما يبقى بين كل جوزتين وبيضتين من التخلخل قلنا قد علما به ورضي رب السلم فان اوقع السلم على مقدار ما يملأ هذا الكيل مع تخلخله وانما يمنع ذلك في اموال الربوا اذا قوبلت بجنسها والمعدود ليس بمنها وكيله انما كان باصطلاحهما فلا يصير بذلك كيلا مطلقا ليكون ربويا واذا اتخذناه كيلا فوزنا اوسع قوله وكذا في الفلوس عددا اي يجوز السلم في الفلوس عددا كهذا ذكره محمد في الجامع من غير ذكر خلاف فكان هذا ظاهر الرواية عنه وقيل بل هذا قول ابي حنيفة واما ابو يوسف فلا يجوز بدليل منعه بيع الفلس بالفلسين في باب الربوا هذا المص لقوله وقد ذكرناه من قبل واذا كان اثمانا لم يجز السلم فيها على ما ذكرنا وروى عنه ابو الليث الخوارزمي ان السلم في الفلوس لا يجوز على وفق هذا التخريج لكن ظاهر الرواية عنه الجواز والفرق له بين البيع والسلم ان من ضرورة السلم كون المسلم فيه ثمنا فاذا اقدما على السلم فقد تضمن من البطالهما اصطلاحهما على الثمنية وهو السلم فيها على الوجه الذي يتعامل فيها به وهو العدد بخلاف البيع فانه يجوز ورودهما على الثمن فلا موجب لخروجها فيه عن الثمنية فلا يجوز التفاضل واستشكل بيع الفلس بالفلسين وقد تضمن الفرق المذكور جواب المص المذكور على تقدير تخريج الرواية عنه وتسليم السلم فيها على الوجه الذي الخ هو تقدير قول المص ولا يعود وزنيا يعني اذا بطلت ثمنيتها لا يلزم خروجها عن العددية الى الوزنية اذ ليس من ضرورة عدم الثمنية عدم العددية كالجوز والبيض بل يبقى على الوجه الذي تعورف التعامل به فيها وهو العدد الا ان يهدره اهل العرف كما هو في زماننا فان الفلوس اثمان في زماننا ولا يقبل الا وزنا فلا يجوز السلم فيها الا وزنا في ديارنا في زماننا وقد كانت قبل هذه الاعصار عددية في ديارنا ايضا قوله ولا يجوز السلم في الحيوان دابة كان او رقيقا وهو قول الثوري والاوزاعي وقال الشافعي ومالك واحمد يجوز للنص والنص اما المعنى فلانه يصير معلوما اي منضبطا ببيان الجنس كفرس او ابل او عبد والسن كابن مخاض او مشارف والنوع كعربي ونبطي وحبشي والصفة كاحمر واسمر وطويل او اربعة والتفاوت بعد ذلك يسير

وان بعد ذكر ما ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع للعباد

وهو متقرر بالاجماع والا لم يصح سلم اصلا فان الغائب لو بلغ في تعريفه النهاية لابد من تفاوت بينه وبين المرئي فان بين جيد وجيد من الحنطة تفاوت لا يخفى فان صدق اسم الجودة على كل منهما وكذا بين الثوب ديباج احمر وثوب ديباج احمر فعلم ان التفاوت اليسير متقرر شرعا فصار الحيوان كالثياب والمكيل واما النص فما روى ابو داود عن محمد بن اسحق عن يزيد بن ابي حبيب عن مسلم بن جبير عن ابي سفيان عن عمرو بن جريش عن عبد الله بن عمرو بن العاص ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امره ان يجهز جيشا فنفدت الابل فامره ان ياخذ على قلائص الصدقة وكان ياخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم واخرج الطحاوي بسنده الى ابي رافع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه ابل من ابل الصدقة فامر ابا رافع ان يقضي للرجل بكره فرجع اليه ابو رافع فقال لم اجد فيها الا جملا خيارا رباعيا فقال اعطه اياه فان خيار الناس احسنهم قضاء فدل على ثبوت الحيوان في الذمة وعن ابن عمر انه اشترى راحلة باربعة ابعرة يوفيها صاحبها بالربذة في رواية باربعة ابعرة مضمونة واستوصف بني اسرائيل البقرة لوصفها الله تعالى لهم فعلموا فعرفوها بالوصف وقال صلى الله عليه وسلم الا لا يصف الرجل للرجل بين يدي امرأته حتى كانها تنظر اليه ولا تصف المرأة المرأة بين يدي زوجها حتى كانه ينظر اليها فقد جعل صلى الله عليه وسلم الموصوف كالمرئي وقد اثبت الشرع الغرة وهي مائة من الابل دية في الذمة واثبت مهرا في الذمة وصحة الدعوى في الحيوان الموصوف والشهادة به مع ان شرط الدعوى والشهادة كون المدعى والمشهود به معلوما قلنا اما المعنى فمنع ان بعد الوصف في الحيوان يصير التفاوت يسيرا بل هو بعد ذلك مما يصير معه تفاوت فاحش فان العبدين المتساويين سنا ولونا وجنسا يكون بينهما من التفاوت في حسن الشيمة والاخلاق والآداب وفهم المقاصد ما يصيره باضعاف قيمة الآخر وكذا بين الفرسين والجملين بخلاف الثياب فانها مصنوعة العبد بآلة خاصة واذا اتحدت لم تتفاوت الا يسيرا وكذا بين الجيدين من الحنطة مثلا باتفاق خلق الله تعالى في غير الحيوان ذلك ولم يخلق الحيوان كذلك وقول المص قلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد يريد يتفاوتان قليلا لا عدم التفاوت اصلا كما هو استعمال قلما فان هذا الفعل اعني قل اذا كف بما استعمل للنفي كقوله صددت فاطولها الصدود وقلما وصال على طول الصدود يدوم وحين علمنا انه اراد قلة التفاوت وجب ان تجعل ما مصدرية والمعنى قل التفاوت ولا يخفى ما في قوله غير واحد من الشارحين اذا اتحد الصانع والآلة اتحد المصنوع عن التساهل واما النص المذكور فقال ابن القطان هذا حديث ضعيف مضطرب الاسناد فرواه حماد بن سلمة هكذا ورواه حريز بن حازم عن ابن اسحق فاسقط يزيد بن ابي حبيب وقدم ابا سفيان على مسلم بن جبير ذكر هذه الرواية الدارقطني ورواه عفان عن حماد بن سلمة فقال فيه عن ابن اسحاق عن يزيد بن ابي حبيب عن مسلم عن ابن ابي سفيان عن عمرو ابن جريش ورواه عبد الاعلى عن ابن اسحق عن ابي سفيان عن مسلم بن كثير عن عمرو بن جريش ورواه عن عبد الاعلى ابو بكر بن ابي شيبة فاسقط يزيد بن ابي حبيب وقدم ابا سفيان كما فعل حريز بن حازم الا انه قال عن مسلم بن جبير مسلم بن كثير ومع هذا الاضطراب فعمرو بن جريش مجهول الحال ومسلم بن جبير لم اجد له ذكرا ولا اعلمه سمي في غير هذا الاسناد وابو سفيان فيه نظر انتهى كلامه فلا حجة فيه مع انه معارض بما هو اقوى منه وهو ما اخرجه ابن حبان في صحيحه عن سفيان عن معمر بن يحيى بن ابي كثير عن عكرمة عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ورواه عبد الرزاق ثنا معمر به وكذا رواه الدارقطني والبزار قال البزار ليس في الباب اجل اسنادا من هذا وقول البيهقي انه عن عكرمة مرسل بسبب ان منهم من رواه عن معمر كذلك كانه هو يعني قول الشافعي حديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة غير ثابت لكن هذا غير مقبول بعد تصريح الثقات بابن عباس كما ذكرنا وكذا رواه الطبراني في معجمه عن داود

فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى العصافير

بن عبد الرحمن العطار عن معمر به مسندا وغاية ما فيه تعارض الوصل والارسال من الثقات والحكم فيه للوصل كما عرف وقد تأيد بعد تصحيحه باحاديث من طرق منها ما اخرجه اصحاب السنن الاربعة عن الحسن عن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وقول البيهقي واكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة معارض بتصحيح الترمذي له فانه فرع القول بسماعه منه مع ان الارسال عندنا وعند اكثر السلف لا يقدح مع انه قد يكون شاهدا مقويا فلا يضره الارسال وايضا احتج بالموصول السابق والمرسل الذي يرويه ابن لهيعة يروى عن رجال لا آخر وحديث آخر اخرج الترمذي عن الحجاج بن ارطاة عن ابن الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم بيع الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نسأ ولا باس به اذا كان يدا بيد قال الترمذي حديث حسن صحيح كانه للخلاف في الحجاج بن ارطاة وحديث آخر اخرجه الطبراني عن ابن عمر نحوه سواء وقول البخاري مرسل وجوابه على نحو ما ذكرناه آنفا وتضعيف ابن معين لمحمد بن دينار لا يضر لذلك ايضا مع انه ليس كذلك اخرج الامام احمد ثنا حسين بن محمد ثنا خلف بن خليفة عن ابي خباب عن ابيه عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين فقال رجل يا رسول الله ارايت الرجل يبيع الفرس بالافراس والنجيبة بالابل قال لا باس اذا كان يدا بيد وحمل هذه الاحاديث على كون النهي فيما اذا كان النساء من الجانبين حتى يكون بيع الكالي بالكالي تقييد للاعم فانه عام من ذلك فلا يجوز المصير اليه بلا موجب فقال المعترض صح ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان هو ما اخرجه الحاكم والدارقطني عن اسحق بن ابراهيم بن هشيم بن حماد ثنا عبد الملك الذماري ثنا سفيان الثوري عن معمر عن يحيى بن ابي كثير عن عكرمة عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف في الحيوان وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وتضعيف ابن معين بن جوني فيه نظر بعد تعدد ما ذكر من الطرق الصحيحة والحسان مما هو بمعناه يرفعه الى الحجة بمعناه لما عرف في فن الحديث وكذا يجب ان يرجح على حديث ابي رافع ان صح لانه اقوى سندا اعني حديث ابن حبان ولان المانع يرجح على المبيح وفي الباب اثر ابي حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي قال دفع عبد الله بن مسعود الى زيد بن خويلة البكري مالا مضاربة فاسلم زيد الى عنتر بن عتر بن عتروب الشيباني في قلائص فلما حلت اخذ بعضها وبقي بعض فاعسر عنتر بن عتر وبلغه ان المال لعبد الله فاتاه بشر فقه فقال عبد الله افعل زيد قال نعم فارسل اليه يسأله فقال عبد الله اردد ما اخذت وخذ راس مالك ولا تسلمن مالنا في شيء من الحيوان قال صاحب التنقيح فيه انقطاع يزيد بن ابراهيم وعبد الله فانه انما يروى عنه بواسطة علقمة او الاسود الا ان هذا غير قادح عندنا خصوصا في ارسال ابراهيم النخعي فقد تعاضدت الاحاديث والطرق عن ابن عباس وسمرة وجابر وغيرهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في المطلوب وما ذكروا من معرفة البقرة بالوصف فانما ذكر الله عنهم لوحا فاظاهرة ليطبقوها على معين موجود ولا شك في ان هذا مما يحصل به المعرفة وكلامنا في انه ينتفي معه التفاوت الفاحش بين الوصف والشخص فلذا منعناه واما منعه صلى الله عليه وسلم وصف الرجل الحديث فلحوق الفتنة على التسامح وهي لا تتوقف على انتفاء التفاوت الفاحش بين الوصف والشخص واما ثبوته في الذمة في المهر والدية ونحوهما فان الحيوان فيه ليس مقابلا بالمال وهو ظاهر فيجري فيه المسامحة بخلاف ما قوبل بمال فانه يجوز فيه المشاحة عادة بخلاف غيره كالمهر فحرينا على موجب ذلك وقلنا ما وقع من الحيوان بدل مال كالمبيع منه فانه لا يجوز ان يثبت في الذمة للمجري فيه من المشاحة عادة بخلاف غيره كالمهر وما معه فانه ليس عوضا عن مال خرج من يد الآخر فيجوز فعلنا بالآثار فيهما ولقائل ان يقول كون التفاوت بعد الاوصاف يبقى فاحشا لا يضر لان ذلك باعتبار الباطن ولا يلزم المسلم اليه سوى ما تضمن من الاوصاف الظاهرة فاذا انطبق المذكور منها على ما يؤديه المسلم لا يحكم عليه بقوله

قال ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع للتفاوت فيها اذ هو عددي متفاوت لا تقدر لها **قال** ولا في الجلود عددا ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جزرا للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان يبين له طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت **قال** ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل

سواء كان التفاوت قليلا بحسب الباطن او كثيرا لان المعقود عليه ليس الا الموصوف فقط نعم لو عين من الصفات الذكاء وجودة الفهم والاخلاق الحسنة ينبغي ان لا يجوز لان ذلك لا يعرف الا بعد زمان الاختبار وبعده تجري المنازعة في ان اخلاقه ما هي وفي تحريرها فالفرغ في ابطال السلم في الحيوان ليس الا السنة وهكذا قال محمد بن الحسن لما سأله عمر بن ابي عمر قال قلت له انما لا يجوز في الحيوان لانه غير مضبوط بالوصف قال لا فانا نجوز السلم في الذبائح ولا تجوز في العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف اهون من ضبط الذبائح ولكنه بالسنة وفي مبسوط شيخ الاسلام والعصافير وان كانت من العدديات المتقاربة لكنه في معنى المنقطع لانها مما لا يقتنا ولا تحبس للتوالد ولا تيسر اخذه ولا رجحان اخذه ليقام مقام الموجود بخلاف السمك الطري لرجحان امكان اخذه وهذا يقتضي جواز السلم فيما يقتنى منها كالحمام والقمري وهو خلاف المنصوص عن محمد وقد روي عن ابي يوسف ان ما لا تتفاوت آحاده كالعصافير يجوز السلم فيها وفي لحومها وهو مشكل على الدليل لانا ان علمناه بعدم الضبط فالعبرة لعين النص لا لمعنى النص وان اعتبرناه عمومه وجب ان لا يجوز فان قيل فالسمك الطري مخصوص من عموم الحيوان فجاز في العصافير قياسا على الثياب لقلة التفاوت قلنا انما يتم لو شرط حياة السمك الطري في المسلم فيه وليس كذلك بل كيف ما كان حتى لو شرط ذلك كان لنا ان نمنع صحة السلم فيه **قوله** ولا في اطرافه اي لا يجوز السلم في اطراف الحيوان كالرؤس والاكارع وهو جمع كراع وهو ما دون الركبة في الدواب قيل المانع مبني على منع السلم في الحيوان وهذا بعاضه وليس بشيء لانها لا يصدق عليها الحيوان ان كان النهي تعبدا ولا المعنى ان كان معلولا لما تفاوت التفاوت الفاحش لان ذلك انما يكون في حالة الحيوة وكان يلزم ان لا يجوز في الجلود ولكنه جائز بذكر الطول والعرض والنوع والجودة وكذا يجوز السلم في الجلود وزنا والمصنف ذكر في منعه انها عددية متفاوتة لا تقدر لها فاقتطع السلم عددا او غير عدد لانتفاء المقدر وعندي لا باس بالسلم في الرؤس والاكارع وزنا بعد ذكر النوع وباقي الشروط فان الاكارع والرؤس من جنس واحد يتفاوت تفاوتا فاحشا وقول مالك بجواز عددا بعد ذكر النوع لخفة التفاوت جيد لكن يراد انها رؤس عجاجيل والتفاوت كبار ونحوه في الغنم فان التفاوت بعد ذلك يسير ولا في الجلود عددا وكذا الاخشاب والجواليق والفراء والثياب المخيطة والخفاف والقلانس الا ان يذكر العدد لقصد التعبد في المسلم فيه ضبطا لكميته ثم يذكر ما يقع به الضبط كان يذكر في الجلود مقدارا من الطول والعرض بعد النوع كجلود البقر والغنم وكذا في الادم يقول طبائي او بزغالي وفي الخشب طوله وغلظه ونوعه كقطا او جوز ونحوه وقول بعضهم يجوز في الكاغد عددا محمول على ما بعد تسميته طوله وعرضه وثخنه ورقته ونوعه الا ان يغني ذكر نسبته عن قدره كورق حموي وفي الجواليق طوله ووسعه وكذا كل ما كان مميزا له عن غيره قاطعا للاشتراك وكذا لا يجوز في الحطب حزما ولا في الرطبة جزرا للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين طول ما يشد به الحزمة شبرا او ذراعا فح يجوز اذا كان لا يتفاوت وليس المعنى انه لا يجوز السلم فيها اصلا بل لا يجوز بهذا العدد ولو قدر بالوزن في الكل جاز وفي ديارنا تعارفوا في نوع من الحطب الوزن فيجوز الاسلام فيه وزنا وهو اضبط واطيب وكون العرف في شيء من بعض المقدرات لا يمنع ان يتعامل فيه بمقدار آخر يصطلحان عليه الا ان يمنع منه مانع شرعي كما قلنا في البيض كيلا وعنه كان ظاهر المذهب جواز السلم في الحنطة وزنا بخلاف ما اذا قوبل نحو الحنطة بجنسها وزنا وهو كيلي لما عرف في باب الربا اما السلم فليس يلزم فيه ذلك لان راس مال السلم في الحنطة لا يكون حنطة وقد رضيا بضبطه وزنا كيلا يصير تفاوت الحنطتين المتحدي الوزن كيلا وبهذا تضعف رواية الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز في الحنطة وزنا وذكر قاضي خان ان الفتوى على الجواز لتعامل الناس ويجوز السلم في القت وزنا والرطبة القصب والجزر بضم الجيم وفتح الزاء المهملة جمع جزرة وهي الخرمة من الرطبة كخرمة الريحان ونحوه واما الجزر بكسر الجيم وزاءين اولهما مفتوحة فجمع جزرة وهي الصوف المجزوز **قوله** ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل بكسر الحاء مصدر ميمي

حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع بعد المحل لزمه الخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده لان السلم شرع صلة والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض

من المحلول حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك وهو موجود عند العقد والمحل لا يجوز وهو قول الاوزاعي وقال الشافعي ومالك واحمد واسحق اذا كان موجودا عند المحل جاز وان كان منقطعا وقت العقد او بينهما لان اشتراط الوجود للقدرة على التسليم وهو بالوجود وقت المحل فاشتراطه في غير ذلك بلا موجب بل دليل نفيه عدم دليل وجوده لان نفي المدرك الشرعي كفى لنفي الحكم الشرعي ولهم ايضا اطلاق الحديث المتقدم اعني انه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة فوجدهم يسلفون في التمر السنة والسنتين والثلاث فافاض في بيان الشرط الشرعي فلم يزد على قوله من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم فلو كان عدم الانقطاع شرطا لبينه وحين لم يبينه لم يثبت بل يلزم انه ليس شرطا بسكوته عنه بعد شروعه في بيان ما هو شرط على ما عرف في مثله قلنا بل فيه مدرك شرعي وهو ما رواه ابو داود وابن ماجة واللفظ له عن ابن اسحق عن رجل بجزائي قلت لعبد الله بن عمر اسلم في نخل قبل ان تطلع قال لا قلت لم قال لان رجلا اسلم في حديقة نخل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل ان تطلع النخل فلم تطلع النخل شيئا ذلك العام فقال المشتري اخرك حتى تطلع فقال البائع انما انخل هذه السنة فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للبائع اخذ من نخلك شيئا قال لا قال بم تستحل ماله ارد عليه ما اخذت منه ولا تسلموا في نخل حتى يبدو صلاحه وجه الدلالة انه اولا يصدق على السلم اذا وقع قبل الصلاح انه بيع ثمرة قبل بدو صلاحها وفيه مجهول كما رايت والحديث المعروف وهو انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها فيكون متناولا للنهي ويدل عليه ما اخرج البخاري عن ابي البختري سألت ابن عمر عن السلم في النخل قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يصلح وعن بيع الورق نسأ بناجز وسألت ابن عباس عن السلم في النخل قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يؤكل منه فقد ثبت عن هذين الصحابيين الكبيرين في العلم والتتبع انهما فهما من نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يصلح بيع السلم فقد دل الحديث على اشتراط وجوده عند العقد والاتفاق على اشتراطه عند المحل فلزم اشتراط وجوده عندهما على خلاف قولهم واما لزوم وجوده بينهما فاما لعدم القائل بالفصل لان الثابت قائلان قائل باشتراطه عند المحل فقط وقائل عندهما وفيما بينهما فالقول باشتراطه عندهما لا غير احداث قول ثالث او نقول ذلك بتعليل النص على اشتراطه عند العقد مع ان الاداء يتأخر عنه فلا يضطر اليه عند بان اشتراطه للقدرة على التسليم ظاهر في مدة الاجل لان الظاهر استمرار الموجود وبالاستمرار يتمكن من التحصيل فان اخذ السلم مظنة العدم وبالاخذ بذلك مظنة التحصيل شيئا فشيئا في مدة الاجل وباعتبار المظنة مناط الاحكام فلا يلتفت الى كون بعض من السلم اليه قد يحصله دفعة عند حلول الاجل كالزراع واهل النخل فان ما يسلم فيه لا يحصى واكثرهم يحصل المسلم فيه بدفعات ارأيت المسلم اليه في الجلود ايذبح عند حلول الاجل الف راس ليعطي جلودها لرب السلم وكذا الاسماك المالحة والثياب والاخشاب والاعطاب والاعسال والمشاهد في بعض من له نخل او زيتون ان ياخذ اكثر ما يحصل له ليعطي ما يخرج له ويشتري الباقي وكثيرا ياخذون ليستربحوا في راس المال وينفقوا من فضل الكسب على عيالهم ويحصلون المسلم فيه قليلا قليلا لان وضع السلم شرعا لاعتبار لمن باذكرنا فيكون هو السبب في اشتراط الشرع وجوده عند العقد ثم الانقطاع الذي يفسد العقد ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت ذكره ابو بكر البلخي وتوارد وا عليه وفي مبسوط ابي اليسر لو انقطع في اقليم دون اقليم لا يصح السلم في الاقليم الذي لا يوجد لانه لا يتحصل الا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم حتى لو اسلم في الرطب بتجار الا يجوز وان كان يوجد بسجستان ولو انقطع بعد المحل اي حلول الاجل قبل التسليم لا يبطل العقد لكن رب السلم بالخيار ان شاء فسخ وان شاء انتظر وجوده وقال زفر يبطل العقد وهو قول الشافعي وروايته عن الكرخي للعجز عن التسليم

قال ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت قال ولا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما لانه ينقطع في زمان الشتاء وان كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعضاؤها بالسلم في اللحم عنده قال ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة رح وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لانه يتفاوت بتفاوت الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربا الفضل بخلاف لحم الطير لانه لا يمكن وصف موضع منه ولانه يجري فيه التفاوت في خلقة العظم وكثرته وفي سنه فيزداد على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح والمضمون بالمثل محترم وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة ولان القبض بعين فيعرف مثل المقبوض به في وقته اما الوصف فلا يمكن فيه

قبل القبض في المبيع العين فان الشيء كما لا يثبت في غير محله لا يبقى عند فواته كما لو اشترى فلوسا ثم كسدت قبل القبض بطل العقد كذا هنا ولنا ان السلم قد صح ثم تعذر التسليم فيفارض على شرف الزوال فيتخير المشتري كما لو لحق المبيع قبل القبض وهذا لان المعقود عليه هنا دين ومحل الدين الذمة وهي باقية فيبقى الدين ببقاء محله وانما تأخر التسليم اذا كان وجوده مرجوا بخلاف المبيع العين فان هلاكه يفوت محل العقد وكذا الفلوس اذا كسدت فانها وان كانت في الذمة لكن الثمن الكائن فيها فلوس هي اثمان ولا وجود لها بعد الكساد فيفوت المحل ثم هو ليس على شرف الزوال بل الظاهر استمراره في الوجود بخلاف ما نحن فيه لان لادراك الزرع والثمار اوانا معلوم وكذا لغيرها اوان يكثر وجوده فيه من السنة يرخص قوله ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما لان المقول الجري وراي وفي سماك الاسكندرية والقنفس والدرنس وغيرها لانه رح معلوم القدر مضبوط الصفة مقدور التسليم ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت واما الصغار فيجوز فيه وزنا وكيلا وسواريه الطري والمالح في الصحة وفي المغرب سمك طيب وملوح وهو المقدد الذي فيه الملح ولا يقال مالح الا في لغة ردية قال بعض الشارحين لكن قال الشاعر بصرية مزوجت بصريا طعمها المالح والطريا ثم نقل من بعض الشارحين وكفى بذلك حجة للعقبا وظاهر هذا الاستدراك انه ليس بردي ولم يجد سوى هذا البيت وهو لا ينافي قول المغرب الا في لغة ردية وليس لهذا الاستدراك فائدة بل قال ابن دريد طيب وملوح وهو يلمحت الى قول الزاجر اطعمها المالح والطريا ذاك مولد لا يوجد بلغة واما الطري فيجوز بيعه حين وجوده وزنا ايضا فان كان ينقطع في بعض السنة كما قيل انه ينقطع في الشتاء في بعض البلاد فلا ينعقد في الشتاء ولو اسلم في الصيف وجب ان يكون منتهى الاجل لا يبلغ الشتاء وهذا معنى قول محمد لا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه يعني ان يكون السلم مع شرطه في حينه كيلا ينقطع بين العقد والحلول وان كان في بلد لا ينقطع جاز مطلقا وزنا لا عددا لما ذكرنا من التفاوت في احاده وعن ابي حنيفة في الكبار التي تقطع كما تقطع اللحم لا يجوز السلم في لحمها اعتبارا بالسلم في اللحم فانه منع السلم في اللحم وعن ابي يوسف منع السلم في الكبار وزنا مع اجازته في اللحم فان هناك يمكن اعلام موضع القطع الجنب او الظهر او الفخذ ولا يتأتى في السمك ولذلك وطعن بعضهم على محمد في قوله في حينه لان الاصطياد يتحقق في كل حين مدفوع فان الانقطاع عدم الوجود في بعض البلاد وفي بعض السنة وهو لا يستلزم عدم الاصطياد لغيره وما ذكره قوله ولا خير في السلم في اللحم وهذه العبارة تأكيد في نفي الجواز كقوله لا خير في استقراض الجيد وقول من قال ان المجتهد يقول فيما يستخرج من الحكم بالرأي تحرزا عن القطع في حكم الله بالرأي بعيد فكل الاحكام القياسية الظنية يعبر عنها في الفقه بلا يجوز كذا ويكون كذا من هذا القبيل لانه قد استقر عند اهل العلم انها ظنيات لا قطعيات وايضا المجتهد قاطع بان حكم الله في حقه ذلك وقال اذا وصف من اللحم موضعا معلوما لكونه ذكرا وسمينا جدا ان يخرج من نحو الضان رسنه يخرج من الفخذ او الكتف او الجنب مائة رطل وفي الحقائق والعيون الفتوى على قولهما وهذا على الاصح من ثبوت الخلاف بينهم وقد قيل لا خلاف منع ابو حنيفة فيما اذا اطلق السلم في اللحم وقولهما اذا بينا ما ذكرا وجه انه موزون في عادة الناس مضبوط بما ذكرنا من الوصف وقوله ولهذا يضمن بالمثل الاستدلال على كونه موزونا وكذا كونه مضمونا بالمثل جاز الاستقراض وما ذكرنا من العادة المستمرة فيه في سائر الاقطار قاطع فيه وما فيه من العظم غير مانع لانه اذا سمي موضعا معلوما فيه عظما كان مراضيا عن قطعه لما تضمنه من العظم ولانه ثابت باصل الخلقة كالنوى في التمر ولذا جاز السلم في الالية مع انها لا تخلو من العظم والسلم يصح في الشحم بالاجماع بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه لان عضو الطير صغير وهذا انما يتأتى في منف مطلقا وحاصل الكلام فيه ان الايصاء من الطير لا يجوز السلم فيه ولا في لحمه وما صيد قيل هو على الخلاف عندهما يجوز وعنده لا يجوز وقيل يجوز عند الكل لان

قال ولا یجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعی یجوز حالا لاطلاق الحدیث ورخص فی السلم ولنا قولہ علیہ السلام الی اجل معلوم فیما روینا ولانہ شرع رخصۃ دفعا لحاجۃ المفالیس فلا بد من الاجل لیقدر علی التحصیل فیہ فیسلم ولو کان قادرا علی التسلیم لم یوجد المرخص فبقی علی النافی **قال** ولا یجوز الا باجل معلوم لما روینا ولان الجہالۃ فیہ مفضیۃ الی المنازعۃ کما فی البیع

مافیہ من العظم لایعتبرہ الناس وہو الصحیح فیجب ان یکون محل مافی الکتاب من المنع مطلقا فی مخلوع العظم فان القلۃ حینئذ تابعۃ ثم یجیز انہ اذا اسلم فی مائۃ رطل من لحم الدجاج مثلا ان یعین الموضع بعد کونہ بعظم فان من الناس من لایحب الصدر منہا فیقول اوراکا او غیر الصدر او ینص علی صدور ہا واوراکہا فان اطلق فقال من لحم الدجاج السمین یجب ان لایجوز للمنازعۃ بسبب ماذکرنا لاختلاف اغراض الناس ولابی حنیفۃ رح وجہان احدہما انہ یقع سلما فی المجہول لتفاوت اللحم بقلۃ العظم وکثرتہ بخلاف لحم السمک فان مضمونہ من العظم قلیل معلوم اہدارہ بین الناس ولذا ہو فرق بین لحم السمک وغیرہ وقولہما اذا سمی موضعا کان تراضیا علی قطع ماتضمنہ العظم قلت المشاہد فی بیع اللحم حالا بعظمہ وجریان المماکسۃ بین البائع والمشتری حتی ان المشتری یستکثر ویماکسہ ویزع بعضہ للجزار بعدہ علیہ فکیف فی الاجل المستاخر التسلیم وعلی ہذا الوجہ یجوز السلم فی مخلوع العظم وہو روایۃ الحسن عنہ ثانیہما انہ یختلف بحسب الفضول سمنا وہزالا فاذا سمی السمین قد یکون انتہاء الاجل فی فصل الہزال وحاصل ہذا الوجہ انہ سلم فی المنقطع وعلی ہذا لا یجوز فی مخلوع العظم وہو روایۃ ابی شجاع عنہ قال المص وہو الاصح لان الحکم المعلل بعلتین مستقلتین یثبت مع احدہما کما یثبت مع قولہما یضمن بالمثل ممنوع ماذکر فی باب الاستحقاق فی الجامع الکبیر فیمن غصب لحما فشواہ ثم استحقہ رجل لایسقط ضمان الغصب وللمغصوب منہ ان یضمنہ قیمۃ اللحم قیل ولاتوجد روایۃ بانہ من ذوات القیم الا ہنا من الجامع الکبیر لکن ذکر صاحب الفتاوی الصغری انہ راے وسط غصب المنتقی ان ابا یوسف رح روی عن ابی حنیفۃ رح اذا استہلک لحما قال علیہ قیمتہ وحل عبارۃ المص ان القبض ای قبض اللحم القرض بعاین فیعرف مثلہ بہ اے بالمقبوض اما السلم فلیس فیہ مقبوض معاین بل مجرد وصف فلا یکتفی بہ الی آخر ماذکرنا وکذا الاستقراض وزنا ایضا ممنوع بل ذاک مذہبہما وبعد التسلیم ای تسلیم ان ضمان اللحم بالمثل کما اختارہ الاسبیجابی انہ یضمن بالمثل الا ان ینقطع عن ایدی الناس وہو الوجہ لان جریان ربا الفضل فیہ قاطع فانہ مثلی فیفرق بین الضمان والسلم بان المعادلۃ فی الضمان منصوص علیہما وتمام المعادلۃ بالمثل انہ مثل صورۃ ومعنی اما القیمۃ مثل معنی فقط لان الموجب الاصلی رد العین والمثل اقرب الی العین بخلاف القیمۃ وکذا بتقدیر تسلیم استقراضہ فالفرق بین السلم والقرض ان القبض فی القرض معاین محسوس فامکن اعتبار المقبوض ثانیا بالاول اما السلم فانہ یقع علی الموصوف فی الذمۃ وبالوصف عند العقد لاتعرف مطابقتہ للوجود عند القبض لمعرفۃ مطابقتہ بعد رویۃ المقبوض الموجب المثل وہذا معنی قولہ اما الوصف فلا یکتفی بہ ای لایکتفی بالوصف فی معرفۃ الموافقۃ بین الموصوف والمقبوض کما ہو بین المقبوض اولا والمقبوض ثانیا ولما اہدر الشارع فی باب الربا کون الجودۃ فارقا ثبت الربا بین لحمی نوع متفاضلا وان اختلف موضعہما کلحم فخذ مع لحم ضلع **قولہ** ولا یجوز السلم الا موجلا وہو مذہب مالک واحمد وقال الشافعی یجوز السلم حالا بان یقول مثلا اسلمت ہذہ العشرۃ فی کر حنطۃ صفتہا کذا وکذا الی آخر الشروط وبہ قال عطاء وابو ثور وابن المنذر لاطلاق النص وہو قولہ ورخص فی السلم والظاہر انہم لایستدلون بہ لانہم اہل حدیث وہذا لایثبت الا من کلام الفقہاء وانما الوجہ عندہم انہ لادلیل فی اشتراط الاجل فوجب نفیہ وربما استدلوا علی نفیہ بانہ لو شرط الاجل لکان لتحصیل القدرۃ علی التسلیم التی ہی شرط جواز العقد وہی ثابتۃ والظاہر من حال العاقد انہ لایلتزم تسلیم مالا یقدر علیہ والفرض وجود المسلم فیہ فیقدر علیہ ولو لم یکن قادرا حقیقۃ فقد ثبتت قدرتہ بما دخل فی یدہ من راس المال ولہذا اوجبنا تسلیم راس المال بخلاف الکتابۃ الحالۃ فان العبد یخرج بالکتابۃ من ید مولاہ من غیر ان یدخل فی ملکہ شیئ فلا یصیر قادرا علی تسلیم بدل الکتابۃ واما استدلالکم بقولہ صلی اللہ علیہ وسلم من اسلم منکم فی شیئ فلیسلم فی کیل معلوم ووزن معلوم الی اجل معلوم فلیس معناہ الامر بالتاجیل

والاجل ادناه شهر وقيل ثلاثة ايام وقيل الكر من نصف اليوم والاول اصح ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه
معناه لا يعرف مقداره لانه يتاخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة وقد هو من قبل ولا بدان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط
كالقصاع مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا روي عن ابي يوسف **قال** ولا في طعام
قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لانه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم واليه اشار عليه السلام حيث قال ارايت لو اذهب الله تعالى
الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخبز الذي يجاء به الى الساحة بقرغانة

في السلم فيمتنع الحال بل معناه من اسلم في كيل فليسلم في كيل معلوم او في موزون فليسلم في وزن معلوم او الى اجل معلوم فليكن الى اجل معلوم لانه
لو لم يكن كذلك لكان ايضا امرا بان يكون السلم في كيل او موزون فلم يجز في المعدود والمذروع لان النسق في الفصول الثلاثة واحد ونحن نقول
لا شك ان اهل الاجماع قاطبة في اخراجه من ذلك الحكم العام للترخيص للمفاليس المحتاجين الى نفقة عاجلة قادرين على البدل لقدرة اجله فلا يتحقق
محل الرخصة الا مع ذكر الاجل فلا يجوز في غيره وكونه قادرا حال العقد لم يتحقق المبيع في حقه ولما كان جوازه للحاجة وهي باطنة اناط بامر ظاهر كما هو المستمر
في قواعد الشرع كالسفر للمشقة ونحوه وهو ذكر الاجل فلم يلتفت بعد ذلك الى كون المبيع معدوما من عند المسلم اليه حقيقة او موجودا قادرا هو عليه فقول
المص ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص معناه لو لم يذكر الاجل والله تعالى اعلم وقولهم الغرر في السلم الحال اقل منه في الموجل بعد ما ذكر لا يفيد
شيئا اعني بعد ما بينا ان شرعيته لدفع حاجة المحتاج الى المال العاجز عن العوض في الحال فان الغرر قد يحل فيه لتلك الحاجة وهي المنتفية في السلم
الحال **قوله** والاجل ادناه شهر الخ في التحفة لا رواية عن اصحابنا رضوان الله عليهم وفي المبسوط في مقدار الاجل واختلف الروايات عنهم والاصح ما روي
عن محمد رح انه مقدر بالشهر لانه ادنى الاجل واقصى العاجل وقال الصدر الشهيد الصحيح ما روي عن الكرخي انه مقدار ما يمكن تحصيل
المسلم فيه وهو جيد ان لا يصح لانه لا ضابط محقق فيه وكذا ما عن الكرخي من رواية اخرى انه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى
عرف الناس في تاجيل مثله كل هذا يفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان وفي الايضاح فان قدر النصف
يوم جاز وبعض اصحابنا قدروا بثلاثة ايام استدلالا بمدة خيار الشرط وليس بصحيح لان التقدير ثمة بالثلاثة بيان اقصى
المدة فاما ادناه فغير مقدار انتهى والتقدير بالثلاث مروي عن الشيخ ابي جعفر احمد بن ابي عمران استاذ الطحاوي صحح المص الاول
لانه مروي عن محمد ولانه ماخوذ من مسئلة اليمين وهي ما اذا حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر برئ يمينه فكان ما دون الشهر في حكم
العاجل فالشهر وما فوقه اجل قالوا وعليه الفتوى **قوله** ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه قال المص معناه اذا كان لا يعرف
مقداره اما اذا عرف فيجوز لضبط المقدار لو تلف ذلك المكيال والذراع وانما لا يجوز لما ذكرنا من احتمال هلاك ما قدر به فيتعذر الايفاء قال وقد
مر قبل يريد اول كتاب البيوع وهو قوله ويجوز البيع بآجر بعينه لا يعرف مقداره ويوزن حجر بعينه الى ان قال بخلاف السلم الخ وقد روي عن ابي حنيفة
انه لا يجوز ايضا في بيع العين بالعين لانه بيع ليس بمكايلة ولا مجازفة وبيع الحنطة انما يجوز على احدهما والصحيح الاول والحصر ممنوع وبتقدير التسليم فهذا
بيع مجازفة ثم لا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع والحديد والخزف مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والغرارة لا يجوز للمنازعة
عند التسليم الا في قرب الماء فيما روي عن ابي يوسف للتعامل فيه فانه اجازه وهو ان يشتري من سقا كذا كذا قربة من ماء النيل او غير ذلك مثلا
بهذه القربة وعينها جاز البيع ومقتضى القاعدة المذكورة ان لا يجوز اذا عين هذه القربة ولكن بمقدارها والله اعلم والزنبيل بالفتح بلا تشديد
بالكسر مشددة الباء ويقال زنبيل **قوله** ولا في طعام قرية بعينها كحنطة بلدة النهيين او الحلة ببلاد مصر او ثمرة نخلة بعينها او بستان بعينه لانه قد تعتريه آفة
تمنع قدرة التسليم قال المص واليه اشار صلى الله عليه وسلم ارايت لو ذهب ثمرة هذا البستان ثم يستحل احدكم مال اخيه فان معنى هذا لانه لا يستحق
هذا البيع ثمنا ان لم يخرج ذلك البستان شيئا فكان في بيع ثمر هذا البستان غرر الانفساخ فلا يصح بخلاف ما اذا اسلم في حنطة صعيدية او
شامية فان احتمال ان لا تثبت في الاقليم برمته شيء ضعيف فلا يبلغ الغرر المانع من الصحة فيجوز فهذا الحديث يفيد عدم صحة البيع سواء

قال ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير ونوع معلوم كقولنا سقية او جيدة وصفة معلومة كقولنا جيدة او ردية ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف او كذا وزنا باوزان معلومة والاصل ثمنه ما رويناه والفقه فيه ما بيناه ومعرفة مقدار راس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج الى تسمية راس المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم ولهما انه ربما يوجد بعضها ربوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي او ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد راس المال

كان ورود في السلم او في البيع مطلقا والواقع ان معناه ورد في السلم وفي البيع مطلقا اما في السلم فما قدمناه من حديث ابي داود وابن ماجة في الذي اسلم في تلك الحديقة النخل فلم يطلع شيء فاراد المسلم اليه ان يرجع الثمن الذي كان اخذه وقال انما النخل هذه السنة حيث قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذ من نخلك شيئا قال لا قال بم تستحل ماله او رد عليه ما اخذت منه الحديث واما ما في مسلم عن جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو بعت من اخيك تمرا فاصابته جائحة فلا يحل لك ان تاخذ منه شيئا بم تاخذ مال اخيك بغير حق فيصدق على كل من السلم والبيع ويمكن ان يكون دليلا على ان هلاك المبيع يبطل البيع ويوجب رد الثمن فهو دليل هذه المسالة ايضا وفي الصحيحين عن انس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان لم تثمر فبم يستحل احدكم مال اخيه هذا فلو كانت نسبة الثمرة الى قرية بعينها لبيان الصفة لا لتعيين الخارج من ارضها بعينه كالخشمي بخارا والبساخي دهي قرية خطها جيدة لو غاية لا باس به ولانه لا يراد خصوص النابت هناك بل الاقليم ولا يتوهم انقطاع الحنطة هناك لانه اقليم وكذا اذا قال من حنطة هراة يريد هراة خراسان ولا يتوهم انقطاع طعام اقليم بكماله فالسلم فيه وفي طعام العراق والشام سواء وكذا في ديار مصر في فتح الصعيد والذي في الخلاصة ذكر بعناه في المجتبى وفي غيره لو اسلم في حنطة بخارا او حنطة سمرقند او اسبيجاب لا يجوز لتوهم انقطاعه ولو اسلم في حنطة هراة لا يجوز او في ثوب هراة وذكر شرط السلم يجوز لان حنطتها يتوهم انقطاعها اذ الاضافة لتخصيص البقعة فيحصل السلم في مفهوم الانقطاع بخلاف اضافة الثوب لانها لبيان الجنس والنوع لا لتخصيص المكان وكذا لو اتى المسلم اليه في ثوب هروي ثوب نسيج في غير ولاية هراة من جنس الهروي يعني من صفته ويؤتيه يجبر رب السلم على قبوله فظهر ان المانع والمقتضي العرف فان تعورف كون النسبة لبيان الصفة فقط جاز والا فلا بينه ما في الخلاصة قال لو كان ذكر النسبة للبيان لا لتعيين المكان كما في الخشمي فانه يذكر لبيان الجودة لا يفسد السلم وان كان يتوهم انقطاع حنطة ذلك الموضع مثل الثوب جاز السلم والا لا اما السلم في الحنطة الصعيدية والعراقية والشامية فلا شك في جوازه وفي شرح الطحاوي لو اسلم في حنطة جديدة قبل حدوثها فالسلم باطل لانها منقطعة في الحال وكونها موجودة في وقت العقد الى وقت المحل شرط لصحة السلم قوله ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا بسبع شرائط ذكر في القدوري اما عندهما فهي الجنس الاول ولا شك ان للسلم شروطا غيرها ولكن لا يشترط لصحة السلم ذكرها في العقد بل وجودها وشرائط جمع شريطة فقول بعضهم في بعض النسخ سبع وهو الاصح ليس كذلك بل سبعة على تقدير كون المعدود شرط وسبع على تقدير كونه شريطة وكل وارد على اعتبار خاص والمعروف من النسخ ليس الا المشهور سبع شرائط جنس معلوم كحنطة او شعير ونوع معلوم كسقية وهو ما يسقى سيحا او نخيلية وهي ما تسقى بالمطر ونسبة الى النخل لانها منجوسة الحظ من الماء بالنسبة الى السيح غالبا وصفة معلومة كجيد وردي او وسط ومقدار سالم من الشعير ومقدار معلوم كذا كيلا بمكيال معلوم فهذه اربعة تشترط في كل من راس المال والمسلم فيه فهي ثمانية بالتفصيل فان ما يجوز كونه مسلما فيه يجوز كونه راس مال السلم ولا ينعكس فان النقود يكون راس مال ولا يسلم فيه والخامس اجل معلوم والاجل اي في اشتراط هذه الخمسة ما رويناه يعني قوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم الحديث نص على شرط القدر المعلوم والاجل المعلوم وثبت باقي الخمسة بالدلالة لظهور ارادة الضبط المنافي للمنازعة وقوله والفقه ما بينا يعني قوله ولان الجهالة تفضي الى المنازعة والسادس ذكر مقدار راس المال اذا كان راس المال بحيث يتعلق العقد على قدره يعني ينقسم اجزاء المسلم فيه على اجزائه وهو ان يكون الثمن من المكيلات او الموزونات او المعدودات المتقاربة وهذا شرط في المسلم فيه اتفاقا فصارت احد عشر شرطا والثاني عشر تسمية مكان الايفاء وهو يخص المسلم فيه والثالث عشر ان لا يشتمل البدلان احدى علتي الربا لان الفرد الواحد بهما يحرم

والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعية دفع المنافي بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما وفيما في الثانية ان مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا ولاية لاحدهما على مكان آخر فيه فيصير نظيرا اول اوقات الامكان في الاداء وصار كالقرض والغصب لابي حنيفة رح ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة

النساء وان لا يكون فيه خيار شرط والرابع عشر ان تعين المسلم فيه بالتعيين فلا يصح السلم في الدراهم والدنانير وتقدم في التبر روايتان والخامس عشر انتقاد الثمن على قول ابي حنيفة كذا ذكرنا والسادس عشر اشتراط بيان الاجل لاجله اعلام قدره والسابع عشر تسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان للمسلم فيه حمل ومؤنة اي اذا كان نقله يحتاج الى اجرة ونحوه لنقله وقالا لا يحتاج الى تسمية راس المال اذا كان معينا يقبضه دفعة ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان خلافيتان بينه وبينهما لهما في الاولى ولقولهما قال مالك واحمد والشافعي في قول ان المقصود في اعلام قدر راس المال وهو التسليم بلا منازعة يحصل بالاشارة الى العين والثمن العجل فاغنى عن اعلام قدره وصار كثمن المبيع المعجل والاجرة الموجلة في الاجارة والمضاربة اذا دفع الى آخر دراهم معينة غير معلومة المقدار مضاربة بالنصف فانه جائز وكراس المال الذي لا ينقسم المسلم فيه عليه كالثوب والعبد فانه لا يشترط فيه اعلام كمية ذرعانه بالاتفاق وله ما روي عن ابن عمر رض انه قال به وقول الفقيه من الصحابة رض مقدم على القياس والقياس على المسلم فيه بجامع انه عوض تناوله عقد السلم ولان جهالة قدر المسلم فيه مانع اتفاقا وجهالة راس المال مؤدية اليه ولا يؤدي الى الممتنع شرعا ممتنع شرعا بيان تأديته اليه انه ربما ينفق راس المال كما ينفقه المحتاجون فربما يظهر فيه زيوف فيختار الاستبدال به ورده وقيل يكون اكثر راس المال زيفا فانه اذا رده واستبدل بها في المجلس يفسد السلم عند ابي حنيفة لانه لا يجوز الاستبدال في اكثر من النصف خلافا لهما وقد لا ينفق الاستبدال بها في مجلس الرد فينفسخ العقد في مقدار ذلك فاذا لم يكن قدر الكيل معلوما لم يدر في كم انفسخ وفي كم بقي فيصير المسلم فيه مجهول المقدار وكذا لو استحق بعضه يلزم هذا ايضا وهذا وان كان موهوما فالموهوم في هذا العقد له حكم المعلوم لشرعيته مع المنافي وهو كون المبيع معدوما فان ما يشرع لذلك يكون ضعيفا في الشرعية فيؤثر فيه توهم العدم المذكور وهو في الحقيقة تعليل قوله صلى الله عليه وسلم ارايت ان اذهب الله ثمرة هذا بما يستحل احدكم مال اخيه بخلاف ما اذا كان راس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه وكذا لو اشتراه على انه عشرة فاذا هو خمسة عشر كان كله له والمبيع لا يقابل الاوصاف فلا يتعلق العقد على قدره ولهذا لو ظهر للثوب او الحيوان المجعول راس مال مخرقا او يسمى عددا من الذرعان فيه فوجده المسلم اليه انقص او بعض اعضاء الحيوان تالفا لا ينتقض من المسلم فيه شيء بل المسلم فيه بالخيار ان شاء رضي به بكل المسلم فيه وان شاء فسخ لفوات الوصف المرغوب فيه واستشكل بان هذا اعتبار بشبهة الشبهة او انزل منها فان في وجود الزيف احتمالا ثم اختيار الرد لذلك ثم عدم الاستبدال به في مجلس الرد فيه ايضا ذلك والمعتبر الشبهة لا النازل كما افاده الحديث فان المعتبر فيه الشبهة لا غير وهو احتمال ان لا يخرج الثمرة اجيب تارة انها بشبهة واحدة فان الكل مبني على وجود الزيف وتارة بان السوال فاسد لان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت كالتقدم مع البنية وليس هذا كذلك وانما اعتبر الموهوم بالنص المذكور على ان طريق ما انحصر في وجود الزيف بل ظهور استحقاق راس المال كما ذكرنا انه طريق ومما يدل على صحة اعتبار الموهوم في هذا العقد اجماعنا على انه لا يصح السلم لبطلان العقد في حصة ما لم يعلم قدره فيبطل في الآخر ايضا لاتحاد الصفقة او لجهالة صحة الآخر من المسلم فيه فيكون المسلم فيه مجهولا ولهما في المسئلة الثانية وهي اشتراط مكان التسليم فيما له مؤنة ان مكان العقد يتعين للايفاء لوجود العقد لما صح اشتراط غيره فان تغيير مقتضى العقد مردود او هو مفسد على ما هو رواية عن احمد رح وصار كالصرف الى غالب نقد البلد ما لم يسميا نقدا غيره فينصرف اليه ويلحق بالثمن فان العقد يقتضيهما معا فلما اقتضى وجوب تسليم الثمن في مكان العقد وجب في الآخر ذلك وصار المكان كالزمان الذي هو اول اوقات الامكان حيث يتعين للوجوب لعدم المزاحم او لا دار على قول الكرخي في الامر

وعن هذا قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه عند ابي حنيفة يوجب التحالف كما في الصفقة وقيل على عكسه لان تعيين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رح وعندهما يتعين مكان الرد ومكان تسليم الدابة للدفاع

المطلق وتقريره ان التسليم يحتاج الى مكان وهذا المكان لا يزاحم فيه غيره فيتعين كاول اوقات الامكان والحاقا ايضا بالقرض والغصب والاستهلاك حيث يجب التسليم في مكان الغصب والقرض والاستهلاك ويرد ان يكون تعيين غير مكان العقد غير مفسد يقتضي اذا اشترى كرا وشرط على البائع حمله الى منزله فيفسد سواء اشتراه في المصر او خارجه اجيب بالفرق بان المشتري يملك العين بجميع شرائطها فاذا شرط حملها فقد شرط عملا في ملكه مع الشرائط ثم سمى الثمن في مقابلة ذلك كله فصار بائعا آجرا ومشتريا مستاجرا معا فهو صفقة في صفقة فيفسد اما عقد السلم فلا يملك المشتري به العين لان المعقود عليه دين لا عين فانما يملك العين بالقبض بالنقل من مكان الى آخر عمل من البائع في ملك نفسه فلا يكون بائعا واجرا واورد ايضا في الفوائد الظهيرية عن محمد رح ما يدل على عدم تعيينه فانه قال في رجل باع طعاما والطعام في السواد ان كان المشتري يعلم مكانه فلا خيار له وان لم يعلم فله الخيار ولو تعين زمان البيع مكانا للتسليم لم يكن له خيار ثم قيل انما يجوز البيع اذا كانت جوالق الحنطة في بيت واحد فان كانت في مصر وسواد فالبيع فاسد لافضائه الى المنازعة لان المشتري يطالبه بالتسليم في اقرب الاماكن والبائع يسلمه اليه في الابعد وهذا كله دليل ان مكان البيع لا يتعين اجاب بانه انما يتعين اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضر لانه في ذمة البائع وهو حاضر في مكان العقد فالمبيع حاضر بحضوره وفي بيع العين اذا كان ولابي حنيفة ان التسليم في السلم غير واجب في الحال فلا يتعين مكان العقد بخلاف القرض والغصب فان التسليم فيهما واجب في الحال فيتعين مكان سبب الوجوب في الحال وكذا اندفع قياسه على راس مال السلم فانه يجب تسليمه في الحال وتضمن منع ما قالا من ان وجود العقد الموجب للتسليم يوجب تعيين مكانه بل العقد يوجب التسليم فقط الا ان اقتضى امر آخر تعيين مكانه فاذا لم يتعين فالجهالة تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن فلا بد من البيان دفعا للمنازعة لان المسلم اليه يطالبه بالتسليم في مكان يسقط عنه فيه مؤنة الحمل وترفع قيمته والمسلم اليه على عكسه وبخلاف راس المال لان تسليمه واجب للحال فافترقا والحاقه بالامر في تعيين اول الاوقات بلا حاجة لكن لا يخفى ان قوله التسليم غير واجب للحال فلا يتعين مكان العقد مما يرد عليه المنع اذ لا ملازمة تظهر وما المانع من تعيينه مع تاخر التسليم حتى اذا حل الاجل وجب تسليمه في ذلك المكان فالاولى ان يقتصر على منع تعيين العقد المكان والحاقها بالاستهلاك والقرض ظهر الفارق بينهما وبين السلم وبالثمن في العين محل النزاع لان ابا حنيفة في الصحيح عنه يرى انه لا يتعين ايضا اذا كان موجلا وانه يجب تعيينه ايضا كما سيذكر المص وبراس مال السلم يمنع فيه حكم الاصل فانا لا نعين مكان العقد لتسليم راس مال السلم بل ان يقبضه قبل الافتراق لنفي بيع الكالي بالكالي فلو عقد السلم وشيا فرسخا ثم سلمه اليه قبل ان يفارقه جاز وقولهم الموجب للتسليم وجد فيه قلنا نعم لا يستلزم وجود الموجب في مكان ان يوجب مقتضاه في ذلك المكان فانه لا ملازمة عقلية في ذلك اذ يجوز ان يوجد في مكان آخر واثره الايجاب مطلقا فلا يثبت هذا الملازمة الا سمعا

قوله وعن هذا اي وعن كون المكان يوجب اختلاف القيمة قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه يوجب التحالف عنده كما لو اختلفا في صفة الثمن او المثمن فان اختلاف الصفة يوجب اختلاف القيمة فهو كما اذا اختلفا في جودته ورداءته وقيل على عكسه اي لا يوجب التحالف عنده بل القول قول المسلم اليه لان تعيين المكان ليس بقضية العقد عنده وعندهما يتحالفان بان تعيين المكان لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من مقتضيات العقد والاختلاف فيها يوجب التحالف بالاجماع فكذا هنا قال وعلى هذا الاختلاف الثمن في البيع الناجز اذا كان له مؤنة حمل وهو موجل في بيع العين والاجرة بان استاجر دارا شهرا بمائة مؤنة حمل وهو موجل عنده يشترط بيان مكان تسليمها وعندهما لا والقسمة فيما

قال وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء لاجماع لانه لا يختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه قال رضي الله عنه وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات انه يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عينا مكانا قيل لا يتعين لانه لا تقييد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا **قال** لا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي عليه السلام عن الكالئ بالكالئ وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل بآجل اذ الاسلام والاسلاف يبينان عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض

اذا اقتسما دارا وجعل مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن بالاجماع والصحيح انه يشترط عنده واذا كان موجلا وهو خيار شمس الائمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار في القسمة ومكان تسليم الدابة في الاجارة لا الايفاء **قوله** وما لم يكن له حمل ومؤنة كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ يعني القليل منه والاحد يسلم في اسنان من الزعفران كثيرة تبلغ احمالا وكذا المسك وصغار اللؤلؤ لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء عندهم وهو الاصح من قول الشافعي ويوفيه في المكان الذي اسلمه فيه وكلما قلنا يتعين مكان العقد معناه اذا كان مما يتأتى التسليم فيه وما لا بان اسلم اليه وهما في مركب في البحر او في جبل فانه يجب في اقرب الاماكن التي يمكن فيها منه قال المصنف وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع يعني من اصل المبسوط وذكر في الاجارات من اصل المبسوط يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح والاصح من قول الشافعي ايضا لان الاماكن كلها سواء اذ المالية لا تختلف باختلاف الاماكن فيما لا حمل له ولا مؤنة بل بغزة الوجود وقلته وكثرة رغبات الناس وقلتها بخلاف ما له مؤنة فان الحنطة والحطب يوجد في المصر والسواد ثم يشترى في المصر باكثر مما يشترى في السواد ولو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيده والشرط الذي لا يفيد لا يجوز وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق وهو الاصح وبه قال الشافعي واحمد ذكره في التحفة ثم لو عينا المصر في ما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا يعني القيمة لا تختلف باختلاف المصر الواحد عادة قبل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين جوانبه نحو فرسخ لا يجوز الا ان يبين لانه يفضي الى المنازعة ذكره في المحيط ولو شرط ان يوفيه في مكان ثم يحمله الى منزله لا خير فيه ولو شرط الحمل الى منزله ابتداء قيل يجوز استحسانا وروى البلخي عن اصحابنا انه لا يجوز السلم وقيل انما لا يجوز قياسا اذا اشترط الايفاء في موضع ثم يحمل الى منزله اما لو شرط الايفاء في منزله فيجوز قياسا واستحسانا وفي بيع العين لو شرط على البائع في المصر ان يوفيه الى منزله والعقد في مصر جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف استحسانا وعند محمد لا يجوز هذا اذا لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة فان كان لا يجوز البيع ولو اشترى طعاما بطعام من جنسه وشرط احدهما التوفية الى منزله لم يجز بالاجماع كيفما كان ولو شرط ان يوفيه الى مكان كذا فسلمه في غيره وذكر الكرار الى الموضع المشروط صار قابضا ولا يجوز اخذ الكرار وان شاء رده اليه ليسلمه في المكان المشروط لانه حقه **قوله** ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل ان يفارقه وهذا تحقيقه ان قبض رأس المال قبل الافتراق شرط نفاذ العقد على الصحة اما اذا كان رأس المال من النقود فلانه لو لم يقبض افترقا عن دين بدين لانهما لا تعين فلا يقع العقد الا على دين في الذمة يقع بدفع العين المقابضة عنه وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ اي النسيئة بالنسيئة الا ان مالكا يجيز التأخير ويقول اذا لم يشترط الاجل لا يخرجه الى الدين عنه وبقولنا قال الشافعي واحمد وان كان عينا ففي القياس لا يشترط تعجيله لان عدم تسليمه لا يؤدي الى بيع دين بدين بل بيع عين بدين وفي الاستحسان يشترط اعمالا لمقتضى الاسم الشرعي لان الاسلام والاسلاف في كذا ينبئ عن تعجيل المسلم دون الآخر لان وضعهما في الاصل لاخذ عاجل بآجل فالشارع قرره كذلك فيجب ان يثبت على اعتبار المعنى الذي اعتبر فيها ولو فرضنا فرضنا انها صارت اعلاما فاصل الوضع كان باعتبار ما اعتبر في معناها من الاحكام فلزم التعجيل ولانه لا بد من تسليمه ليتقلب فيه المسلم اليه اذ الغرض افلاسه وحاجته فيتقلب فيه ليقدر على تحصيل المسلم فيه الى الاجل ولهذا اي لاشتراط التسليم قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم الذي هو الملك وهذا على قول ابي حنيفة ظاهر فانه وان خرج البدل من ملك من لم يكن له حق خيار لم يدخل في ملك الآخر وعلى قولهما هو ملك متزلزل فانه بعزيمته ان يفسخ من له الخيار فلا يتم القبض لان كمامه مبني على تمام الملك في المعوض وهذا بخلاف الاستحقاق فان رأس المال اذا ظهر مستحقا لم يمنع استحقاقه من تمام قبضه لجواز اجازة المالك حتى لو اجاز قبضه صح العقد وان كان الاستحقاق يمنع الملك لان منعه الملك ليس لقبضيته السبب بل السبب

ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافا لزفر وقد مر نظيره وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام رأس المال وتعجيله وتأجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع الا ترى انهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا

وجد مطلقا لا مانع فيه سوى تعلق حق الغير وجاز ان يجيز ذلك الغير فاذا اجاز التحقت الاجازة بحالة العقد بخلاف خيار الشرط فان عدم الملك قضية السبب نفسه وجعله في حق الحكم كالمتعلق بشرط سقوط الخيار وكان تأثيره اكثر من تأثير عدم القبض فكان اولى بالابطال من عدم القبض وهذا لان المعلق بالشرط معدوم قبله فلا حكم اصلا وهو الملك فلا قبض ولذا قلنا ان اعتاق المشتري لا يصح ولا يتوقف اذا كان في البيع خيار للبائع واعتاق المشتري من الفضولي يتوقف ولذا لا يثبت فيه اي في السلم خيار رؤية بالاجماع لانه غير مفيد اذ فائدة خيار الرؤية رد المبيع والمسلم فيه دين في الذمة فاذا رد المقبوض عاد دينا كما كان لانه لم يرد عين ما تناوله العقد فلا ينفسخ العقد برده بل يعود حقه في مثله ولان اعلام الدين ليس الا بذكر الصفة مقام ذكر العين فلا يتصور خيار رؤية ذكره في الكافي ولا يشكل بالاستصناع فانه دين في ذمة الصانع ويجري فيه خيار الرؤية يعني اذا رد ما يأتي به ينفسخ لانا لا نسلم ان المبيع فيه الدين في ذمة الصانع بل العين كما سيأتي واما خيار الرؤية في رأس المال فصحيح لانه لا يمنع ثبوت الملك ذكره في التحفة وهذا اذا كان عينا مثليا او قيميا بخلاف خيار العيب في المسلم فيه فانه يصح لانه لا يمنع تمام القبض لان تمامه بتمام الصفة وتمامها بتمام الرضى وهو تمام وقت العقد قوله ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس مال السلم قائم جاز السلم خلافا لزفر وانما قيد بقيام رأس المال لانهما لو اسقطاه بعد اتفاقهما او استهلاكه لا يعود صحيحا اتفاقا لانه بالهلاك صار دينا في ذمة المسلم اليه ولو صح كان برأس مال هو دين وذلك لا يجوز كما لا يجوز في ابتداء العقد ولانه الان في معنى الابتداء اذ قبل الاسقاط لم يكن للعقد وجود اشرعا وقول الشافعي ومالك كقول زفر وقد مر نظيره في باب البيع الفاسد وهو ما اذا باع الى اجل مجهول ثم اسقط الاجل قبل حلوله ينقلب جائزا عندنا خلافا لهم قال المصنف وجملة الشروط جمعوها الى آخره فاعلام رأس المال يشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه وقدره وتعجيله تتم خمسة ومن صفته ان يذكر من النقد الفلاني اذا كان في البلد نقود مختلفة المالية متساوية في الرواج كقولنا عدلية او خطرية فان لم تختلف وتساوت رواجا يعطيه من ايهما شاء ولو تفاوتت رواجا انصرف الى غالب نقد البلد كما في البيع وينبغي في ديارنا اذا سمى مؤدية يعطيه الاشرفية والجقمقية ليتعارف تسمية الكل مؤدية والاستوار في المالية والرواج واعلام المسلم فيه يشتمل على شلها خلا التعجيل وتأجيله وبيان مكان الايفاء تتم احد عشر واما القدرة على تحصيله فالظاهر ان المراد فيه عدم الانقطاع فان القدرة بالفعل في الحال ليس هو شرطا عندنا ومعلوم انه لو اتفق عجزه عند الحلول وافلاسه لا يبطل السلم وقد بقي ما قدمناه من كون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز في النقود وان لا يكون حيوانا وانتفاء رأس المال اذا كان نقدا عند ابي حنيفة خلافا لهما فان لا يشتمل البدلين احدى علتي الربوا وعدم الخيار فظهر ان قوله وجملة الشروط لم تتم ثم فرع على اشتراط القبض في السلم انه لو اسلم مائتين في كر حنطة منها مائة دين على المسلم اليه ونقده مائة ان السلم في حصة الدين باطل لفوات قبضه ولا يشيع الفساد في الكل خلافا لزفر وجه قوله انه فساد قوي لتمكنه في صلب العقد وايضا قد جعل قبول العقد في حصة الدين شرطا لقبوله في حصة النقد فهذا شرط فاسد ولنا ان الفساد طارئ فلا يشيع في غير محل المفسد اما ان اضاف العقد الى مائتين مطلقة بان قال اسلمت اليك مائتين في كذا ثم جعل احدهما الدين فظاهر واما ان اضاف الى الدين والعين جميعا بان قال اسلمت مائة الدين وهذه المائة في كذا فكذلك وان قيل يفسد في الكل عند ابي حنيفة لما ذكرنا من اشتراط القبول في حصة الدين والصحيح ان الجواب فيهما عدم الفساد عنده لان العقد لا ينعقد بالدين ولو قيد به بدليل ان من اشترى عبدا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد الا اذا كان يعلمان عدم الدين فينفسد لامر آخر وهو انهما ازلا البيع حيث عقدا بيعا بلا ثمن بخلاف ما لو

قال ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض اما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا يجوز الشركة والتولية في المسلم فيه لانه تصرف فيه فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عليه السلام لا تاخذ الا سلمك او رأس مالك اي عند الفسخ ولانه اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل رأس المال مبيعا لانه دين مثله الا انه لا يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم الابتداء على ما في جنية خزانة الفتاوى وعليه ما ذكرناه

كانت المائة على ثالث فانه يشيع بالفساد ولذا قيد المص كون المائة دينا على المسلم اليه لان المائة على الاجنبي ليست مالا في حقهما وحين لم يتقيد بالدين لم يتحقق الفساد بمجرد ذكر ذلك بل بالافتراق بلا قبض تلك المائة ولهذا لو نقل المائة قبل الافتراق صح السلم وح لم يلزم قوله جعل القبول في الفاسد شرطا الى آخره اذ لم يلزم الفساد بالاضافة نفطا الى الدين وكان الفساد طاريا بلا شبهة وقال في المنظومة ان كان راس المال نوعين نقد هذا ودين ذاك فالكل فسد ان لم يبين قسطا واقسط ذاك البر في الشعير والزيت كذا فاستشكل على مسئلة الكتاب فقيل انما قيد بالنوعين لانه اذا كان من جنس واحد لا يتعدى الفساد كما ذكر في الهداية واستشكله صاحب الحواشي على قول ابي حنيفة رح لان عنده اذا ورد العقد على شيئين وفسد في احدهما يفسد في الآخر لانه يصير قبول الفاسد شرطا الخ وقال الا ان هذا في الفساد المقارن الذي يمكن في صلب العقد لا في الطاري وهنا طار لان قبض راس المال شرط لبقاء العقد على الصحة اما العقد في نفسه فصحيح واستشكله الشيخ حافظ الدين في المصفى بان هذا يقتضي ان لا يفسد في حصة النقد اذا كان راس المال نوعين ايضا ثم قال يحتمل ان الفساد باعتبار ان معرفة راس المال شرط عنده ولم يبين حصة كل منهما من المسلم فيه فهي المسئلة التي قدمها المص تفريع على اشتراطه معرفة مقدار راس المال اذا كان مما يتعلق العقد على قدره فاذا قوبله بشيئين كان الانقسام بطريق القسمة وذلك يعرف بالحزر والظن وهو مجهول انتهى وهو جيد فانه على اشتراطه معرفة مقدار راس المال الا ان على هذا الاحاجة الى تقييد المنظومة بكون احدهما دينا فانه لو كان عينين فسد فيهما لذلك ايضا **قوله** لا يجوز التصرف في راس المال لا المسلم فيه قبل القبض اما الاول وهو راس المال فان ما لا يجوز للمسلم اليه التصرف قبل قبضه لما ذكر من تفويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعا قبل الافتراق واما الثاني وهو المسلم فيه فانه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز لما تقدم من الدليل فلا تجوز هبته ولا الاستبدال به اما لو دفع المسلم اليه ما هو ارد او ارخص الشروط فقبله رب السلم او اجود فانه يجوز ولا يكون له حكم الاستبدال فانه جنس حقه فهو كترك بعض حقه واسقاطه في حق رب السلم ومن احسن القضاء في حق المسلم اليه وقول القدوري بعد ذلك ولا تجوز الشركة ولا التولية مع دخولهما في عموم التصرف في المسلم فيه لقرب وقوعهما في المسلم فيه بخلاف المرابحة والوضيعة فانه غير معتاد ولانه دين وفي الوضيعة اضرار برب السلم فيفسد وجودهما بخلاف اخذه مثل ما اشتراه به فانه قريب والشركة هي معنى اخذه بعضه بمثل ما اشتراه به وقيل هو احتراز عن قول البعض ان التولية تجوز عنده في بيع العين والسلم **قوله** فان تقايلا السلم لم يكن له اي لرب السلم ان يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اخرجه ابو داود وابن ماجه معناه عن عطية العوفي عن ابي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره وهذا يقتضي ان لا ياخذ الا هو ورواه الترمذي وحسنه وقال لا اعرفه مرفوعا الا من هذا الوجه واخرجه الدارقطني عن سعيد الجوهري وعلي بن الحسين الدرهمي باللفظ المذكور وقال اللفظ للدرهمي وقال ابراهيم بن سعيد فلا ياخذ الا ما اسلم فيه او راس ماله وهذا هو حديث المصنف وعطية العوفي ضعفه احمد وغيره والترمذي عن حديثه فهو مختلف فيه حديث حسن ورواه عبد الرزاق موقوفا على ابن عمر رض اخبرنا معمر عن قتادة عن ابن عمر قال اذا اسلمت في شيء فلا تاخذ الا راس مالك او الذي اسلفت فيه واسنده عن ابي الشعثاء نحوه من قوله فقوله لا تاخذ الا سلمك يعني حال تمام العقد او راس مالك اي عند الفسخ فاستنبط منه انه اعتبر كالمبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه وهذا اي كونه اخذ شبها بالمبيع بسبب ان الاقالة بيع جديد في حق ثالث خلاف المتقدمين والشرح

قال ومن اسلم في كر حنطة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه لنفسه فاكتاله ثم اكتاله لرب السلم جاز لانه اجتمع الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشرى وان لم يكن سلما وكان قرضا فامره بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا يجتمع الصفقتان

ثالث وعرف ان صحتها يتوقف على قيام المبيع الى القبض الا ترى انه لو هلك المبيع بعد اقالة البيع قبل القبض تبطل الاقالة وذلك غير ممكن ههنا لان بالاقالة يسقط المبيع لانه دين لا عين فيبقى لا شيء فلا يعود لكنها قد صحت فيستلزم انه ان اعتبر راس المال بمنزلة المبيع ضرورة لانه دين مثل المسلم فيه وجعل الدين مبيعا ليس محالا اورد عليه لو كانت بيعا جديدا لكانت بيع مسلم لانها اقالة بيع سلم فكان يلزم قبض راس المال عند الاقالة في المجلس ولم يلزم بالاجماع فاجاب عنه المص بانه يعني عقد الاقالة ليس في حكم الابتداء من كل وجه واجاب غيره بان لزوم قبضه قبل الافتراق لكيلا يفترق عن دين بدين وذلك انما يكون اذا كان المسلم فيه مما يجب تسليمه ولم يجب ذلك بعد الفسخ بالاقالة يمكن حمل جواب المص بتكليف يسير وحاصل جواب صاحب الايضاح ان راس المال جعل كالمسلم فيه والقبض ليس شرطا فيه فليس شرطا له وفيه خلاف زفر اي في منع الاستبدال براس مال السلم من المسلم اليه بعد اقالة السلم فعنده يجوز اي يشتري به ما شاء وهو القياس لانه بالاقالة بطل السلم وصار راس المال دينا عند المسلم اليه فيستبدل به كسائر الديون قال والحجة عليه ما ذكرنا من الاثر والمعنى فهو استحسان بالاثر مقدم على القياس قوله من اسلم في كر وهو ستون قفيزا او اربعون على خلاف فيه والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم ان يقبضه قضاء عن المسلم فيه فاقتضاه رب السلم بحقه بان اكتاله من حقه جاز اليه لم يكن مقتضيا حقه حتى لو هلك بعد ذلك يهلك في مال المسلم اليه ويطالبه رب السلم بحقه وان امره ان يقبضه له اي للمسلم اليه ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له اي لرب السلم ثم اكتاله مرة اخرى لنفسه صار مقتضيا مستوفيا حقه وهذا لانه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري هذا محمل الحديث على ما مر في الفصل الذي يلي باب المرابحة حيث قال المص ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين والفقه فيه ان المستحق بالعقد يسمى فيه وهو الكر وهو انما يتحقق بالكيل فكان الكيل معينا للمستحق بالعقد وهذان عقدان اشتريان فلا بد من توفير مقتضى كل عقد عليه الا ترى ان الثاني لو كاله فزادا لم يطلب له الزيادة ووجب ردها حتى لو كان المشتري كاله لنفسه بحضرة المشتري الثاني فقبضه الثاني لا بد من ان يكيله اقامة لحق العقد الثاني والصفقتان اشتراء المسلم اليه من بائعه الكر والصفقة التقديرية التي اعتبرت بين المسلم اليه ورب السلم عند قبضه لان المسلم اليه يصير بائعا من رب السلم ما اشتراه لان المأخوذ ليس عين حقه فانه دين وهذا عين قاصه به وقد اخذه في صحة الامر ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه وعندي هذا ليس بشرط بل الشرط ان يكيله مرتين حتى لو قال له اقبض الكر الذي اشتريته من فلان عن حقك فذهب فاكتاله ثم اعاد كيله صار قابضا لان الغرض انه لا يصير قابضا لنفسه بالكيل الاول بل الثاني فلما قال له اقبضه عن حقك والمخاطب يعلم ان طريق صيرورته قابضا لنفسه ان يكيله مرة للقبض عن الامر وثانيا ليصير هو قابضا لنفسه ففعل ذلك صار قابضا حقه كانه قال له اذهب فافعل ما تصير به قابضا ولفظ الجامع يفيد ما قلنا فانه لم يزد فيه على قوله فاكتاله ثم اكتاله لنفسه جاز قوله والسلم وان كان سابقا الخ جواب سؤال مقدر وهو ان يقال بيع رب السلم مع المسلم اليه كان سابقا على شرى المسلم اليه من بائعه فلا يكون المسلم اليه بائعا بعد الشراء وما اشتراه فلم يجتمع الصفقتان فلا يدخل تحت النهي فاجاب بقوله والسلم وان كان سابقا على شراء المسلم اليه من بائعه لكن قبض رب السلم المسلم فيه الاحق لشرائه من بائعه وانه اي قبض المسلم فيه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة واعتبار عينيته في حق حكم خاص وهو صحة قبضه من المسلم فيه كيلا يلزم الاستبدال به قبل قبضه لا يستلزم اعتباره اياه مطلقا فاخذ العين عنه في حكم عقد جديد فيتحقق بيع المسلم اليه بعد شرائه من بائعه والدليل على هذا الاعتبار ما قال في الزيادات لو اسلم مائة في كر ثم اشترى المسلم اليه موزونا كذلك من رب السلم حنطة بمائتي درهم الى سنة فقبضه فلما حل السلم اعطاه ذلك الكر لم يجز لانه اشترى ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن يريد ان رب السلم اشترى ما باعه وهو الكر قبل نقد الثمن باقل مما باعه وانما يلزم ذلك اذا جعلا عند القبض كانهما جددا عقدا مثل هذا فيما لو اسلم في موزون معين واشترى المسلم اليه موزونا كذلك الخ

قال ومن أسلم في كر فأمر رب السلم أن يكيله للمسلم إليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاء لأن الأمر بالكيل لم يصح لأنه لم يصادف ملك الآمر لأن حقه في الدين دون العين فصار المسلم إليه مستعيرا الغرائر منه وقد دخل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع إليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا ولو كانت أحنطة مشتراة والمسألة بحالها صار قابضا لأن الأمر قد صح حيث صادف ملكه لأنه ملك العين بالقبض الأول فإنه لو أمره بالطحن كان الطحين في يد المسلم إليه وفي الشرى للمشتري لصحة الأمر وكذا إذا أمره أن يصبه في بحر في المسلم إليه وفي الشرى من مال المشتري ويقع الثمن عليه لما قلنا وهذا يكتفي بذلك الكيل في الشرى في الصحيح لأنه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ولو أمره في الشرى أن يكيله في غرائر البائع فعلى لم يصر قابضا لأنه استعار غرائره ولم يقبضها فلا يصير الغرائر في يده فلذا إذا لم يقع فيها وصار كما لو أمره أن يكيله ويجزله في ناحية من بيت البائع لأن البيت بناحيته في يده فلم يصر المشتري قابضا ولو اجتمع الدين والعين للمشتري أن يدا العين صار قابضا أما العين فلصحة الأمر فيها وأما الدين فلأن له عليه مثله وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه وكمن دفع إلى صائغ خاتما وأمره أن يزين من عنده نصف دينار وأن يدا الدين لم يصر قابضا أما الدين فلعدم صحة الأمر وأما العين فلأنه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند أبي حنيفة وينتقض البيع وهذا لأن الخلط عنده من جهته يجوز أن يكون مراده الدين إليه بالغين وعندهما هو بالخيار إن شاء نقض البيع وإن شاء شاركه في المخلوط لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما

لا يجوز قبض رب السلم بخلاف ما لو اشترى المسلم إليه حنطة مجازفة أو ملكها بإرث أو وصية أو وفاء رب السلم فكالمرة وتجوز به يكتفي بكيل واحد لأنه لم يوجد إلا عقد واحد يشترط الكيل وهو السلم ولو اشترى المعدود وعداه السلم في معدود فعلى الروايتين في وجوب إعادة العد في بيع المعدود وبعد شرائه عدا فإذا لم يكن سلما ولكن أقرضه فأمره بقبض الكر ولم يقل اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك فقبضه بإن الكيل مرة جاز لأن القرض إعارة ولهذا ينعقد بلفظ الإعارة وكان المردود عين المأخوذ مطلقا فلم تجتمع الصفقتان فلم يجب الكيلان لأن هذا الاعتبار في القرض لو لم يكن ثابتا لزم تملك الشيء بجنسه نسيئة أو التفرق بلا قبض فيه وهو ربوا ولهذا لا يلزم التأجيل في القرض لأنه بيع بجنسه نسيئة وكذا لو كان الدين الأول سلما فلما حل أقرض المسلم إليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه من المقرض فعل جاز لما ذكرنا وهذا لأن عقد القرض عقد مسامحة فلا يوجب الكيل بخلاف البيع بكيلة أو موازنة ولهذا لو استقرض من آخر حنطة على أنها عشرة أقفزة جاز له أن يتصرف فيها قبل الكيل **قوله** ومن أسلم في كر فأمر رب السلم المسلم إليه أن يكيله له في غرائر رب السلم والموضع موضع الإضمار فيها لكنه أظهره لدفع الالتباس فعل وهو أي رب السلم غائب لم يكن قضاء حتى لو هلك هلك من مال المسلم إليه والتقييد بغيبته لأنه لو كان فيها رب السلم حاضرا يصير قابضا بالاتفاق سواء كانت الغرائر له أو للبائع لأن الأمر بالكيل لم يصح لأنه لم يصادف ملك الآمر لأن حقه في الدين لا العين فصار المسلم إليه مستعيرا الغرائر منه جاعلا ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم فدفع الدائن إليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا هذا إذا لم يكن في غرائر رب السلم طعام بلا تردد فإن كان قيل لا يصير قابضا لما قررنا أن أمره غير معتبر في ملك الغير قال في المبسوط والأصح عندي أنه يصير قابضا لأن أمره بخلط طعام السلم بالطعام على وجه لا تمييز معتبر فيصير به قابضا وهو نظير ما سيذكر في كتاب الصرف فيمن دفع نصف درهم إلى صائغ وقال زد من عندك نصف درهم وضع لي بهما خاتما فعل جاز وصار بالخلط قابضا ولو كانت مشتراة غير مسلم فيها والمسألة بحالها أي دفع المشتري غرائره للبائع وأمره أن يكيل فيها ففعل بغيبته صار قابضا لأن الأمر صح ههنا لأنه ملك عين الحنطة بمجرد البيع فصادف أمره ملكه ونظيره ما لو أمره بطحن الحنطة المسلم فيها فطحنها المسلم إليه كان الدقيق للمسلم إليه فلو أخذ رب السلم الدقيق كان حراما لأنه استبدل بالمسلم فيه قبل قبضه ولو كانت مشتراة فأمر المشتري البائع أن يطحنها فطحنها كانت للمشتري فلو هلك الدقيق في الأول هلك من مال المسلم إليه يعود دين رب السلم عليه كما كان ولو هلك الدقيق في الثاني هلك من ملك المشتري وتقرر الثمن عليه ومثله إذا أمر رب السلم المسلم إليه أن يصبه في البحر ففعل كان من مال المسلم إليه ولو أمر المشتري البائع به كان قابضا فهلك من مال المشتري لما قلنا ولهذا يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لأنه نائب عنه في الكيل والوقوع في غرائر المشتري وقوله في الصحيح احتراز عما قيل لا يكتفي إلا بكيلين على ما مر قبل باب الربوا ولو كان في البيع أمر المشتري البائع أن يكيله في غرائر البائع ففعل بغيبته لم يصر قابضا لأنه استعار غرائره ولم يقبضه فلم تتم الإعارة لأنها لما كانت عقد تبرع لم تتم إلا بالقبض فلم تصر الغرائر في يده فكذا ما يقع فيه على تأويل الظرف ونحوه وصار كما لو أمر المشتري البائع أن يكيله ويفرغه في مكان في بيت البائع ففعل بغيبته لم يصر قابضا ولو اجتمع العين والدين بأن اشترى رب السلم من المسلم إليه كرا عينا بعد حلول السلم فأمره أن يكيل في غرائر المشتري كليهما ففعل بغيبته إذا بدأ بالكر العين ثم بالمسلم فيه صار المشتري قابضا لهما أما العين فلصحة الأمر فيه لأنه لا في ملكه وأما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة ولم يقبضها ثم أمر المقرض أن يزرعها في أرض المستقرض وكمن دفع إلى صائغ خاتما وأمره أن يزيد من عنده نصف دينار ففعل بغيبته لزمته الزيادة وتقرر به لها عليه لاتصال ملكه فيهما وإن بدأ من الدين فكالمرة بالغرائر لم يصر قابضا أما في الدين فعدم صحة الأمر لما قلنا وأما في العين فلأنه يخلطه مال المشتري بجنسه من مال نفسه يصير مستهلكا له في

قال ومن سلم جارية في كرحنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاكها لا تجوز الاقالة وان كان الصحة لا الاقالة تعتمد العقد وهو قيام المسلم فيه وقت الاقالة حال بقائه وهو ممكن اذا جاز انما اذا اعطى ان يبقى انتهاء والبقاء يعتمد الصحة فاذا فسد العقد فيه فيجب قيمته يوم القبض لانه ضمان بالغصب وهو الاصل فيه ولو اشترى جارية بالف درهم ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد هلاكها لا الاقالة لان المعقود عليه البيع اما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء فلا تبقى انتهاء ولا يدخل محله دين الثمن فيه حتى يصح الاقالة ويبقى دين هلاك احد البدلين من كل واحد منهما مبيع فيه قال ومن اسلم الى رجل دراهم في كرحنطة فقال المسلم اليه شرطت لك ردياً وقال رب السلم لم تشترط شيئاً فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره لصحة الاقالة لان المسلم فيه يربو على رأس المال فيكون انكاره انكار الصحة وهو ممكن اذا جاز انما اذا كان صاحبه منكراً وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة ويستقر المصير الوجه في تلك المسئلة التي تلي هذه ان شاء الله تعالى ولو قال المسلم اليه لم يكن فيه اجل وقال رب السلم كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره حقاً له وهو الاجل والفساد لعدم الاجل غير متيقن لامكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف وفيه عكسه القول لرب السلم عندهما لانه منكر حقاً عليه فيكون القول قوله وان انكر الصحة كوجوب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الاعشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي النصف الربح والقول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة

عند ابي حنيفة فينتقض البيع بهلاك المبيع قبل القبض لا يقال هذا الخلط ليس بتعد ليكون مستهلكاً لانا نقول هذا الوجه جواز كون مراده ان يفعل ذلك على وجه يصح وهو ان يبدأ بالعين وعندهما لما لم يكن استهلاكاً يصير المشتري بالخيار ان شاء نقض البيع بعيب الشركة وان شاء شاركه في المخلوط واورد ان صبغ الصباغ يتصل بالثوب ولا يصير مالكه قلنا اجيب بان المعقود عليه ثمة الفعل لا العين والفعل لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال **قوله** ومن اسلم جارية في كرحنطة حاصل هذه والتي بعدها الفرق من الاقالة في السلم والبيع بالثمن وبيع المقايضة ففي السلم تجوز الاقالة قبل هلاك الجارية وبعده ولان صحة الاقالة تعتمد قيام العقد وهو بقيام المبيع الى ان القبض ففي السلم المبيع قصد هو المسلم فيه فهلاك الجارية وعدمه لا يعدم الدين المسلم فيه فجازت الاقالة اذا ماتت قبل الاقالة او بعدها قبل القبض لقيام المعقود عليه وهو المسلم فيه واذا جازت الفسخ في الجارية بتمامه وجب ردها وقد عجز فرد قيمتها يوم القبض لان السبب الموجب للضمان كان فيه فصار كالغصب وفيما لو اشترى جارية بالف درهم مثلاً لا تجوز الاقالة بعد موتها وتبطل لو ماتت بعد الاقالة قبل القبض لان الجارية هي المعقود عليه في البيع فلا تصح الاقالة بعد موتها ولا تبقى على الصحة اذ هلكت بعدها ولو كان البيع مقايضة بان دفع الجارية في ثوب تبقى الاقالة بعد هلاكها اذا كان العوض آلة حرباً قياساً لان كلاً منهما مبيع من وجه **قوله** ومن اسلم الى رجل الخ الاصل في هذه المسائل انها اذا اختلفا في الصحة فان خرج كلام احدهما مخرج المتعنت وهو ان ينكر ما ينفعه كان باطلاً اتفاقاً والقول قول من يدعي الصحة وان خرج مخرج الحقيقة وهو ان ينكر ما يضره قال ابو حنيفة القول قول من يدعي الصحة ايضاً اذا اتفق على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر وقال القول قول المنكر ولو انكر الصحة اذا عرف هذا فقد عنينا الى المسائل اسلم الى رجل في كر فقال المسلم اليه شرطت لك ردياً وقال رب السلم لم يشترط شيئاً فالقول قول المسلم اليه بالاتفاق وهو قول الشافعي لان رب السلم متعنت لانه بانكار الصحة منكر ما ينفعه وهو المسلم فيه لانه على كل حال يربو على رأس المال في نقد او المسلم فيه نسيئة لان العقلاء قاطبة على اعطاء هذا العاجل بذاك الآجل ولولا انه يربو عليه وان كان آجلاً لم يطبق ارائهم عليه وكلام المتعنت مردود فبقي قول الآخر بلا معارض واما التوجيه بان الظاهر الصحة الخ فيخص ابا حنيفة بنسبته في غير هذا المحل والمراد هنا توجيه الاتفاق على ان القول للآخر وهما لا يقولان ان القول لمدعي الصحة وانما يعلل هنا بظهور ما في مباشرة العاقل وفي عكسه بان ادعى رب السلم شرط الردي وانكر المسلم اليه الشرط اصلاً لم يذكره محمد في الكتاب وقال اي المشايخ ما يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة رد وهو قول الشافعي لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكراً وكلامه خصومة وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة وسيقرر المصير الوجه في تلك المسئلة التي تلي هذه ولو قال المسلم اليه لم يكن فيه اجل وقال رب السلم فيه اجل فالقول قول رب السلم اي بالاتفاق وكذا في مقداره وهو قول الشافعي لان كلام المسلم اليه هنا تعنت لانه ينكر ما ينفعه وما هو حقه وهو الاجل لان الاجل لمن عليه المسلم اليه وهذا استحسان واورد عليه ينبغي ان يكون القول لمن يدعي الفساد لان السلم فيه لما كان في العادة يربو على رأس المال كان انكار المسلم اليه الصحة مخصوصة فلا يكون متعنتاً وهذا ايراد هو وجه القياس واجاب عنه المص بقوله والفساد بعدم الاجل ليس بيقيناً حتى يكون انكاره انكار الصحة لجواز زيادة المسلم فيه لان السلم الحال جائز عند بعض المجتهدين فلا يعتبر النفع في رد رأس المال لانه ليس بلازم قطعاً بخلاف عدم الوصف كالرداءة ونحوها على ما تقدم فانه لازم قطعاً للفساد وفي عكسه وهو ان يدعي المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقاً عليه وهو زيادة الربح الكائن في قيمة المسلم فيه على ما دخل فيه من رأس المال فصار كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الاعشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح وان القول لرب المال لانه ينكر استحقاق

وعند ابي حنيفة رح القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسئلة المضاربة ولانه ليس بلازم فلا يعتبر الاختلاف فيه فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح اما السلم فلازم فصار الاصل ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق ان خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وان انكر الصحة

زيادة الربح وان تضمن ذلك انكار الصحة ووقع في بعض النسخ نصف الربح وزيادة عشرة وهي غلط لان على هذا التقدير القول للمضارب ولان انكاره الزيادة على ذلك التقدير لا على هذا وعند ابي حنيفة القول للمسلم اليه وهو قول الشافعي لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا اذ الظاهر من حال المسلم الامتناع عن العقد الفاسد ولانه هو المفيد لتمام الغرض المقصود من مباشرته وهو ثبوت الملك على وجه لا يجب نقضه ورفعه شرعا ولان شرط الشيء تبع له فالاتفاق على صدور هذا العقد اتفاق على صدور شرطه فانكار الاجل انكار بعد الاقرار ظاهرا فلا يقبل وصار كما لو اختلف الزوجان في التزويج بشهود او بلا شهود فالقول لمن يدعيه بشهود بخلاف المضاربة لانه اي عقد المضاربة ليس بلازم ولهذا يمكن رب المال من عزله قبل شراء رأس المال وكذا المضارب له فسخه واذا كان غير لازم ارتفع باختلافهما واذا ارتفع بقي دعوى المضارب في استحقاق الربح ورب المال ينكر فالقول له واما السلم فعقد لازم فلا يرتفع بالاختلاف ذكان مدعي الفساد ومتناقضا ظاهرا كما ذكرنا ولان عقد المضاربة اذا صح كان شركة واذا فسد صار اجارة فلم يتفقا على عقد واحد فانه مدعي الفساد ومدعي الصحة يدعي اجارة ومدعي الشركة فكان اختلافهما في نوع العقد بخلاف السلم الحال وهو ما يدعيه منكر الاجل سلم فاسد لا عقد آخر ولهذا حنث به في يمينه لا سلم في شيء فقد اتفقا على عقد واحد واختلفا في صحته وفساده فالقول لمدعي الصحة واستشكل بما لو قال في المضاربة رب المال شرطت نصف الربح وزيادة عشرة فان القول للمضارب ولم يقل اختلفا في نوع العقد اجيب بان المضارب ادعى الصحة والشركة ورب المال اقر له بذلك بقوله شرطت لك نصف الربح ثم بقوله وزيادة عشرة عطفا عليه يدعي الفساد لان اول الكلام لا يتوقف على آخره بخلاف قوله الا عشرة بالاستثناء فانه يتوقف اوصدر الكلام مع الاستثناء كلام واحد قيل فيه نظر لان في الاصول فيما اذا زوجه الفضولي اختيره في عقدين فقال اجزت نكاح هذه وهذه يفسدان لانه توقف اوله على آخره لوجود المفسد في آخره وان كان بحرف العطف واورد ايضا ما اذا قال تزوجتك وانا صغير وقالت بل بعد بلوغك فالقول للزوج مع انه يدعي فساد العقد اجيب بانه ما اقر باصل العقد بل انكره حيث اسنده الى حال عدم الاهلية اعلم ان انكار الاجل على ثلاثة اوجه احدها في اصل الاجل وهي مسئلة الكتاب والثاني في مقدار الاجل والقول قول من يدعي الاقل مع يمينه فان قامت بينة لمدعي الاكثر قضينا بها وان قامت لكل منهما فالبينة بينة مثبتة الزيادة والثالث في مضي الاجل اذا قال رب السلم مضى الاجل المسمى وقال المسلم اليه لا فالقول قول المسلم اليه مع يمينه لانه ينكر توجه المطالبة عليه ومن اقام بينة يقضى له فان كان اقاما بينة فالبينة بينة المطلوب لانها تثبت زيادة الاجل هذا والاختلاف في مقدار الاجل لا يوجب التحالف عندنا خلافا لزفر لان ليس في المعقود عليه ولا في بدله بخلاف الاختلاف في الصحة يعني انه ما هو فانهما يتحالفان لان الوصف جار مجرى الاجل وفي الخلاصة اذا شرط في السلم الثوب الجيد فجاء بثوب وادعى انه جيد وانكر الطالب فالقاضي يرى اثنين من اهل تلك الصفة وهذا احوط والواحد يكفي فان قالا جيد اجبر على القبول واذا اختلفا في السلم تحالفا استحسانا يبدأ بيمين المطلوب عند ابي يوسف ثم رجع وقال بيمين الطالب وهو قول محمد وان قامت لاحدهما بينة قضي بها وان قامت لهما بينة قضي ببينة رب السلم واحد عند ابي يوسف والمسئلة على ثلثة اوجه لانه اسلم المال اما عينا او دينا وكل وجه على ثلثة اوجه اتفقا على رأس المال واختلفا في السلم فيه او على القلب او اختلفا فيهما فان كان رأس المال عينا واختلفا في المسلم فيه لا غير فقال الطالب هذا الثوب في كر حنطة وقال الآخر في نصف كر او في شعير او في الحنطة الرديئة واقاما بينة قضي ببينة رب السلم بالاجماع وان اختلفا في رأس المال فقال احدهما هذا الثوب وقال الآخر هذا العبد واتفقا في المسلم فيه انه الحنطة او اختلفا فقال احدهما هذا الثوب في كر حنطة

قال ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا ورفعة لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الحرز لان احادها تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما لانه عددي متقارب لا سيما اذا سمى الملبن **قال** وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة ولا بأس بالسلم في طست او قمقمة او خفين او نحو ذلك اذا كان يعرف لاجتماع شرائط السلم وان كان لا يعرف فلا خير فيه لانه دين مجهول

وقال الآخر هذا الثوب في كرشيز واقاما البينة قضى بالسلمين فمحمد مر على اصله وابو يوسف يقول كل يدعي عقدا غير ما يدعيه الآخر وان كان رأس المال دراهم او دنانير ان اتفقا في رأس المال واختلفا في السلم فيه واقاما البينة فالبينة لرب السلم ويقضى بسلم واحد عند ابي يوسف خلافا لمحمد وان كان الاختلاف على القلب فعلى هذا الخلاف ولو اختلفا فيهما فقال احدهما عشرة دراهم في كر حنطة وقال الآخر خمسة عشر في كر وقد ماتا فعند ابي يوسف تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر في كرين ولا يقضى بسلمين وعند محمد يقضى بسلمين عقد بخمسة عشر في كر وعقد بعشرة في كرين فلو ادعى احدهما ان رأس المال دراهم والآخر دنانير لم يذكر هذا وينبغي ان يقضى بسلمين كما في الثوبين وفيهما اسلم في ثوب وشرط الوسط فجاء بجيد وقال خذ هذا اردد دراهمي فعلى وجوه اما ان كان كيليا او وزنيا او ذرعيا ففي الكيلي فان اسلم في عشرة اقفزة فجاء باحد عشر فقال زدني درهما جاز لانه باع قفيزا بثمن معلوم ولو جاء بتسعة وقال خذ وارد عليك درهما فقبل جاز ايضا فانه اقاله في البعض فيجوز كما يجوز في الكيلي ولو جاء بحنطة اجود او ارداء فاعطى درهما لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز وقد بينا انه في الارداء والاجود انه يجوز بالاجماع اذا لم يكن معه شيء آخر وفي الثوب ان جاء بازيد بذراع فقال زدني درهما جاز وهو بيع ذراع بدرهم يمكن تسليمه بخلاف بيعه مفردا وكذا اذا اتى بالزيادة من حيث الوصف فانه يجوز عندهم وان جاء بالنقص فرد عليه درهما لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد لانه اقاله فيما لا يعلم حصته لان الذرع وصف وحصته مجهولة هذا اذا لم يبين لكل ذراع حصته فان بين جاز بلا خلاف وكذا لو جاء بالنقص وصفا لا يجوز ولو بازيد وصف جاز الكل في الاصل **قوله** ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا ورفعة لانه اسلم في معلوم والرفعة يراد بها قدر ولا خلاف في هذا بل في اشتراط وزنه اذا كان حريرا فان عند باقي الائمة الثلاثة لا يشترطونه والوجه بها ظاهر وكذا يجوز في البسط والاكسية والسروج والجوالق والبواري اذا بين الطول والعرض والصنعة وكل ما اختلفت قيمته بالثقل وخفته من الثياب عرفا كالوادي اشترط بيان وزنه ولو كان البيع ناجزا في المنتقى اذا باع ثوبي حرير يدا بيد لا يجوز الا وزنا بوزن وهذا هو الصحيح في السلم بخلاف البيع لان الاشارة يكتفى بتعريفها غاية الامر عدم معرفة ثقله وهو كعدم معرفة عدد وتفاوت الصبرة وهو غير مانع في الطول يذكر عدد الذراع ويجب ان يتوسط عند الذرع بين ارخاء الثوب ومده وان كانت الذراع مختلف الطول فلا بد من تعيينه الا ان يكون احدهما هو المتعارف واذا دخل ثياب الحرير الوزن لزم ان لا يجوز بيعها بجنسها جزافا فكذا ذكر القدوري ان بيع ثوب خز بثوب خز يدا بيد لا يجوز الا وزنا كما في الصغير **قوله** ولا يجوز السلم في الجواهر بلا خلاف الا لمالك وفي الخرز لان آحادها تتفاوت تفاوتا فاحشا في المالية فان جوهرتين قد تتحدان وزنا تختلفان في قيمته باعتبار حسن الهيئة اللهم الا في الصغار التي تدق للكحل والتداوي فيجوز وزنا ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما لانه عددي متقارب اذا سمى الملبن وقوله لا سيما اذا سمى الخ يعطي انه متقارب فلا تشترط تسمية الملبن بل اذا سمى يكون احسن وليس كذلك بل يتفاوت تفاوتا فاحشا وذكر بعضهم انه لا يجوز بيع مائة آجرة من اتون وفي عرف بلادنا يسمونه تمغيا او قمير او هو الذي يبنى للشوي فيه الآجر والجاري العمل جبر الانه يتفاوت في النضج تفاوتا فاحشا فلا يجوز بيعه والتحفا في السلم لتفاوت المتقارب **قوله** وكل ما امكن ضبط صفته الخ لا خلاف فيه كالقطن والكتان والابريسم والنحاس والتبر والحديد والرصاص والصفر والخام والوسمة والرياحين اليابسة والجزوع اذا بين طولا وعرضا وغلظا والقصب والصوف والاخشاب ويجوز السلم في التبن كيلا بالغرائر وقيل هو موزون وقيل يعتبر التعارف وفي عرفنا كيله في شباك الليف يسمونه اهل العرف شنيفا **قوله** ولا بأس بالسلم في طست او قمقمة وخفين او نحو ذلك كالكوز والاناء من النحاس والزجاج والحديد والقلنسوة والطواجن اذا ضبط واستقصى في صفته من الغلظ

قال ان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا للاجماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة
ولعدم الغرر يقدر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا عنه لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز ويتعين الا بالاختيار حتى
لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح قال وهو بالخيار اذا رآه والشاء تركه لانه اشترى شيئا لم يره ولا خيار للصانع كذا
ذكره في المبسوط وهو الاصح لانه باع ما لم يره وعن ابي حنيفة رح ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم غيره وعن
ابي يوسف رح انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما
لا تعامل فيه للناس كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم واما قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل فيما
فيه تعامل يصير سلما عند ابي حنيفة رح خلافا لهما ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قصده وعمل الاجل على التعجيل
مما لا تعامل فيه لان ذلك استصناع فاسد فيحمل على السلم تصحيحا وله ان حقيقته دين يحتمل السلم وجواز السلم بالاجماع لا بحقيقة فيه وانما الصحيح استصناع لو بحقيقته لان الحمل على السلم

مسائل منثورة

قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف رح انه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به

والسعة والضيق بحيث ينحصر فلا يتفاوت الا يسيرا قوله وان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا الاستصناع طلب الصنعة وهو ان
يقول لصانع خف او مكعب او اواني الصفر اصنع لي خفا طوله كذا وسعته كذا او دستقا اي برمة تسع كذا وزنها كذا على هيئة كذا بكذا ويعطي الثمن المسمى
او لا يعطي شيئا فينعقد الآخر معه جاز استحسانا بيعا للعين والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي اذ لا يمكن اجارة لانه استيجار على العمل في ملك الآخر
وذلك لا يجوز كما لو قال احمل طعامك من هذا المكان الى مكان كذا بكذا واصبغ ثوبك احمر بكذا الا يصح ولا بيعا لانه بيع معدوم ولو كان موجودا
مملوكا لغير العاقد لم يجز فاذا كان معدوما فهو اولى بعدم الجواز ولكنا جوزناه استحسانا لتعامل الراجع الى الاجماع العملي من لدن رسول الله صلى الله
عليه وسلم الى اليوم بلا نكير والتعامل بهذه الصفة اصل مندرج في قوله صلى الله عليه وسلم لا تجتمع امتي على ضلالة وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه
وسلم خاتما واحتجم صلى الله عليه وسلم واعطى الحجام مع ان مقدار عمل الحجامة وعدد كرات وضع المحاجم ومصها غير لازم عند احد ومثله شرب الماء من
وسمع صلى الله عليه وسلم بوجود الحمام فاباحه بغير شرط ولم يبين له شرطا وتعامل الناس فيه بدخوله من لدن الصحابة والتابعين على هذا الوجه الى الآن وهو
ان لا يذكر عدد ما يصبه من الماء الطاسة ونحوها فقصرنا وعلى ما فيه تعامل الناس وفيما لا تعامل فيه رجعنا فيه الى القياس كان يستصنع حائكا او خياطا لينسج له او
يخيط قميصا بغزل نفسه ثم اختلف انه مواعدة او معاقدة فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المنثور يقولون انما ينعقد عند الفراغ بالتعاطي
ولهذا كان للصانع ان لا يعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم وللمستصنع ان لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه ولا تلزم المعاملة وكذا المزارعة على قول ابي حنيفة رح
لفسادهما مع التعامل لثبوت الخلاف فيهما في الصدر الاول وهذا كان على الاتفاق والصحيح من المذهب جوازه بيعا لان محمدا ذكر فيه القياس
والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة ولانه جوزه فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه ولو كان مواعدة جاز في الكل وسماه شراء فقال اذا
رآه المستصنع فهو بالخيار لانه اشترى ما لم يره ولان الصانع يملك الدراهم بقبضها ولو كانت مواعدة لم يملكها واثبات ابي اليسر الخيار لكل منهما
لا يدل على انه غير بيع الا ترى ان في بيع المقايضة لو لم يكن لكل منهما عين الآخر كان لكل منهما الخيار وحين جزم جوازه علمنا ان الشارع اعتبر فيها المعدوم
موجودا وهو في الشرع كثير كذلك اجارة المستحاضة وتسمية الذبح اذا سمى بالرحمن بالدين الموعود وقراءة الماموم وقوله والمعقود عليه العين دون العمل
نفي لقول ابي سعيد البردعي المعقود عليه العمل لان الاستصناع نهي عنه كما قلنا والاديم والصرم بمنزلة الصبغ والدليل عليه ما ذكرناه من قول
محمد لانه اشترى ما لم يره وكذا لو جاء به مفروغا لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز وانما يبطله موت الصانع بشبهه بالاجارة وفي الذخيرة
هو اجارة ابتداء بيع انتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل انهم قالوا اذا مات الصانع يبطل ولا يستوفي المصنوع من تركته ذكره محمد في كتاب البيوع
فان قيل لو انعقد اجارة اجبر الصانع على العمل والمستصنع على اعطاء المسمى اجيب بانه انما لم يجبر الصانع لانه لا يمكن الا باتلاف عين له من قطع
الاديم ونحوه والاجارة تفسخ بهذا القدر الا ترى ان المزارع له ان لا يعمل اذا كان البذر من جهته وكذا رب الارض لانه لا يمكنه المضي بهذه الاجارة
الا بذلك والمستصنع ولو شرط تعجيله لان هذه الاجارة في الآخرة شراء ما لم يره ولان جواز الاستصناع للحاجة وهي في الجواز لا للزوم ولذا
قلنا للصانع ان يبيع المصنوع قبل ان يراه المستصنع لان العقد غير لازم وما بعد ما رآه فالاصح انه لا خيار للصانع بل اذا قبله المستصنع اجبر على دفعه
كانه بالاجارة تمام مسائل منثورة فيما يجوز بيعه من السباع وما لا يجوز المسائل التي تشذ عن الابواب المتقدمة لم تذكر فيها اذا استدركت سميت مسائل منثورة اي عن ابوابها
قوله ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وكذا اطلق في الاصل فمشى بعضهم على اطلاقه كالقدوري وفي نوادر هشام عن محمد نص على

وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب لانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتفيا ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية

بيع الكلب العقور وتضمين من قتله قيمته وروى الفضل بن غانم عن ابي يوسف نصه على منع بيع العقور وعلى هذا مشى في المبسوط فقال يجوز بيع الكلب اذا كان بحال يقبل التعليم ونقل من النوادر انه يجوز بيع الجرو لانه يقبل التعليم وانما لا يجوز بيع الكلب العقور الذي لا يقبل التعليم وقال هذا هو الصحيح من المذهب قال كهذا نقول في الاسد اذا كان يقبل التعليم ويصطاد به يجوز بيعه وان كان لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز قال والفهد والبازي يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى فعلى هذا ينبغي ان لا يجوز بيع النمر بحال لانه لشره لا يقبل تعليما وفي بيع القرد روايتان عن ابي حنيفة ورواية الحسن الجواز ورواية ابي يوسف بالمنع وقال ابو يوسف اكره بيعه لانه لا منفعة له انما هو للهو وهذه جهة محرمة ووجه رواية الجواز انه يمكن الانتفاع بجلده وهذا هو وجه رواية الجواز انه يمكن الانتفاع بجلده وهذا هو وجه رواية اطلاق بيع الكلب والسباع فانه مبني على ان كلما يمكن الانتفاع بجلده او عظمه يجوز بيعه ويجوز بيع الهرة لانها تصطاد الفار والهوام المؤذية فهي منتفع بها ولا يجوز بيع هوام الارض كالحيات والعقارب والفارة والوزغ والقنافذ والضب ولا هوام البحر كالضفدع والسرطان وذكر ابو الليث انه يجوز بيع الحيات اذا كان ينتفع بها وان لم ينتفع فلا يجوز ويجوز بيع الدهن النجس لانه ينتفع به للاستصباح فهو كالسرقين اما العذرة فلا ينتفع بها وان لم ينتفع بها الا اذا خلطت بالتراب فلا يجوز بيعها الا تبعا بالتراب المخلوط بخلاف الدم المسفوح فان بيعه ممتنع مطلقا وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب مطلقا سواء كان للصيد او لم يكن واما اقتناء للصيد وحراسة الماشية والبيت والزرع فيجوز بالاجماع لكن لا ينبغي ان يتخذه في داره الا ان خاف لصوصا او اعداء للحديث الصحيح من اقتنى كلبا الا كلب صيد او ماشية نقص من اجره كل يوم قيراطان وجه قوله ما روى ابن حبان في صحيحه عن حماد بن سلمة عن قيس بن سعد عن عطاء بن ابي رباح عن ابي هريرة رض ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان مهر البغي وثمن الكلب وكسب الحجام من السحت اخرجه الدارقطني بسندين فيهما ضعف وفي الصحيحين عن ابن مسعود رض والانصاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن وفي صحيح مسلم عن جابر رض ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب لانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل والبيع برفعته فلا يجتمعان وعارضه المصنف بوجهين احدهما انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية وهو غريب بهذا اللفظ نعم اخرج الترمذي عن ابي هريرة رض قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب الا كلب صيد وضعفه الترمذي قال وقد روي ايضا عن جابر رض مرفوعا ولا يصح اسناده والاحاديث الصحيحة ليس فيها هذا الاستثناء لكن روى ابو حنيفة رح في مسنده عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس رض قال رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمن كلب الصيد وهذا سند جيد فان الهيثم ذكره ابن حبان في الثقات من اثبات التابعين فهذا الحديث على رأيهم يصلح مخصصا والمخصص بالرأي للعام او للعام فيجوز وان كان دونه في القوة عندهم حتى اجازوا تخصيص العام القاطع بخبر الواحد ابتداء فبطل مدعاهم من عموم منع البيع ثم دليل التخصيص مما يعلل فيخرج من العام مرة اخرى وتعليل اخراج كلب الصيد ساقط لكونه منتفعا به وخصوص الاصطياد ملغى اذ لا يظهر موجب لذلك فصار كل كلب منتفع به خارجا سواء انتفع به في صيد او حراسة ماشية وخرج العقور ومن مشى من اهل المذهب ليس دليلا على المذهب بل ذكره لنفي مذهب الخصم اعني شمول المنع فيحتاج بعده الى دليل المذهب على التعميم في جواز بيع الكلب لقول كل كلب تتاتى منه الحراسة فيجوز بيع الكل ويرد عليه انه نسخ لموجب العام بالتعليل والنسخ القياس قالوا وجه ان يعلل دليل التخصيص بنفع لا تربو عليه مفسدة ويدعى في العقور ان مفسدته تربو على منفعة حراسته لان منفعته خاصة يقترن بها ضرر عام للناس فيخرج ما سواه وتصريح بعض الشارحين انظره على الحديث فحكم بانه ليس الا الوجه الثاني وعلى تقريرنا يتم الاول ايضا وقد استدل في الاسرار وغيره من الشروح على عموم بيع الكلب بان عبد الله بن عمرو بن العاص روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه مضى في

ولانه ينتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام الموذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلنا عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين وسلم فيحرم التناول دون البيع **قال** ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عليه السلام فيه ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه

في كلب بار بعين درهما ولم يخصص نوعا من انواع الكلاب وهذا الحديث اولا لا يعرف الا موقوفا حدث به الطحاوي عن يونس وهو ابن عبد الاعلى عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو انه قضى في كلب صيد قتله رجل بار بعين درهما وقضى في كل كلب ماشية بكبش وثانيا هو واقعة حال لا توجب العموم في انواع الكلاب ومجملها ودليلا على العموم خطأ ظاهر ثانيهما هو قوله فانه ينتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا يجوز مالا مملوكا متقوما اما كونه مالا فلان المال اسم لغير الآدمي خلق لمنفعة المطلقة شرعا وهو كذلك فكان مالا واما انه مملوك متقوم فلانه محرز مادون شرعا في الانتفاع به والملك يثبت بالاحراز بدار الاسلام والتقوم بالتمول وكلاهما ماذون فيه شرعا اذ قد اذن الشارع في اقتناء كلب الماشية والصيد واذا كان كذلك جاز بيعه ولا يخفى ان هذا المعنى لا يترجح على النص الصريح الصحيح غاية ما في الباب ان يسلم انه مال محرز متقوم لكن ثبت منع الشرع من بيع هذا النوع من المال فاجاب المص بادعاء نسخ المنع من ذلك وذلك لما قلنا اول الكتاب من ان الامر بقتل الكلاب كان امرا حقيقيا في الاول من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم علم نسخ ذلك برواية ترك قتلها على ما حدث الطحاوي عن ابي بكرة قال حدثنا سعيد بن عامر قال ثنا شعبة عن ابي التياح عن مطرف بن عبد الله بن الشخير قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل الكلاب ثم قال ما بال الكلاب ثم رخص في كلب الصيد وفي كلب آخر ثنا سعيد وبهذا المعنى طرق كثيرة وجب حمل ما روي من التشديد في شعورها والنهي عن ثمنها وبيعها ثم الترخيص في بيع النوع الذي اذن في اقتنائه الاول على الحالة الاولى والثانية على الثانية فكان منع البيع على العموم منسوخا باطلاق بيع البعض بالضرورة فاجاب ان قوله نجس العين بالمنع بدليل اطلاق الانتفاع به وقال ولو سلم نجاسة عينيه توجب حرمة اكل لا منع بيعه بل منع البيع يمنع الانتفاع شرعا ولهذا اجزنا بيع السرقين والبقر مع نجاسة عينيهما لاطلاق الانتفاع بهما عندنا بخلاف العذرة لم يطلق الانتفاع بها فمنع بيعها وان ثبت شرعا اطلاق الانتفاع مخلوطة بالتراب ولو بالاستهلاك كالاستصباح بالزيت النجس كما قيل جاز بيع ذلك التراب الذي في ضمنه وبه قال مشائخنا وانما امتنع بيع الخمر لنص خاص في منع بيعها وهو قوله صلى الله عليه وسلم فيما اخرج مسلم عن عبد الله بن وعلة قال سألت ابن عباس رضي الله عنه عما يعصر من العنب فقال ابن عباس رضي الله عنه ان رجلا اهدى الى النبي صلى الله عليه وسلم راوية خمر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل علمت ان الله حرمها قال لا فقال لرجل اسر اليه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بم ساررته قال امرته ببيعها فقال ان الذي حرم شربها حرم بيعها قال ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها واخرج البخاري عن جابر انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح انه يقول وهو بمكة ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقيل يا رسول الله ارأيت شحوم الميتة فانه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس قال لا هو حرام ثم قال قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها واكلوا اثمانها هذا تمام شرح المسئلة المذكورة بعد هذه المسئلة وقوله وقد ذكرناه يعني في باب البيع الفاسد ويقوم اشكاله على جواز بيع السرقين اللهم الا ان يقال ان لا شك انه لا بد من تقدير في نحو حرمة الخمر فانا بينا في الاصول ان التحريم المضاف الى الاعيان تقدر اضافته الى ما هو المقصود من ذلك العين كالشرب من الخمر والاكل من الميتة واللبس من الحرير فقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ان الله اذا حرم شيئا يعني اذا حرم ما هو المقصود من الشيء حرم بيعه واكل ثمنه كالمقصود من الخمر والمقصود من الميتة والخنزير وهو الاكل والشرب وليس هذا الحديث في السرقين فلم يثبت فيه تحريم البيع فان قال النجاسة سبب قلنا ممنوع فيحتاج الى دليل آخر اما هذا الحديث فانما يفيد ان تحريم ما هو المقصود من الشيء موجب لتحريم بيعه

قال وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله عليه السلام في ذلك الحديث فاعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولأنهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال إلا في الخمر والخنزير خاصة فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لأنها أموال في اعتقادهم ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون وإن دل عليه قول عمر ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها قال

ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بألف درهم علي أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف ففعل فهو جائز ويأخذ الألف من المشتري والخمسمائة من الضامن وإن كان لم يقل من الثمن جاز البيع بألف درهم ولا شيء على الضامن وأصله أن الزيادة على الثمن والثمن جائز عندنا وتلتحق بأصل العقد خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لأنه تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه عينا أو خاسرا أو رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئا بأن زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الأجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة فإذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح وإذا لم يقل لم يوجد فلم يصح

قوله وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين يجوز لهم منها ما يجوز للمسلمين ويمتنع عليهم ما يمتنع عليهم لأنهم مكلفون بموجب البياعات والتصرفات محتاجون إلى مباشرتها وقد التزموا أحكامنا بالإقامة في دارنا وإعطاء الجزية فلا يجوز منهم بيع درهم بدرهمين فيما بينهم ولا سلم في حيوان ولا نسيئة في صرف وكذا كل ما يكال ويوزن هم في البيوع كالمسلمين إلا الخمر والخنزير فإنا نجيز بيع بعضهم بعضا لخصوصه فيه من قول عمر أخرجه أبو يوسف في كتاب الخراج من إسرائيل عن إبراهيم عن عبد الأعلى قال سمعت سويد بن غفلة يقول حضر عمر بن الخطاب واجتمع إليه عماله فقال يا هؤلاء إنه بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال أجل إنهم يفعلون ذلك فقال فلا تفعلوا ولكن ولوا أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم ولا يجوز فيما بينهم بيع الميتة والدم والحديث الذي ذكره المصنف في ذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ما لم يسرف

قوله ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بألف درهم علي أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف فقال بعت فهو جائز وهو جواب للكل سواء كان قول الضامن بل ذلك بعد مساومة بين فلان وسيد العبد بالألف وإباه أو ابتداء قال في بعض الشروح ويكون البيع بعده دلالة على القبول لأنه امتثال لذلك كقول الرجل لامرأته طلقي نفسك إن شئت فقال طلقت يجعل قبولا استحسانا فكذا هذا وفي بعضها ما يفيد أنه إيجاب فإنه قال ولو لم يكن إباء ولا مساومة وحصل إيجاب العقد عقيب ضمان الرجل كان كذلك وهذا هو الصواب لأن قوله بع عبدك أمر ومقتضى الأمر لا يكون في البيع إيجابا على ما مر من أنه لو قال بعني هذا بكذا فقال بعت لا ينعقد حتى يقبل الآخر بعده بخلاف طلقي نفسك في التفويض وفي الخلع فلا بد أن المشتري يقول بعد بعت من البائع اشتريت أو معناه على ما سلف هناك ولو لم يقل عن الثمن فباع جاز البيع بألف فقط لأنه إذا قال من الثمن فقد أضاف التزامه زيادة خمسمائة في الثمن إلى بيعه والزيادة في الثمن جائزة عندنا خلافا لزفر والشافعي والضمان جائز إلا أنه فقد وجد المقتضي للزوم بلا مانع وإذا لم يقل من الثمن لم يلتزم الخمسمائة من الثمن بل التزم ما لا يعطيه إياه أن يأخذه بالألف وهذه رشوة إذا لم يقابل بالمبيع حيث لم يقل من الثمن فينعقد بألف فقط ثم في الأول إن كان بأمر المشتري كان له أن يحبس المبيع حتى يأخذ الخمسمائة من الضامن لأن المبيع على المشتري صار بألف وخمسمائة وللمشتري أن يربح على ألف وخمسمائة ولو كان دارا لها شفيع أخذها بألف وخمسمائة ولو رد بعيب أو تقايلا فالبائع يرد الألف على المشتري والخمسمائة على الضامن ولو كان بغير أمره لم تثبت الزيادة في حق المشتري فله أن يحبس المبيع على الخمسمائة ويربح على ألف ويأخذها الشفيع بألف ولو تقايلا أو رده بعيب أو تقايلا البيع فلا جنبي أن يسترد الخمسمائة فإن قيل ينبغي أن لا يصح هذا لأن الشراء على أن الثمن على الأجنبي لا يجوز فكذا على أن يكون بعضه عليه أجاب الكرخي بمنع كون الشراء على أن الثمن على الأجنبي لا يجوز إذ لا رواية فيه عن أصحابنا وتعقبه الرازي بأن محمدا نص على أنه إذا اشترى بدين له على غير البائع لا يجوز لأنه شرط في البيع كون تسليم الثمن على المشتري فالأولى أن لا يجوز إذا كان أصله الثمن على المشتري ثم اختار أن القياس أن لا يجوز ولكنا تركناه بمعنى حديث أبي قتادة في الذي امتنع النبي صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه لدين الذي عليه فالتزمه أبو قتادة وصلى عليه فقد التزم دينا لا في مقابلة شيء يحصل للملتزم وهذه الزيادة من الأجنبي كذلك إذ لم يحصل للأجنبي في مقابلتها شيء ودفع بأنه لو كان بالنظر إلى مقتضى الحديث لزم جواز اشتراط كل الثمن على الأجنبي ولا يجوز عن ذلك فالجواب هو ما ذكره المصنف أن هذه الزيادة لها شبه ببدل الخلع حيث لم يكن في مقابلة شيء يسلم للملتزم ببدل الخلع يجوز اشتراطه على الأجنبي وقد يقال هذا التعليل قاصر فإن الزيادة كما تكون لا في مقابلة شيء وجودها في مقابلة شيء أكثر أحوال العقد فإن أحوال الأئمة كونه خاسرا أو رابحا أو عدلا وكونها لا في مقابلة شيء

قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر وهذا قبض لان وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله وان لم يطأها فليس بقبض والقياس ان يصير قابضا لانه تعييب حكمي يعتبر بالتعييب الحقيقي وجه الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضا وكذلك الحكمي فافترقا **قال** ومن اشترى عبدا فغاب والعبد في يد البائع واقام البائع البينة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع فيه ابطال حق المشتري وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفى الثمن لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي اقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاء حق المشتري ببيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك المشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو ايضا فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه واذا حضر الآخر يأخذ نصيبه حتى يشاركه الثمن

في وجه من الثلاثة وهو كونه راجحا فلا يجوز اعتبار الاقل بل الواجب اعتبار الحال الاغلب في المشابهة خصوصا اذا كان مبنى عليها حكم شرعي فالاولى ما قيل ان الزيادة تثبت تبعا فجاز ان تثبت على الغير بخلاف اصل الثمن الثابت مقصودا فان قيل لو ثبت الزيادة ثمنا والاجنبي ضامن بها لزم جواز مطالبة المشتري بها كالكفيل قلنا لا يلزم من صحة الكفالة توجه المطالبة على الاصيل الا ترى ان من قال لزيد على فلان الف درهم انا كفيل بها فانكر فلان طولب الكفيل بها دون فلان فجاز هنا كذلك وذلك لان المشتري لم يلتزمها انما التزم هذا القدر من الثمن الاجنبي والحكم لا يثبت بلا سبب **قوله** ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز ووطء الزوج قبض من المشتري خلافا للائمة الثلاثة اما الاول فلوجود سبب ولاية الانكاح على الامة وهو ملك الرقبة على الكمال بخلاف ما لو ملكها لا على الكمال كما في ملك نصفها لا يملك التزويج به وانما جاز انكاحها قبل القبض ولم يجز بيعها قبله لان البيع يفسد بالغرر دون النكاح وفي البيع قبل القبض احتمال الانفساخ بالهلاك قبل القبض والنكاح لا ينفسخ بهلاك المعقود عليه اعني المرأة قبل القبض ولان القدرة على التسليم شرط في البيع وذلك انما يكون بعد القبض وليس بشرط لصحة النكاح الا ترى ان بيع الابق لا يصح وتزويج الابقة يجوز وحاصل هذا انه تعليل النهي عن البيع قبل القبض واذا كان كذلك لم يكن الوارد في منع البيع قبل القبض واردا في النكاح قبل القبض لثبوت بدلالته واما الثاني فلان وطء الزوج حصل بتسليط من المشتري فصار فعله كفعل المشتري ولو وطئها المشتري كان قابضا فكذا الزوج ولو لم يطأها الزوج لا يكون المشتري قابضا استحسانا حتى لو هلكت بعد التزويج قبل الوطء هلكت من مال البائع والقياس بان يصير قابضا بالمهر والتزويج وهو رواية عن ابي يوسف حتى اذا هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشتري لان التزويج تعييب للمبيع ولذا يثبت خيار الرد اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج والمشتري اذا عيب المبيع يصير قابضا وجه الاستحسان انه لم يستقل بها فعل حسي من المشتري والتزويج تعييب حكمي بمعنى تقليل الرغبات فيها فكان كنقصان السعر وكان الاقرار منه عليها بدين والمشتري اذا اقر بدين على العبد المبيع لا يصير بذلك قابضا فكذا بالمهر والتزويج بخلاف الفعل الحسي كان تقاعيها مثلا لو قطع يدها فانه انما يصير به قابضا لما فيه من الاستيلاء على المحل واشكل على هذا الاعتاق والتدبير فانه يصير بهما قابضا وليس باستيلاء على المحل بفعل حسي والجواب انما قلنا ذلك فيما يكون نفس الفعل قبضا والمعنى ان الفعل الذي يكون قبضا الفعل الحسي الذي يحصل الاستيلاء والقبض الحاصل بالعتق ضروري ليس مما نحن فيه وذلك انه انهاء للملك ومن ضرورة انهاء الملك كونه قابضا والتدبير من وادي العتق به يثبت حق الحرية للمدبر ويثبت الولاء اذا صح النكاح قبل القبض فلو انتقض البيع بطل النكاح في قول ابي يوسف خلافا لمحمد قال الصدر الشهيد والمختار قول ابي يوسف لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل فصار كان لم يكن فكان النكاح باطلا وقيد القاضي الامام ابو بكر بطلان النكاح ومن اشترى ببطلان البيع قبل القبض بما اذا لم يكن بالموت حتى لو ماتت الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح فان بطل البيع **قوله** ومن اشترى عبدا فغاب قبل القبض وفقد الثمن فاقام البائع البينة انه باعه اياه ولم يقبض الثمن فان كانت غيبته المشتري غيبة معروفة لم يبعه القاضي في دين البائع لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع فيكون ابطالا لحق المشتري في العين المبيعة من غير ضرورة وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفى الثمن نصب الثمن مفعولا ثانيا لبيع وقوله وان لم يدر اين هو يبين ان الغيبة المعروفة ان يعلم اين هو وقول المص في تعليل بيع القاضي لان ملك المشتري ظهر باقراره يعني باقرار البائع فيظهر على الوجه الذي اقر به وهو كونه مشغولا بحقه يبين ان البيع من القاضي ليس بهذه البينة لانها لا تقام لاثبات الدين على الغائب فما هي الا كشف الحال لبيعه القاضي

وهو قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان منتظرا عما ادى عن صاحبه لانه
قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه
الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان
له الحبس عنه الى ان يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه **قال** ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما
نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية
بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما

الى البيع نظرا للغائب لا يثبت الدين عليه فانه لو لم يقبلها لم يجبر الى ذلك فاذا تعذر استيفاؤه والغرض انه احق بماليته هذا العبد لانه كان مستحقا
اي استيفاء الثمن حتى لو مات المشتري مفلسا كان البائع احق بماليته من سائر الغرماء كالمرتهن اذا مات الراهن فانه احق من سائر الغرماء بقيمته
القاضي على بيعه بخلاف ما بعد قبض المبيع لان حقه اي حق البائع لم يبق متعلقا به بل هو دين في ذمة المشتري والبينة حينئذ لاثبات الدين
ولا يثبت دين على غائب فلا يتمكن القاضي من البيع وقضاء الدين وهذا طريق الامام السرخسي وتقرير شيخ الاسلام يشير بخلافه حيث قال القياس ان
لا تقبل هذه البينة لانها على اثبات حق على الغائب وليس ثم خصم حاضر لا قصدي ولا حكمي فهو كمن اقامها على غائب لا يعرف مكانه لا تقبل وان كان
لا يصل الى حقه وفي الاستحسان تقبل لان البائع عجز عن الوصول الى الثمن وعن الانتفاع بالمبيع واحتاج الى ان يتوثق عليه الى ان يحضر المشتري
ويجازيه النفقة عن الثمن والقاضي ناظر لاحيا وحقوق الناس فكان للقاضي ان يقبلها بدفع البلية بخلاف ما لو اقامها ليثبت حقا على الغائب ليتمكن
شيئا من يده لا يقبلها ولا اجماع في مثله لدفع البلية عن البائع وليس فيه ازالة يد الغاصب عما في يده لان البائع يستوفي حقه مما في يده واورد عليه انه
يستلزم بيع المنقول قبل القبض اجيب بان من المشائخ من قال نصيب القاضي من يقبضه ثم يبيعه وقال آخرون لا يحتاج الى ذلك لان هذا البيع
يثبت ضمنا لانه غير مقصود بل المقصود النظر للبائع باحياء حقه والبيع ضمن له هذا اذا كان المشتري واحدا فغاب فلو كان المشتري اثنين فغاب
احدهما قبل اعطاء الثمن فالحاضر لا يملك قبض نصيبه الا بنقد جميع الثمن بالاتفاق فلو نقد واختلفوا في مواضع الاول هل يجبر البائع على قبول حصة الغائب
عند ابي يوسف لا وعند ابي حنيفة ومحمد رح يجبر والثاني انه لو قيل بل يجبر على التسليم نصيب الغائب للحاضر عند ابي يوسف لا بل لا يقبض الا نصيبه
على وجه المهايأة وعندهما يجبر والثالث لو قبض الحاضر العبد هل يرجع على الغائب بما نقده عند ابي يوسف لا وعندهما يرجع وللحاضر حبس نصيب الغائب اذا حضر
حتى يعطيه ما تقدم عند وجه ابي يوسف ان الحاضر قضى دين الغائب بغير امره فكان متبرعا فلا يرجع واذا لم يكن له الرجوع لم يكن له قبض حصته لانه اجنبي
عنها ولهما انه مضطر فيه اي في دفع حصة الغائب لانه لا يمكنه الانتفاع بملكه الا باداء الجميع لان البيع الصادر اليهما من البائع صفقة واحدة والمضطر
يرجع وله حق الحبس وصار كمعير الرهن اذا افلس الراهن وهو المستعير اذا غاب فان المعير اذا افتكه بدفع الدين رجع على الراهن لانه مضطر فيه وكان
كصاحب العلو اذا سقط لسقوط السفل كان له ان يبني السفل اذا لم يبنه مالكه بغير امره ليتوصل به الى بناء علوه ثم يرجع عليه ولا يمكنه من دخوله ما لم يعطه
ما صرفه غير انه في مسئلة السفل لا يفترق الحال بين كون صاحبه غائبا او حاضرا وفي مسئلتنا لا يثبت له حق الرجوع الا اذا كان غائبا لانه اذا كان
حاضرا لا يكون مضطرا في ايفاء الكل اذ يمكنه ان يخاصمه الى القاضي في ان ينفذ حصته ليقبض نصيبه بخلاف مسئلة السفل فان صاحب العلو لو خاصمه
في ان يبني السفل لا يقضى عليه ببنائه فكان مضطرا حال حضوره كغيبته وله اي للحاضر مثل صورة حضوره حبس في عدم الاضطرار ما لو استأجر رجلان دارا
فغاب احدهما قبل نقد الاجرة فنقد الحاضر جميعها يكون متبرعا لانه غير مضطر في نقد حصة الغائب اذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة ذكره التمرتاشي
واذا ثبت حق الحبس في مسئلتنا للحاضر فله حبسه الى ان يستوفي الكل ولو بقي درهم كالوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من مال نفسه له ان يحبس المبيع عن الموكل
الى ان يعطيه جميع الثمن **قوله** ومن اشترى جارية الخ صورتها ان تقول اشتريت هذه الجارية بالف مثقال ذهب وفضة او يقول البائع بعتك
هذه الخ ولفظ الجامع في رجل يقول للرجل بعتك هذه الجارية بالف مثقال ذهب جيد وفضة قال بهما نصفان خمسمائة مثقال ذهبا وخمسمائة مثقال فضة
ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها بخلاف ما لو قال بالف من الدراهم والدنانير لا يحتاج الى بيان الصفة وتنصرف الى الجياد وعرف

قال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعى كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له **قال** واذا افرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تلبس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض لانه اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه وصاحب الارض لم يعد رهنه لذلك فصار كنصب شبكة للاصطياد كما اذا دخل الصيد دارا او وقع ما نثر من السكر او الدراهم في ثيابه لم يكن له ملكه ما لم يلفه

من هذه العبارة ان البيع ينعقد بلفظ المضارع ولو احتمل العدة اذا اريد به الحال وقيل بل هذه العبارة مساوية والمعنى انه اذا قال له ذلك ثم بانه على الوجه يثبت الانقسام وفيه ان اضافة المثقال الى الذهب ثم عطف الفضة عليه مرسلا يوجب كون الفضة ايضا مضافا اليها المثقال ويفيد وهم ان يفيد بجهالة الفضة لان المثقال غلب في الذهب فتصير الفضة مرسلة عن قيد الوزن بل ينصرف اليهما وكذا صفة الجودة لان العطف يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المتعاطفين فالمثقال المتقدم ضرب الذهب والفضة الاترى انه لو قال عبده حر غدا وامرأته طالق وقعا جميعا غدا فاشتهما مضافان ذكر وفي كشف الغوامض وفي المبسوط لو قال الف من الدراهم والدنانير فعليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم بوزن سبعة لانه المتعارف في الدراهم فينصرف اليه وكذا لو قال الف من الذهب والفضة وجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لان المتعارف في وزن الذهب والفضة ذلك وليس احدهما بايصرف احدهما من المتعارف فيه فينصرف الى الوزن المعهود هذا اذا كان المتعارف في بلد العقد في اسم الدراهم ما يوزن سبعة والمتعارف في بعض البلاد لا ان كالشام والحجاز ليس ذلك بل وزن ربع وقيراط من ذلك الدرهم واما في عرف المصر فلفظ الدراهم ينصرف الى وزن اربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس الا ان يقيد بالفضة فينصرف الى درهم بوزن سبعة فان ما دونه ثقل او خف يسمونه نصف فضة وكذا هذا الانقسام في كل ما يقدر به من المكيل والموزون والثياب وغيرها قرضا او سلما او غصبا او وديعة او بيعا او شراء او مهرا او وصية او كفالة او جعلا في خلع ومنه لو قال على كر حنطة وشعير وسمسم كان عليه الثلث من كل جنس **قوله** ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه عشرة زيوفا وهو اي رب الدين لا يعلم انها زيوف فهو قضاء حتى لو انفقها الدائن او هلكت ثم علم ليس له ان يرجع بشيء وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف له ان يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد وذكر فخر الاسلام وغيره ان قولهما قياس وقول ابي يوسف هو الاستحسان له ان حقه في الجودة مرعى كحقه في المقدار وقد تعذر ضمان الوصف بانفراده لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا من ضمان الاصل ليصل الى الوصف ولهما انه اي الزيوف من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف ورأس مال السلم جاز وما جاز الا لانه لم يعتبر استبدالا بل نفس الحق يقع به الاستيفاء وانما يبقى حقه في الجودة ولا يمكن تداركه بايجاب ضمانها بعد هلاك الدراهم لما ذكرنا من انه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها ولا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه يعني هو ايجاب القابض على نفسه ولا نظير له في الشرع الا ان ابا يوسف يفصل ويمنع انه لا يمكن تداركها بل تداركها بما ذكر من ايجاب المثل ممكن وهذا كما لو وجد بها ستوقة او نبهرجة فهلكت اليس يرد مثلها فان قال الستوقة ليست من جنس الجياد حتى لا يعتبر مقتضيا حقه بما قلنا وكذلك لا يصير مقتضيا حقه بالزيف الا ان علم فرضي باعتبار انه تارك لبعض حقه وهو صفة الجودة قولهم فيه مانع وهو كونه يجب له عليه لانه قبض جنس حقه فاذا ضمن مثله كان الوجوب لنفسه على نفسه اذ المديون لا يلزمه شيء قلنا يجوز ذلك اذا افاد كالمولى اذا اتلف بعض اكساب عبده المأذون وقد افاد هنا تدارك بعض فصار كشراء الانسان مال نفسه الا اذا افاد يجوز كما ان يشتري مال المضاربة او كسب عبده المأذون المديون وبما ذكرنا يبطل قولهم لا نظير له في الشرع ويجاب بمنع الاتحاد في المستثنى بل الضمان في المأذون للغرماء وهذا المقبوض كله ملكه ومن له الحق ومن عليه واحد وهو رب الدين ولا نظير له في النوازل اشترى بالجياد ونقد الزيوف اخذها الشفيع بالجياد لانه انما يأخذ بما اشترى ولو باعها مرابحة فان راس المال الجياد وفي الاجناس اشترى بالجياد ونقد الزيوف ثم حلف انه اشتراها بالجياد قال ابو حنيفة لا يحنث وقال ابو يوسف يحنث والله الموفق **قوله** واذا افرخ طير في ارض رجل فهو

او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه لانه عدم انزاله فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في ارضه عن ماء المطر

كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي به لحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة او لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا

لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا انكسر فيها ظبي اي دخل كناسه والكناس بيت الظبي وفي بعض النسخ تكسر او وقع فيها فتكسر وكسره بعما لو كسر رجل فيها فانه لذلك الرجل لا للاخذ ولا يختص بصاحب الارض لانه اي لان كلا من الطير والفرخ والبيض قد اصلح في نسخة لانها مباح سبقت يده اي يد الاخذ اليه ولانه صيد وان كان يوخذ بلا حيلة والصيد لمن اخذه والبيض اصل الصيد فيلحق به ولهذا يجب عند الجزاء على المحرم بكسره او شيه لانه المقصود بقوله تعالى تناله ايديكم وفي قوله تعالى ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله ايديكم ورماحكم كذا ذكره وقوله وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك جملة حالية هو قيد لقوله فهو لمن اخذه اي انما يكون للاخذ اذا لم يكن صاحب الارض اعدها لذلك بان حصل فيها تبرا ليسقط فيها او اعدها مكانا للفراخ لياخذها فان كان اعدها لذلك لا يملكها الاخذ بل رب الارض يصير بذلك فاصطادها كمن نصب شبكة ليصطادها فتعلق بها صيد فهو لمن اخذه لا لصاحب الشبكة لانه لم يعدها الا للاخذ وكما اذا دخل الصيد داره فلم يغلقه فاغلق بابه فهو لمن اخذه فان علم به واغلق الباب عليه او سد الكوة كان لصاحب الدار وكذا اذا وقع في ثيابه النثار من السكر او الدراهم فهو لمن اخذه ما لم يكف ثوبه على الساقط فيه وما هذه مصدرية نائبة عن ظرف الزمان اي عن الاخذ في زمان عدم كف الثوب

قوله او كان مستعدا له اي للنثار بان يسقط ثوبه لذلك عطف على مقدر تقديره فاذا كفه او كان مستعدا فهو له اما اذا عسل النحل في ارضه فهو لصاحب الارض لانه عدم انزاله اي مثل زيادات الارض اي ما يثبت فيها فيملك تبعا للارض كالشجر النابت فيها كالتراب والطين المجتمع فيها بجريان الماء عليها والانزال جمع نزل وهو الزيادة وذكر ضمير لانه وهو عائد الى الارض وهي مؤنثة على تاويل المكان ومثله وقع في شعر العرب قال فلا مزنة ودقت ودقها * ولا ارض ابقل ابقالها * ومن جنس هذه المسائل لو اتخذ في ارضه حفيرة للسمك فدخل الماء والسمك ملكه ولو اتخذت لغيره فمن اخذ السمك فهو له وكذا في حفر الحفيرة اذا حفرها للصيد فهو له او لغرض آخر فهو للاخذ وكذا لو صرف وضع على سطح بيت فاستقل بالمطر فصار رجل فان كان وضعه للماء فهو لصاحبه والا فالماء للآخذ ولو باض صيد في ارض رجل او تكسر فيها فجاء رجل ليأخذها فمنعه صاحب الارض فان كان في موضع يقدر صاحب الارض على اخذه قريبا منه بان كان بحضرته كان الصيد لرب الارض كانه اخذه عنده وان لم يكن بحضرته لا يملك

كتاب الصرف

لما كان قيوده اكثر كان وجوده اقل فقدم ما هو اكثر وجودا وايضا لما كان عقدا على الاثمان والثمن في الجملة تبع لما هو المقصود من البيع اخر عن البيوع المتضمنة للمقاصد الاصلية اعني المبيعات ومفهومه لغة وشرعا يذكره المص وشرطه التقابض للبدلين قبل الافتراق وان اختلف المجلس ولهذا لم يثبت فيه اجل ولا خيار الشرط لان خيار الشرط يمنع ثبوت الملك او تمامه على الراسين منهم وذلك يخل بالقبض المشروط وهو القبض الذي يحصل به التعيين بخلاف خيار الرؤية والعيب لا يمنع الملك في المبيع فلا يمنع تمام القبض فلو افترقا وفي الصرف خيار عيب او رؤية جاز الا انه لا يتصور في النقد وسائر الديون خيار رؤية لان العقد ينعقد على مثلها لا عينها حتى لو باع هذا الدينار بهذه الدراهم لصاحب الدينار ان يدفع غيره وكذا لصاحب الدراهم بخلاف الاواني والحلي ولو اسقطا في المجلس خيار الشرط والاجل عاد الصرف صحيحا خلافا لزفر واورد عليه كيف جاز ان يقول التقابض شرط الجواز وهو متاخر عن العقد فانما هو حكمه والجواب ان المختار انه ليس الا شرطا لبقاء الصحة فالاشكال على قول بعض القائلين انه شرط الجواز واجابوا بان تاخره ضرورة نفي ايجاب قبض ملك الغير فهو معتبر مقارنا ومتقدما شرعا وان كان متاخرا صورة ولا يخفى انه ينبغي ان يستغنى عن هذا التكلف بارتكاب القول الآخر واما مفهومه شرعا فبيع ما من جنس الاثمان بعضها ببعض هذا قول القدوري الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان وانما قال من جنس الاثمان

قال فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفت في الجودة والصياغة لقوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا الحديث وقال عليه السلام جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيع

ولم يقتصر على قوله بيع ثمن بثمن ليدخل بيع المصنوع بالمصنوع او بالنقد فان المصنوع بسبب ما اتصل من الصنعة به لم يبق ثمنا صرفا ولهذا يتعين في العقد ومع ذلك بيعه صرف وانما سمي اصطلاحا به لان مفهومه اللغوي هو النقل ومنه في دعاء الاستخارة فاصرفه عني واصرفني عنه ونقل كل من البدلين عن مالك الى الآخر بالفعل شرط جوازه فكان في المسمى معنى اللغة فسمي باسم ذلك المعنى المشروط فيه او هو اي معناه اللغوي الزيادة وهذا العقد لا يفيد الا الزيادة دون الانتفاع بعين البدل الآخر في الغالب لانه لا ينتفع بعينه بخلاف نحو الطعام والثوب والحمار والمراد ان قصد اكل من المتعاقدين التجارة والربح فيه بالنقل والا فلا العقد عن الفائدة والزيادة تسمى صرفا وبه سميت العبادة النافلة صرفا في قوله صلى الله عليه وسلم ومن انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا فذكر المص ان المراد بالصرف النافلة التي هي الزيادة والعدل الفرض الذي هو مستحق عليه ولا شك في مناسبة تسمية الفرض عدلا لاشتمال عليه قد فسر الزمخشري بغير هذا وقال في الفائق في قوله صلى الله عليه وسلم لا امر المدينة من احدث فيها حدثا او آوى محدثا فعليه لعنة الله الى يوم القيمة لا يقبل منه صرفا ولا عدلا الصرف التوبة لانه صرف النفس عن الفجور الى البر والعدل الفدية من المعاوضة والفدية يعادل نفسه والمراد من احدث الحدث فعل ما توجب الحد والجواب ان اهل اللغة اختلفوا في ذلك بعد ذكر الجمهور عن بعض اهل اللغة الصرف الفريضة والعدل النافلة وفي الغريبين عن بعضهم الصرف النافلة والعدل الفريضة كما ذكر المص ولا اعتراض مع انه الانسب واعلم ان الاموال تنقسم الى ثمن على كل حال وهي الدراهم والدنانير يصحبها حرف الباء اولا وسواء كان ما يقابلها من جنسها او من غيره والى ما هو مبيع على كل حال وهو ما ليس من ذوات الامثال من العروض كالثياب والحيوان والى ما هو ثمن من وجه مبيع من وجه وهو المكيل والموزون فانهما ادعيت في العقد كانت مبيعة وان لم تعين فان صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهي ثمن وان لم يصحبها حرف الباء او لم يقابلها ثمن فهي مبيعة وهذا لان الثمن ما يثبت في الذمة دينا عند المقابلة قال الفراء في قوله تعالى وشروه بثمن بخس الثمن ما يثبت في الذمة دينا والنقود لا تستحق بالعقد الا دينا خلافا للائمة الثلاثة فعندهم تتعين الذهب والفضة اذا عينت حتى لو هلكت الدراهم المعينة في البيع قبل القبض بطل البيع لا يجوز استبدالها بها تقسيم المال باعتباره في نفسه وتقسيم باعتبار الاصطلاح على التثمين وهي في الاصل سلعة فان كانت رائجة فهي ثمن لا تتعين بالتعيين وان كانت كاسدة فهي سلعة كالفلوس **قوله** فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل يعني في العلم لا بحسب نفس الامر فقط وان اختلفا في الجودة والصياغة فيدخل الاناء بالاناء فلو باعها مجازفة ولم يعلم كيلها كان في نفس الامر متساويين لم يجز ولو وزنا في المجلس فظهرا متساويين يجوز وعن ابي حنيفة رح لا يجوز وان كانا متساويين خلافا لزفر هو يقول الشرط التساوي وقد ثبت وانا اشترط العلم به زيادة بلا دليل قلنا بل هو شرط بدليل وهو ان الموهوم في هذا العقد جعل كالمعلوم شرعا وما لم يعلم المساواة توهم الزيادة حاصل فيكون كثبوت حقيقة الزيادة ومقتضى هذا ان لا يجوز اذا وزن في المجلس فظهر متساويا ايضا لكن جاز في الاستحسان عند اتحاد المجلس كان العقد انشاء الآن لان ساعاته كساعة واحدة واما عدم جواز بيع الحنطة بالحنطة وزنا بعلو ما فعدم العلم بالمساواة كيلا اذ المساواة وزنا لا تستلزمه بالنسبة الى الكيل والمعتبر فيما كان مكيلا في عهد النبي صلى الله عليه وسلم التقدير بالكيل على ما سلف وعن هذا اذا اقتسما مكيلا موازنة لا يجوز لان القسمة كالبيع واستدل المص في وجوب المساواة بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلا بمثل الحديث وقد تقدم وجه الانتصاب انه بالعامل المقدر اي بيعوا الا اولى حيث كان الذهب مرفوعا في الحديث ان يجعل عاما يتعلق المجرور اي الذهب يباع بالذهب مثلا بمثل نعم حديث الخدري في البخاري عنه صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ظاهر في انه مفرغ للحال وبقية الحديث ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائبا

قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر رض وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما ليخرج العقد عن الكالئ بالكالئ ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا ولان احدهما ليس باولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا متعينين كالمصوغ او لا متعينان كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين الآخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه لاعتبار الشبهة في الربوا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا عن المجلس ماشيان معا في جهة واحدة او راكبا في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رض وان وثب من سطح فوثب معه وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم بخلاف خيار المجلس لانه يبطل به الاعراض

بناجزه والشف بالكسر من الاضداد للنقصان والزيادة والمراد هنا لا تزيدوا بعضها على بعض ولا يتضح في معنى النقص والاثقال ولا تشفوا بعضها عن بعض وقوله وزنا بوزن بعد ذلك ولا تشفوا في حديث البخاري المذكور تفسير لمثلا بمثل فان المثلية اعم تفسر بانها من حيث المقدار وتقدم حيث جيدها ورديها سواء ايضا وتخريجه وهو دليل سقوط اعتبار الجودة وسقوط زيادة الصياغة بما روى محمد عن ابي حنيفة عن الوليد بن مسلم عن انس بن مالك قال اتى عمر بن الخطاب رض بانا كسر وانى قد احكمت صياغته فبعتني به لابيعه فاعطيت وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال اما الزيادة فلا هذا ربا يدخل في اطلاق المساواة المصوغ بالمصوغ والتبر بالاتبر حتى لو باع اناء فضة او ذهب باناء فضة او ذهب واحدهما اثقل من الآخر لا يجوز بخلاف انائين من غير هما نحاس او شبه حيث يجوز بيع احدهما بالآخر وان تفاضلا وزنا مع ان النحاس وغيره مما يوزن من الاموال الربوية ايضا وذلك لان صفة الوزن في النقدين منصوص عليها فلا يتغير بالصنعة ولا يخرج عن كونه موزونا بتعارف جعله عددا ما لو تعورف ذلك بخلاف غيرهما فان الوزن فيه بالعرف فيخرج عن كونه موزونا بتعارف عددية اذا صيغ وصنع **قوله** ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق باجماع الفقهاء وفي فوائد القدوري المراد بالقبض هنا القبض بالراحة لا بالتخلية يريد باليد وذكرنا آنفا ان المختار ان هذا القبض شرط البقاء على الصحة لا شرط ابتداء الصحة لظاهر قوله صلى الله عليه وآله وسلم اذا افترقا بطل العقد وانما يبطل بعد وجوده وهو الاصح وثمن الخلاف فيما اذا ظهر الفساد فيما هو صرف يفسد فيما ليس صرفا عند ابي حنيفة رح ولا يفسد على القول الاصح وقوله لما روينا يعني قوله يدا بيد وكذا ما روينا من حديث البخاري قوله صلى الله عليه وسلم ولا تبيعوا منها غائبا بناجز وقول عمر رض وان استنظرك الى آخره والله مالك في الموطا عنه قال ولا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تبيعوا الورق بالذهب احدهما غائب والآخر حاضر وان استنظرك ان يلج بيته فلا تنظره الا يدا بيد هلمت وهات الى اخشى عليكم الربا وفي رواية قال الربا بالميم وهو الربا ورواه عبد الرزاق وقال ان يدخل بيته ولما ثبت نص الشرع بالزام التقابض عليه الفقهاء بما ذكره المص وحاله ان المتقدم مزية على النسيئة فيتحقق الفضل في احد العوضين وهو الربا ولما كان مظنة ان يقال هذا غير لازم في قبض العوضين لجواز ان يجعل امانة قال لا بد منه عما من قبض احد العوضين كيلا يلزم بيع الكالئ بالكالئ اي الدين بالدين فلو لم يقبض الآخر لزم الربا لما قلنا وايضا يلزم الترجيح بلا مرجح لانهما مستويان في المثمنية فاذا وجب قبض احدهما فكذا الآخر لعدم الاولوية فان قيل تعليل الكتاب بخص الثمنين المخصين اللذين لا يتعينان والحكم وهو لزوم التقابض ثابت وان كان احدهما يتعين بالتعيين كالمصوغ فاجاب بان ذلك لاطلاق ما روينا من قوله صلى الله عليه وآله وصحابه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة وعلى الاطلاق المذكور بان المتعين ايضا كالمصوغ فيه شبهة عدم التعيين اذ فيه شبهة الثمنية اذ قد خلق ثمنا والشبهة في باب الربا كالحقيقة على ما مر غير مرة ولما كان المعول عليه تبادل النص باطلاقه لم يفد ان الثابت بشبهة الشبهة بل وجب بالنص الحاق شبهة شبهة الربا في هذا الحكم وقوله في جهة واحدة لانهما لو مشيا كل في جهة كان افتراقا مبطلا وقول ابن عمر رض وان وثب من سطح فثبت يفيد عدم البطلان العقد بمجرد اختلاف المكان بل اذا لم يوافقه الآخر فيه وهذا لانه بمجرد وثوب احدهما اختلف مكانهما ولم يعتبر بالغا الا اذا لم يثبت معه وحديث ابن عمر هذا غريب جدا من كتب الحديث وذكره في المبسوط وعن ابي جبلة قال سألت عبد الله بن عمر فقلت انا نقدم ارض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة فنبتاع ونقسم العشرة تسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفي وان وثب على سطح فثبت معه وفيه دليل رجوعه عن جواز التفاضل كما هو مذهب ابن عباس عن ابن عباس ايضا رجوعه وفيه دليل ان المفتي اذا اجاب لا باس ان يبين للسائل

وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء فان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل فواته وقيد خرد في فرده **قال** ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينار العشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى في تجويزه وبدله وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر وهو لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد الى مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان الكلام فيه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا كما في السلم

طريق تحصيل مطلوبه كما فعله صلى الله عليه وسلم حيث قال لبلال بع التمر ببيع آخر ثم اشتره انما المحظور تعليم الحيل الكاذبة لاسقاط الواجبات قال وكذا المعتبر في قبض رأس المال مال السلم يعني ان يقبضه قبل الافتراق دون اتحاد المجلس بخلاف خيار المخيرة فانها لو قامت قبل الاختيار بطل وكذا اذا اشتبه مع زوجها في جهة واحدة فان ذلك دليل اعراضهما عما كان فيه لان المعتبر في الابطال هناك دليل الاعراض القيام ونحوه وليس فلزم فيه المجلس وتعلق الصحة بعدم الافتراق لا يبطل لو ناما في المجلس قبل الافتراق او اغمي عليهما او طال قعودهما وعن محمد رح جعل الصرف كخيار المخيرة يبطل بدليل الاعراض كالقيام من المجلس حتى لو ناما او احدهما فهو فرقة ولو ناما جالسين فلا وعنه القعود الطويل فرقة دون القصير ولو كان لرجل على آخر الف وللآخر عليه مائة فارسل رسولا ليقول اقبل الدراهم التي لي عليك بالدنانير التي لك علي فقال قبلت كان باطلا وكذا لو نادى احدهما صاحبه من دار او جدار او من بعيد لانهما متفرقان وعن محمد رح لو قال الاب اشهدوا اني اشتريت هذا الدينار من ابن الصغير بعشرة وقام قبل نقدها بطل هذا ويجوز الرهن ببدل الصرف والحوالة به كما في رأس مال السلم **قوله** وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة واشترط القبض لما روى السنة من حديث عمر بن الخطاب عن النبي صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء قيل ومعنى قوله ربا اي حرام باطلاق اسم الملزوم على اللازم ولا مانع من جعله في حقيقته شرعا وان اسم الربا يتضمن الزيادة من الاموال الخاصة في احد العوضين في قرض او بيع ووجه الاستدلال انه استثنى حالة التقابض من الحرام بحصر الحل فيها فينتفي الحل في كل حالة غيرها فيدخل في عموم المستثنى حالة التفاضل والتساوي والمجازفة فيحل كل ذلك وقوله الا اذا اسقط الخيار في المجلس استثناء من لازم قوله لا يصح شرط الخيار وهو فوات الشرط المستلزم للبطلان اي شرط الخيار يفوت الشرط الا اذا اسقطه فلا يفوت فيعود الى الجواز وقد منا نقل خلاف زفر فيه هذا وبين الفساد بترك القبض والفساد بالاجل فرق على قول ابي حنيفة في مسئلة وهي ما اذا باع جارية في عنقها طوق فضة زنته مائة بالف حتى انصرف للطواف مائة من الالف فيصير صرفا فيه وتسمائة للجارية بيعا فانه لو فسد بترك القبض لبطل في الطوق وبيع الجارية بتسعمائة صحيح ولو فسد بالاجل يفسد فيهما عنده خلافا لهما وفرق بان في الاول العقد صحيحا ثم طرأ المفسد فينحصر محله وهو الصرف وفي الثاني العقد اولا على الفساد فشاع وهذا على الصحيح من ان القبض شرط البقاء على الصحة وفي الكافي لو اسقط الاجل من له الاجل دون الآخر صح في المشهور وليس في الدراهم والدنانير خيار رؤية لان العقد لا ينفسخ برد بها لانه انما وقع على مثلها بخلاف التبر والحلي والاواني من الذهب والفضة لانه ينتقض العقد برده لتعينه فيه ولو وجد احدهما او كلاهما دون الافتراق زيفا او ستوقا فالحكم في جميع ابوابه الاستبدال والبطلان كرأس مال السلم **قوله** ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه وكل منهما ثمن الصرف فالحاصل انه لا يجوز التصرف فواحد بدلي الصرف قبل قبضه بهبة ولا صدقة ولا بيع فان فعل بعض ذلك مع العاقد بان وهبه البدل او تصدق به عليه او ابرأه منه فان قيل بطل الصرف لتعذر وجوب القبض واذا تعذر الشرط انتفى المشروط وان لم يقبل لا ينتقض لان البراءة وما معها سبب الفسخ فلا ينفرد به احدهما بعد صحة العقد وفرع عليه ما لو باع دينار العشرة مثلا ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض في العشرة مستحق حقا لله تعالى فلا يسقط باسقاط المتعاقدين فلو جاز البيع في الثوب سقط فلا يجوز بيع الثوب والصرف على حاله لقبض بدله من عاقده معه واورد عليه ان فساد الصرف حق الله تعالى وصحة بيع الثوب بحق العبد فتعارضا فيتقدم حق العبد لتفضل الله سبحانه بذلك اجيب بان ذلك بعد ثبوت الحقين ولم يثبت حق العبد

ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة لان المساواة غير شرط فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا مجازفة في بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا قال ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالنقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب وكذا لو اشتراها بالفي مثقال الف نسيئة والف نقد فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذلك لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين جاز البيع فكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما بينا وكذلك ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنها لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما فيحمل عليه بظاهر حاله فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص السيف بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وقد اذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه فان كانت مثله او اقل منه او لا يدري لا يجوز البيع للربوا او لاحتماله وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين فترجحت

لانه لفوت حق الله بعد تحققه فيمتنع لا انه يرتفع والتقديم فيما اذا ثبتا فيرتفع احدهما فضلا وقد نقل عن زفر صحة بيع الثوب لان الثمن في بيعه لم تعين كونه بدل الصرف لان التقييد لا تعيين فاضافة العقد الى بدل الصرف لعدم اضافته فيجوز كما يجوز شراء ثوب بدراهم لم يضفها وهذا على احدى الروايتين عنه ان النقود لا تتعين في البياعات فاما على الرواية الاخرى عنه فيجب ان لا يصح بيع الثوب قلنا قبض بدل الصرف واجب والاستبدال لفوته فكان شرطا ايفاء ثمن الثوب من بدل الصرف شرطا فاسدا فيمنع الجواز لاسقاط الثمن به كذا ذكره غير واحد ولا يخفى كثرة ما ذكروا في عدم تعيين النقد في البيع مع انه لو اشار الى دراهم وعينها كان له ان يحبسها ويدفع غيرها وحاصل شراء الثوب ببدل الصرف ليس الا تعيين الثمن الدراهم فلو كان ذلك شرطا فاسدا يمنع الجواز لبطل ما ذكروا في عدم تعيين الدراهم في البيع وكان كلما تعينت الدراهم فسد البيع لا انه لا تعين لا جرم ان المص انما اجاب بان الثمن في باب الصرف مبيع لاستدعاء المبيع مبيعا ولا مبيع فيه سوى الثمن فكان كل ثمن منهما مبيعا وثمنا وجعله بدل الثوب وثمنه بيع له وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز يعني واذا لم يجز لم يدخل في ملك بائع الثوب وانت تعلم ان زفر انما قال بجواز بيع الثوب بناء على عدم تعين بدل الصرف ثمنا فجاز ان يعطى من غيره ولا شك انه يقول بعدم جواز بيع المبيع قبل القبض فاذا قال بصحة بيع هذا الثوب لعدم تعين بدل الصرف في ثمنه كان بالضرورة قائلا بان المبيع انعقد موجبا دفع مثله ويكون تسميته بدل الصرف تقديرا لثمن الثوب سواء سميته مبيعا او ثمنا لانه انما يلزم بيع المبيع قبل القبض اذا لزم تسليمه بعينه وليس هناك كهذا فان كان هذا واقعا لم ينتقض ما دفع به المص من ذلك بل يجب صحة بيع الثوب واعطاء ثمن من يملكه الباقي ولما لم يكن تمليك بائع الثوب بدل الصرف لزم بالضرورة اعطاء غيره وهكذا نقل القدوري عنه اعني ان البيع الثاني جائز ويكون ثمن المبيع مثل الذي في ذمة المشتري قال وهذا على احدى الروايتين عن زفر ان الدراهم لا تتعين فاذا لم تتعين يقع البيع بمثل بدل الصرف وعلى هذا فبطل ان بيع الثوب مطلقا كما هو جواب المذهب بشكل تقرير صاحب النهاية بغاصب الدراهم اذا اشترى واشار اليها ودفع منها بحيث يحرم الانتفاع بذلك المبيع غير مطابق لان اجازة بيع الثوب على ما قررنا بان يدفع مثل بدل الصرف لا نفسه **قوله** ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة وكذا سائر الاموال الربوية بخلاف جنسها كالحنطة بالشعير لان المانع من المجازفة اشتراط العلم بالمساواة والمساواة غير مشروطة فيه اي في بيع الذهب بالفضة وكل جنسين مختلفين كذلك لكن يشترط فيه القبض في المجلس لما ذكرنا يعني قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء لكن العادة في مثله ان يقول لما روينا ثم المراد بالمجلس ما قبل الافتراق فغير بالمجلس عنه **قوله** ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال فضة بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا صرف النقود الى الطوق وان لم يعين الدافع وكذا لو قال خذه منهما صرف ايضا الى الطوق وصح البيع فيهما تحريا للجواز بتحكيم ظاهر حالهما اذ الظاهر قصدهما الى الوجه الصحيح لان العقد لا يفيد تمام مقصودهما الا بالصحة فكان هذا الاعتبار عملا بالظاهر الظاهر يجب العمل به بخلاف ما لو صرح فقال خذ هذا الالف من ثمن الجارية فان الظاهر صرح عارضه التصريح بخلافه واذا قبضه ثم افترقا بطل في الطوق كما اذا لم يقبضه فان قلت ففي قوله خذه منهما عارضه ايضا قلنا لا نسلم لان المثنى قد استعمل في الواحد ايضا قال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد من احدهما وهو البحر المالح ويا معشر الجن والانس الم يأتكم رسل منكم وانما الرسل من الانس في مذهب اهل الحق وقال نسيا حوتهما وانما النسيان في موسى وقال صلى الله عليه وسلم في قصة مالك بن الحويرث وابن عم له اذا سافرتما فاذنا وليؤما واحدكما وقال تعالى قد اجيبت دعوتكما

قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طار لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولو استحق بعض الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رده لان الشركة عيب في الاناء ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصته ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس ضما بجنسه وقال زفر والشافعي رح لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر شعير وكر حنطة بكري حنطة وكري شعير كما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى ثوبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب كذا اذا اشترى عبدا بالف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز في المشتري بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه

والمراد دعوة موسى الا انه قد قيل ان هارون كان يؤمن على دعائه فاذا صح الاستعمال وكثر وجب الحمل عليه لما قلنا وذكرنا من قريب انه لو كان الفساد بسبب الاجل في العقد شاع الفساد في الجارية ايضا على قول ابي حنيفة لان الفساد في ابتداء العقد بخلافه عن الافتراق بذا والعقد وقع الا فراط في تصوير المسئلة حيث جعل طوقها الف مثقال فضة فانه عاشرة ارطال بالمصري ووضع هذا المقدار في العتق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب وعرف من هذا الوجه ان كون قيمتها مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط بل الاصل انه اذا بيع نقد مع غير ونقد من جنسه لا بد ان يزيد الثمن على النقد المضموم اليه ومثل هذا انما اذا باع سيفا محلى بمائة وحليته خمسون بمائة وخمسين او بمائة وعشرة فدفع من الثمن خمسين فانه يجب فيه هذا الاعتبار ولو لم يتقابضا في الصورتين حتى افترقا بطل في حصة الطوق والحلية لانه صرف فيهما ويصح في الجارية واما السيف فان كانت الحلية لا يتخلص منه الا بضرر فيه فسد في السيف ايضا لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كما مر في جذع من سقف فان كانت تخلص بلا ضرر جاز فيه كالجارية لانه امكن افراده بالبيع وبطل في الحلية خاصة ثم الجواب في المسئلتين مقيد بما اذا كانت الفضة المفردة يعني الثمن اكثر من الطوق والحلية فان كانت مثله او اقل او لا يدري واختلف للقومون في ذلك لا يجوز البيع للربا حقيقة فيما اذا كانت اقل او مساوية بسبب زيادة البدل الآخر وهو البيع الفضة زيادة من جنسه او من غيره وهو نفس الجارية والسيف او احتمال الربا فيما اذا لم يدر الحال وتقدم انه لا بد من العلم بالمساواة فان قيل في صورة الاحتمال لم يقطع بالفساد اجاب بان جهة الفساد فيه متعددة فانها من وجهين وهو تجويز الاقلية والمساواة بخلاف الصحة فانها على تقدير واحد وهو الزيادة فرجحت جهة الفساد على ان مجرد احتمال الربا كاف في الفساد فلا حاجة الى الترجيح مع انه يرد عليه انه الترجيح بما يصلح نفسه علة للفساد ويحتاج الى الجواب بان المعنى ان احتمال احدهما فقط مفسد فكيف اذا اجتمعا وعلى هذا كلما اشترى بالفضة فضة مع غيرها او بالذهب ذهبا مع غيره **قوله** ومن باع اناء فضة بفضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يقبض ولا يشيع الفساد في الكل لانه طار بعد صحة العقد في الكل بناء على ما هو المختار من ان التقابض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط الانعقاد على وجه الصحة فيصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولا تخيير واحد من المتعاقدين لان عيب الشركة جاء بفعلهما وهو الافتراق بلا قبض بخلاف ما لو استحق بعض الاناء فان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رده لان الشركة عيب ولم يحدث بصنعه بخلاف ما لو باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها حيث ياخذ الباقي بحصتها ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض فلم يلزم العيب وهو الشركة لامكان ان يقطع حصته منها **قوله** ومن باع درهمين ودينارا بدينارين ودرهم جاز البيع وجعل كل واحد من الجنسين بخلافه فيعتبر الدرهمان بدينارين والدرهم بالدينار وقال زفر والشافعي لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر شعير وكري حنطة بكري شعير وكر حنطة او باع السيف المحلى بفضة ولا يدري مقدار الحليتين وكذا درهم ودينار بدرهمين ودينارين لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه اي تصرف العاقد لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين وهو ان يكون كل جزء على الشيوع مقابل الكل جزء وعلى الشيوع فيه يندرج فيه جنس ذلك الجزء وخلاف جنسه اكثر اذا اجزاء دينارين اكثر من اجزاء دينار بالضرورة وليس المعنى ان كل جزء معين مقابل لكل جزء على العموم والا كانت الذرة من الدينار مقابلة بجميع الدينارين والدرهم فلم يبق للذرة الاخرى ما يقابلها او يقابل الكل نفسه اشياء كثيرة وهو اعتبار ممكن لكنه مستنكر وهو ان يقابل الذرة بالف ذرة ثم تكون هذه الالف بنفسها مقابلة لذرة اخرى

وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهمين وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيحا لتصرفه وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف ما عد من المسائل اما مسئلة المرابحة لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشتري وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة انعقد العقد صحيحا والفساد في حالة البقاء وكذا منافي الابتداء

واخرى لا يحتمل الانقسام بادنى تامل والدليل على ان الانقسام كما ذكرنا ما لو اشترى عبدا وجارية بثوب وفرس ثم استحق العبد يرجع بقيمة العبد في الثوب والفرس جميعا ولولا ان انقسام على الشيوع لما رجع في الثوب والفرس جميعا ولم يعتبر تعيينهما لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف بدليل الاجماع على ان من اشترى قلبا وزنه عشرة بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة صفقة واحدة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وحده ويخلو القلب من التفاضل وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز ويفسد في المشتري بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد في الدرهمين ولا يصرف الى الثوب لما ذكرنا فهذه احكام اجماعية كلها دالة على ان تغيير التصرف لا يجوز وان يتوصل به الى تصحيحه قال امام الحرمين والمعتمد عندي في التعليل انا تعبدنا بالمماثلة تحقيقا وهنا لم تحقق فيفسد العقد قال صاحب الذخيرة وللخصم ان يقول تعبدنا بتحقيق المماثلة فيما اذا تحققت مقابلة الجنس بالجنس ام على الاطلاق فان قلت الثاني فممنوع وان قلت الاول فمسلم وليس صورة الخلافية انتهى بعض تغيير وحاصله انه على تقدير مقابلة الجملة بالجملة والجزء الشائع بالشائع لا يقتضي الربا والفساد وانما يقتضيه لو كان التفاضل لازما حقيقيا وذلك لا يكون الا اذا قوبل معين بمعين وتفاضلا وح لا حاجة في التصحيح الى التوزيع وصرف كل الى خلاف جنسه عينا لكن الاصحاب اقتحموه بناء على اصل اجماعي وهو انه مهما امكن تصحيح تصرف المسلم العاقل يرتكب وله نظائر كثيرة ولهذا يحمل كلامه على المجاز ويترك حقيقته اذا كان لا يصح على تقديره ويدرج في كلامه زيادة لم يتلفظ بها اذا كان لا يصح الا بذلك كانهم نظروا الى ان المقابلة على وجه الشيوع ان لم تنقض حقيقة الربا استلزم شبهة وشبهة الربا معتبرة كحقيقته فقالوا العقد كذلك وانما يقتضي مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل ولا الفرد بالفرد من جنسه او من خلاف جنسه لان اللفظ مطلق غير متعرض لواحد منهما لكن مع عدم الاقتضاء يحتمل مقابلة الفرد بالفرد وهو الجنس المعين هذا الجنس معين بدليل انه يصح تفسيره به فانه لو قال بعت هذين الدرهمين والدينار بدينارين ودرهم على معنى ان الدرهمين بالدينارين والدينار بالدرهم صح وهو طريق متعين للتصحيح فوجب حمله عليه وعلى هذا التقدير لا حاجة الى قول المص وفيه تغيير وصف العقد كانه نظر الى الظاهر منه هو مقابلة الجملة بالجملة على الشيوع عينا فكان مقابلة العين بالعين ليس محتملا فقال وفيه تغيير وصف العقد وهو مقابلة الجملة بالجملة شائعا لا اصله لانه يبقى موجبه وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار كما اتفقنا عليه فيما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره يتصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف المسائل المذكورة فان عدم الصرف فيها لعدم الامكان والتعيين اما مسئلة المرابحة فعدم الصرف لانه يتغير اصل العقد اذ يصير تولية في القلب واعترض بان مقتضى ما تقدم من وجوب حمل المثنى على الواحد في مسئلة الطوق والجارية ان يحمل قوله بعتهما بعشرين مرابحة فيهما بعشرة ان يحمل فيهما على احدهما يعني الثوب كما حمل قوله خذ هذه الالف من ثمنها على ثمن احدهما وهو الطوق وكون الطوق لم يصر مرابحة لم يصر ان يصدق ان العقد مرابحة بثبوت الربح في بعض مبيعات الصفقة الواحدة وفي المسئلة الثانية وهي ما اذا باع عبدا اشتراه بالف ممن اشتراه منه مع عبد آخر بالف وخمسمائة طريق تصحيحه غير متعين ان يكون بصرف الخمس المائة الى العبد الآخر فيكون بايعا ما اشتراه ممن اشتراه بمثل ما اشتراه لانه كما يكون بذلك يكون بصرف اكثر من الخمسمائة درهم او درهمين او غير ذلك الى العبد الآخر فيصير بايعا للمشتري ممن اشتراه منه باقل مما اشتراه منه ونقض بان الطريق الصحة ايضا ليس متعينا فيما قلتم بل له وجه آخر وهو ان يعتبر مقابلة درهم من الدرهمين بمقابلة الدرهم ودينار من الدينارين بمقابلة الدرهم

قال ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في دراهم التماثل على ما روينا فالظاهر انه اراد به ذلك فيبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي فيهما ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب احدهما اقل ومعه اقلهما شيء آخر يبلغ قيمته ما في الفضة جاز البيع من غير كراهية وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربوا

اجيب بان التغيير ما امكن تقليله متعين وتصحيح التصرف مع قلة التغيير لا يكون الا بما قلنا فكان ما قلنا متعينا بخلاف ما فرض فان فيه ثلاث تغييرات وايضا فان الذي ادعيناه طريقا متعينا هو صرف الجنس الى خلاف الجنس كيف كان لا بخصوص ذلك الطريق وما ذكرتم من ان الصرف نصف درهم الى نصف درهم والنصف الآخر بمقابلة الدينار في فروض كثيرة لا يخرج عن صرف الجنس الى خلاف الجنس والى هذا رجع قول صاحب الكافي في الجواب المتعدد وانما يمنع الجواز اذا لم يكن لاحد الوجوه ترجيح بل تساوت اللازم يلزم الترجيح بلا مرجح فتمتنع الوجوه فتمتنع اما اذا كان فلا وفيما اعتبرناه ذلك لان العقد ورد على الدرهم والدرهمين فلا يعبر عنه ونحن اشتغلنا بما في اصل هذا الاصل نظرا استند الى جواز ثبوت الشيء بعلل مستقلة اجتمعت دفعة واما في المسئلة الثانية وهي ما اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما فلان البيع اضيف الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع بجهالته ولان الثمن ضده فلا يحل الشيء على ضده فليس بشيء لان المعرفة مما صدقات المنكر فان زيدا يصدق عليه رجل ولا شك انه يحتمله فيجب حمله عليه وقد قال ابو حنيفة في قوله عبدي او حماري حر انه يعتق العبد ويحمل استعارة المنكر للمعرفة وكذا ما قيل ان تصحيح العقد يجب في محل العقد وهو لم يضف الى المعين واعلم ان ما اورد على دفع النقوض المذكورة ان تخصيص الجواب فذاك والا فلا يضرك النقض في اثبات المطلوب اذ غايته انه خطأ في محل آخر اذا اعترف بخطأه في محل النقض وذلك لا يوجب خطأه في محل النزاع واما في المسئلة الاخيرة وهي ما اذا باع درهما او ثوبا بدرهم وثوب وقبضه قابلا قبض فليس مما نحن فيه فان العقد انعقد صحيحا وانما طرأ الفساد بالافتراق والصرف لدفع الفساد وهو قد انعقد بلا فساد وكلامنا ليس في الفساد الطارئ فان قيل فليصرف الجنس الى خلاف جنسه ليبقى صحيحا كما يصرف ليعقد صحيحا والمقتضي واحد فيهما وهو الاحتيال للصحة قلنا الفساد هناك ليس طارئا متحققا ولا مظنونا يجب اعتبار الصرف من اول الامر بل يتوهم لان الظاهر ان يتقابضان بعد ما عقدا عقدا قبل الافتراق فلا يحتاج الى ذلك الاعتبار واما المسئلة المستشهد بها اولا وهي الرجوع في ثمن الثوب والفرس فانما تشهد على ان المقابلة للجملة بالجملة على الشيوع ونحن نقول هو الاصل وانما قلنا اذا كان تصحيح العقد يحصل باعتبار التوزيع وجب المصير اليه وهو ثابت في المسئلة المفروضة الا ترى الى ما في الايضاح قال الاصل في هذا الباب ان حقيقة البيع اذا اشتملت على ابدال وجب قسمة احد البدلين على الآخر وتظهر الفائدة في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما تجب فيه الشفعة فان كان العقد مما لا ربوا فيه فان كان مما لا يتفاوت فالقسمة على الاجزاء وان كان مما يتفاوت فالقسمة على القيمة واما فيما فيه الربوا فانما تجب القسمة على الوجه الذي يصح اسند مثاله باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار يصح العقد فان الخمسة بالخمسة والخمسة الاخرى بازاء الدينار وكذا لو تقابل جنسين بجنسين كما في مسئلة الكتاب انتهى ونظير المسئلة المذكورة التي تلي هذه وهي **قوله** ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم

لان شرط البيع في الدراهم التماثل وهو بذلك فيبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي بينهما ثم فرع المص فرعا بين ان بعض هذه البياعات وان كانت جائزة في الحكم فهي مكروهة فقال ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب واحدهما اقل من الآخر الا ان مع الاقل شيئا آخر كفلوس او غيرها مما يبلغ قيمته قدر الزيادة في البدل الآخر او اقل بقدر تتغابن فيه فالبيع جائز من غير كراهة وان لم يكن فهو جائز مع الكراهة كان يضع معه كفا من زبيب او فلسين وقيل لمحمد كيف تجده في قلبك قال مثل الجبل ولم تر والكراهة عن ابي حنيفة رح بل صرح في الايضاح انه لا باس به عند ابي حنيفة رح قال وانما كره محمد ذلك لانه اذا جاز على هذا الوجه الف الناس التفاضل واستعملوه فيما لا يجوز وهكذا ذكر في المحيط ايضا وقيل انما كره لانها باشد الحيلة لسقوط الربوا كبيع العينة فانه مكروه لهذا وارد ولو كان مكروها كان البيع في مسئلة الدرهمين

ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دراهم بعشرة دنانير وقبضها صح وهذه المسألة اذا باع بعشرة مطلقة
ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بمحل له الصفة فلا يقع المقاصة بنفس البيع لعدم المجانسة فاذا قبض
يتضمن ذلك فسخ الاول الاضافة الى الدين اذ لولا ذلك يكون استبدالا بالدين وفي الاضافة الى الدين يقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه والفسخ قد
يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسمائة وزن سبعة فانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك
في احد الروايتين لتضمنه الفسخ الاول الاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فيكفي ذلك للجواز قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلتين
بدرهمين صحيحين ودرهم غلة والعلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة قال
واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب يعتبر فيهما من تحريم التفاضل
ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا في الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها لان النقود لا تخلو
عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد بالردي سواء ان كان الغالب
عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب فان استثنى بها فضة خالصة فهو على الوجه الذي ذكرناها حلية السيف فان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس
الى خلافه كالجنس في حكم شيئين فضة وصفر لكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين فاشترط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر

والدينار بدرهم ودينارين وهي المسألة الخلافية مكروها ولم يذكره واجيب بانه انما لم يذكر الكراهة هناك لانه وضع المسألة فيما اذا كان الزائد
دينارا بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم وتزيد وح لا كراهة ولا يخفى ان العقد واحد وكما ان قيمة الدينار تبلغ وتزيد على قيمة الدرهم
فالدرهم لا يبلغ قيمته قيمة الدينار ولا تنقص بقدر شيء بين فيه فالعقد مكروه بالنظر الى الطرف الآخر والذي يقتضيه النظر ان يكون مكروها اذ لا فرق
بينه وبين المسألة المذكورة وفي جهة الكراهة وغاية الامر انه لم ينص هناك على الكراهة فيه ثم ذكر اصلا كليا يفيده وينبغي ان يكون قول ابي حنيفة ايضا
على الكراهة كما هو ظاهر اطلاق المص من غير ذكر خلاف واما اذا ضم ما لا قيمة له ككف من تراب لا يصح لانه لم يقابل الزيادة مال **فرع**
اشترى تراب الفضة بفضة لا يجوز لانه ان لم يظهر في التراب شيء فظاهر بان ظهر فهو بيع الفضة بالفضة مجازفة ولهذا لو اشترى تبر فضة
لا يجوز لان البدلين هما الفضة لا التراب ولو اشترى تبر ذهب او بذهب جاز لعدم لزوم العلم بالمماثلة لاختلاف الجنس ولو ظهر ان لا شيء
في التراب لا يجوز وكلما جاز فشرى التراب بالخيار اذا رآه لانه اشترى ما لم يره **قوله** ومن له على آخر عشرة فباعه الذي عليه العشرة دينار بعشرة
وقبض الدينار فان كان اضاف الى العشرة الدين جاز اتفاقا ويجب بهذا العقد عشرة ثم لا يجب تعيينه بالقبض لان تعيين احد البدلين للاحتراز
عن الدين بالدين وتعيين الآخر لدفع الربا بالتساوي وقد اندفع الدين بالدين في هذه الصورة بقبض العوضين وهو الدينار والقبض الذي تحقق منه
التعيين في البدل الآخر قد تحقق سابقا فعند الاضافة الى ذلك المقبوض يحصل به المقصود من المماثلة بين البدلين وهو كون كل منهما مقبوضا
قبضا يحصل به التعيين بخلاف ما اذا لم يضف اليه لان موجب العقد ح عشرة مطلقة لا يلزم ان يكون هذه العشرة الدين ولهذا قال زفر فيما
اذا باعه المديون بالعشرة دينار العشرة وهي مسألة الكتاب ثم تقاصا لا يجوز لان موجب ذلك العقد عشرة مطلقة فلا تصير تلك العشرة المعينة و
نحن نقول موجب العقد عشرة مطلقة تصير معينة بالقبض وبالاضافة بعد العقد الى العشرة الدين صارت كذلك غير انه بقبض سابق كما ذكرنا و
لا يبالي به لحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة وعلى هذا التقدير لا حاجة الى اعتبار فسخ العقد الاول بالاضافة الى العشرة الدين بعد العقد
على الاطلاق بخلاف ما لو باع بالف ثم بالف وخمسمائة فان الفسخ لازم لان احدهما لم يصدق على الآخر بخلاف العشرة مطلقا مع هذه العشرة و
للصدق لان الاطلاق ليس قيدا في العقد بها والا لم يكن قضاء بها اصلا اذ لا وجود للمطلق بقيد الاطلاق وعلى ذلك نشوا وتقديره انهما لما غيرا
موجب العقد فقد فسخاه الى عقد آخر قضاء ولما لم يقل زفر بالاقتضاء ولذا لم يقل في اعتق عبدك عني بالف انه يقع عن الامر اذا اعتقه المالك لم ينفسخ
فلا يتحول حكمه وهذا اذا كان الدين سابقا على بيع الدينار فان كان لاحقا قبل الافتراق والمسألة بحالها بان عقد على الدينار بعشرة ثم باع صاحب الدينار
ثوبا من بائع الدينار بعشرة ثم قاصه بثمن الدينار عنها رواية لا يصح والاصح انه يصح لما ذكرنا من حصول المقصود وعلى ما ذكر المص من حصول الافتراق
والاضافة الى الدين بعد تحققه وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير اذا استقرض من بائع الدينار عشرة من المشتري او غصب منه
فقد صار قصاصا ولا يحتاج الى التراضي لانه قد وجد سبب القبض **قوله** ويجوز بيع درهمين صحيحين ودرهم غلة بدرهمين غلة ودرهم صحيح والغلة ما يرده
بيت المال لا للزيافة بل لانها دراهم قطعة بكسر ويكون في القطعة ربع ثمن واقل وبيت المال لا يأخذ الا الغالي وانما جاز للمساواة
في الوزن والجودة فالصحة ساقطة الاعتبار لان الجودة في الاموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة **قوله** واذا كان الغالب على الدراهم
والدنانير اما ان يكون الغالب عليها الذهب والفضة والغش اقل او الغالب الغش والذهب والفضة اقل او متساويين فان كان الغالب

قال رضي الله عنه مشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والعطارفة لأنها أعز الأموال في ديارنا فلو أبيح التفاضل فيه ينفتح باب الربوا الصريح فإن الناس حينئذ يتفاضلون في الأموال النفيسة فيتدرجون إلى ذلك في النقود الخالصة فمنع حسما لمادة الفساد والعطارفة دراهم منسوبة إلى عطارف بن عطا الكندي أمير خراسان أيام الرشيد وقيل هو خال الرشيد ثم إن كانت هذه الدراهم التي غلب غشها تروج بالوزن فالبيع بها والاستقراض بالوزن وإن كانت تروج بالعد فالبيع والاستقراض بها بالعد ليس غير وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لأن المعتبر هو المتعارف فيهما إذا لم يكن فيهما نص فهي ما دامت تروج تكون أثمانا لا تتعين بالتعيين وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين فإذا كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا إن كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضا منه وبجنسها من الجياد إن كان لا يعلم لعدم الرضا منه وإذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد عليه قيمتها آخر ما تعامل الناس بها لهما أن العقد قد صح إلا أنه تعذر التسليم بالكساد وأنه لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بما لا يتقوم فانقطع وإذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند أبي يوسف رحمه الله وقت البيع لأنه مضمون به وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع لأنه إنما انتقل إلى القيمة ولأبي حنيفة رحمه الله أن الثمن يهلك بالكساد لأن الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل وإذا بطل البيع يجب رد المبيع إن كان قائما وقيمته إن كان هالكا كما في البيع الفاسد

في الدنانير والفضة في الدراهم فهما كالذهب الخالص والفضة الخالصة اعتبارا للغالب لأنها على ما قيل فلما يطبع إلا بقليل غش وقد يكون الغش خلقيا كما في الرصاص الذي يقال له ناقص العيار في عرفنا والرداءة مهدرة شرعا عند المقابلة بالجيد فكذا الغش المغلوب اعتبارا له بها وإذا كانا كالخالصين فلا يجوز بيعها بالخالص من الذهب والفضة الا متساويين في الوزن وكذا بيع بعضها ببعض وكذا لا يجوز استقراضها بها إلا وزنا كاستقراض الذهب والفضة الخالصين وإن كان الغالب فيهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير الخالصة اعتبارا للغالب فإن اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف وهي أنه إن كانت الفضة الخالصة مثل الفضة التي في الدراهم أو أقل ولا يدري لا يصح في الفضة فلا في النحاس أيضا إذا كان لا يتخلص الفضة إلا بضرر وإن كانت الخالصة أكثر مما في الدراهم جاز ليكون ما في الدراهم من الفضة مثلها من الخالصة والزائد من الخالصة بمقابلة الغش وكذا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا صرفا للجنس إلى خلاف الجنس أي يصرف فضة كل من الدراهم إلى غش الدراهم الأخرى لأنها في حكم شيئين فضة وغش صفرا وغيره ولكنه مع هذا صرف حتى يشترط القبض قبل الافتراق ويجوز الصلح بالمجلس عنه لوجود الفضة من الجانبين وإذا اشترط القبض في الفضة يشترط في الصفر لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر ولا يخفى أن هذا إنما في كل دراهم غالبة الغش بل إذا كان الفضة المغلوبة بحيث تتخلص من النحاس إذا أريد ذلك فأما إن كانت بحيث لا تتخلص لقلتها بل تحترق لا عبرة بها أصلا بل تكون كالميتة لا تعتبر ولا يراعى شرائط الصرف وإنما كان كالمدون وقد كان في أوائل قرن تسع مائة في فضة دمشق قريب من ذلك قال الصدر وهذا مشايخنا يعني مشايخ ما وراء النهر من بخارا وسمرقند لم يفتوا بجواز ذلك أي بيعها بجنسها متفاضلا في العدالي والعطارفة مع أن الغش فيها أكثر من فضة لأنها أعز الأموال في ديارنا ولو أبيح التفاضل فيها ينفتح باب الربوا الصريح فإن الناس حينئذ يتفاوتون التفاضل في الأموال النفيسة فيتدرجون إلى ذلك في النقود الخالصة فمنع حسما لمادة الفساد والعطارفة دراهم منسوبة إلى عطارف بن عطا الكندي أمير خراسان أيام الرشيد وقيل هو خال الرشيد ثم إن كانت هذه الدراهم التي غلب غشها تروج بالوزن فالبيع بها والاستقراض بالوزن وإن كانت تروج بالعد فالبيع والاستقراض بها بالعد ليس غير وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لأن المعتبر هنا المتعارف فيهما إذا لم يكن نص على ما عرف في الربوا وما دامت تروج فهي أثمان لا تتعين بالتعيين ولو هلكت قبل القبض لا يبطل العقد وإن كانت غير رائجة فهي سلعة فتتعين بالتعيين ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم هذا إذا كانا يعلمان بحالها ويعلم كل من المتعاقدين أن الآخر يعلم فإن كانا لا يعلمان أو لا يعلم أحدهما أو يعلمان ولا يعلم كل أن الآخر يعلم فإن البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد لا بالمشار إليه من هذه الدراهم التي لا تروج وإن كانت يقبلها البعض ويردها البعض فهي في حكم الزيوف والنهرجة فيتعلق البيع بجنسها كما هو في الرائجة لكن يشترط أن يعلم البائع خاصة ذلك من أمرها لأنه رضي بذلك وأدرج نفسه في البعض الذي يقبلونها وإن كان البائع لا يعلم تعلق العقد على الأروج وإن استوت في الرواج جرى التفصيل الذي أسلفناه في أول كتاب البيع وتعيين الصرف الجياد تساهل ومن أحكام هذه الدراهم التي غلب غشها أنها لو اشترى سلعة بها فكسدت إلى قبل قبضها بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله فإن كان البيع قائما مقبوضا رده وإن كان مستهلكا أو بالكا رجع البائع عليه بقيمته إن كان قيميا أو مثله إن كان مثليا وإن لم يكن مقبوضا فلا حكم لهذا البيع أصلا وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي والأئمة الثلاثة ثم اختلفوا فقال أبو يوسف عليه قيمتها يوم البيع قال في الذخيرة وعليه الفتوى لأنه مضمون به أي بالبيع وهو نظير قوله في المغصوب إذا هلك إن عليه قيمته يوم الغصب لأنه يوم تحقق السبب وقال محمد عليه آخر

قال ويجوز البيع بالفلوس لانه مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع بها وان لم تعين لانها اثمان باصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلعة فلا بد من تعيينها واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذي بيناه

بالتعامل الناس بها وهو يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال الى القيمة وفي المحيط والتتمة والحقائق يفتى رفقا بالناس لهما ان البيع قد صح بالاجماع الا انه تعذر التسليم اي تسليم الثمن لانعدام الثمنية بالكساد والضمير ضمير الشان وانه اي الكساد لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب شيئا فانقطع في اوانه بان لا يوجد في الاسواق لا يبطل اتفاقا ويجب القيمة او ينتظر الى زمان الرطب بان يوجد في السنة الثانية وكذا هنا ولابي حنيفة رح ان الثمن يهلك بالكساد لان مالية الفلوس والدراهم الغالبة الغش بالاصطلاح لا بالخلقة وما بقي الا اصطلاح بل انتفى فانتفى الثمنية فبقي مبيعا بلا ثمن بخلاف النقدين فان ماليتهما بالخلقة ولا بالاصطلاح كمالية العبد لما كانت بالحيوة فبذهاب الحيوة لا يقال فلتبقى مبيعة اذا انتفت ثمنيتها لانا نقول تصير مبيعة في الذمة والمبيع في الذمة لا يجوز الا في السلم واعترض في بعض الحواشي بان انتفاء ثمنيتها يوجب انه يصير مبيعا مقايضة فلا يستلزم كونه دينا ولا يبطل بعدم القبض قبل الافتراق على ما قدمنا من ثبوت التعيين في البدلين بمجرد العقد فلا يلزم الافتراق عن دين بدين الا ان الجيب نظر الى ان صورة المسئلة انه باع بدراهم كذا وكذا غلب غشها وهذا لا يوجب وليس في صورة المسئلة احضر الدراهم واشار اليها بعينها بل باع بها على نمط ما يباع بالاثمان وهذا لان الغرض ان البيع وقع حال رواجها اثمانا وانما كسدت بعدها بعد القبض فلم يتبين هذا المعترض لصورة المسئلة فلم يثبت لزوم كونه بيعا بلا ثمن وشرط في العيون ان يكون الكساد في سائر البلاد ولو كسدت في بعض البلاد دون البعض لا يبطل عند ابي حنيفة رح لانها لم تهلك ليصير البيع بلا ثمن ولكن تعيبت فيكون المشتري بالخيار ان شاء اخذ مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء اخذ قيمته دنانير قالوا وما ذكر في العيون على قول محمد واما على قولهما فلا وينبغي ان يتفق البيع بالكساد في تلك البلدة التي وقع فيها البيع بناء على اختلافهم في بيع الفلوس بالفلوس عندهما يجوز اعتبارا لاصطلاح بعض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبارا لاصطلاح الكل فالكساد يجب ان يكون على هذا القياس ايضا وما ذكرناه في الكساد مثله في الانقطاع والفلوس النافقة اذا كسدت كذلك هذا اذا كسدت او انقطعت فلو لم تكسد ولم تنقطع ولكن نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالاجماع ولا تخير البائع وعكسه لو غلت قيمتها وازدادت فكذلك البيع على حاله ولا تخير المشتري ويطالب بالف من ذلك المعيار الذي كان وقت البيع والجواب عن البيع بالرطب ان الرطب مرجو الوصول في العام الثاني غالبا فكان له مظنة تغلب ظن وجوده وعندهما بخلاف الكساد فانه ليس له مظنة محققة الوجود في زمن خاص يرجى فيها بل الظاهر عدم العود لان الاصل في غالبية الغش الكساد وعدم الثمنية والشيء اذا رجع الى اصله فلما ينتقل عنه وفي الخلاصة عن المحيط ولان باع متاع الغير بغير اذنه بدراهم مغلوبة غاشة فهلكت قبل ان يدفعها الى صاحب المتاع لا يفسد البيع لان حق القبض له قوله ويجوز البيع بالفلوس لانها نوع من انواع المال فان كانت نافقة جاز البيع وان لم يعين بل لو عينت لا تتعين وللمتعاقدين ان يدفع غيرها عين لانها اثمان كالدراهم حتى لو هلكت قبل القبض لا ينفسخ العقد ويجوز ولو استبدل بها جاز ولو باع فلسا بفلسين باعيانهما يجوز على ما سلف في باب الربوا ولو باع فلسا بغير عينه بفلسين باعيانهما لا يجوز لان الفلوس الرائجة امثال متساوية وضعا لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة فيكون ربوا وان كانت كاسدة فهي مبيعة لا يصح العقد عليها ما لم تتعين فاذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت قبل القبض بطل البيع عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذي بيناه اي في الدراهم الغالبة الغش يبطل البيع عنده لا عندهما ثم تجب قيمتها يوم البيع عند ابي يوسف وعند محمد يوم الانقطاع هكذا ذكر القدوري الخلاف والذي في الاصل وشرح الطحاوي والاسرار البطلان من غير ذكر خلاف سوى خلاف زفر استدل بما تقدم من انقطاع رطب المشتري به واباق العبد المبيع قبل التسليم وخمر العصير المشتري قبل التسليم لا يبطل العقد فيها واجيب بما تقدم في الرطب واما العبد فماليته لم تبطل بالاباق

ولو استقرض فلوسا نافقة فكسدت عند ابي حنيفة لا يجب عليه مثلها لانه اعارة وموجبه رد العين معنى والقيمة فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعندهما
يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف رح يوم القبض وعند
محمد رح يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد رح انظر للجانبين وقول ابي يوسف رح ايسر

قال ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط فلوس جاز وقال زفر رح لا يجوز
في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها ثمن رابعا رح لا بالدانق ونصف الدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم
من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد وقول ابن رستم فلوس بدرهمين فلوس فكذلك عند ابي يوسف رح لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم
وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد رح انه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المبايعة
بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف رح اصح لا سيما في ديارنا

بل هو الى باق حيث هو وانما عرض العجز عن التسليم وكذا بالكسر لم يزل عن ملك المالك بل عجز عن تسليم شرعا بخلاف الكساد لهلاك الثمن به
الا ان الذي يقتضيه النظر ثبوت الخلاف كما ذكر القدوري اذ لا فرق بين كساد المنقوشة وكساد الفلوس اذ كل منهما سلعة بحسب الاصل ثمن
بالاصطلاح فان غالبة الغش الحكم فيها للغالب وهو النحاس مثلا فلو لم ينص على الخلاف بالفلوس وجب الحكم به في شرح الطحاوي ولو اشترى
بمائة فلس بدرهم وقبض الفلوس او الدراهم ثم افترقا جاز البيع لانهما افترقا عن عين بدين وقد قبضاه فان كسدت الفلوس بعد ذلك فانه
ينظر ان كان الفلس هو المقبوض لا يبطل البيع لان كسادها كهلاكها وهلاك المعقود عليه بعد القبض لا يبطل البيع وان كان الفلس غير مقبوض
بطل البيع استحسانا لان كساد الفلوس كهلاكها وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد والقياس ان لا يبطل لانه قادر على ادائه ما وقع العقد
عليه وقال بعض مشايخنا انما يبطل العقد اذا اختار المشتري ابطاله فيتخالان كسادها كيبس فيها والمعقود عليه اذا حدث عيب قبل القبض يثبت
للمشتري فيه الخيار والاول اظهر ولو نقد الدراهم وقبض نصف الفلوس ثم كسدت الفلوس قبل ان يقبض النصف الآخر بطل البيع في نصفها
وله ان يسترد نصف ثمن الدرهم وعلى هذا لو اشترى فاكهة او شيئا بعينه بفلوس ثم كسدت وقد قبض المبيع عليه ان يرد المبيع ان كان قائما او القيمة
او مثله ان كان هالكا وهذا معلوم مما ذكرنا الا ان ابا يوسف قال في هذا ان عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع لا فرق بين هذا وبين المسئلة الاولى وهو انه
اذا باع الفلوس بدرهم لان هناك لو اوجبنا رد قيمة الفلوس تمكن فيه الربوا وههنا لا يتمكن وفي المسئلتين جميعا اذا لم تكسد الفلوس غير ان
قيمتها تغيرت او خصت لا يبطل البيع وعليه ان يدفع العدد الذي عينه منها قوله ولو استقرض فلوسا فكسدت عند ابي حنيفة رح لا يرد مثلها عددا
اتفقت الروايات عنه واما اذا استقرض دراهم غالبة الغش فقال ابو يوسف في قياس قول ابي حنيفة عليه مثلها ولست روي ذلك عنه
ولكن الرواية في الفلوس اذا اقرضها ثم كسدت وقال ابو يوسف عليه قيمتها من الذهب يوم القرض في الفلوس والدراهم وقال محمد عليه قيمتها
في آخر وقت نفاقها وجه قوله انه القرض اعارة وموجب اي موجب عقد الاعارة رد العين اذ لو كان استهلاكا حقيقة موجبا لرد المثل استلزم الرجوع
بالقيمة فكان موجبا رد العين الا ان ما تضمنه هذا العقد لما كان تمليك المنفعة بالاستهلاك لا مع بقاء العين لزم تضمنه لتمليك العين وبالفرقة كتضمن
رد العين معنى وذلك برد المثل ولذا تجبر المغصوب منه على قبول المثل اذا اتى به الغاصب في غصب المثلي بلا انقطاع مع ان موجب الغصب رد العين
وذلك حاصل بالكساد والثمنية فصل في القرض غير لازم فيه وكذا يجوز استقراضها بعد الكساد ولذا يجوز استقراض كل مثلي
عددي متقارب ولا ثمنية ولهما انه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبضها فيجب رد قيمتها وهذا لان القرض وان لم يقبض وصف
الثمنية لا يقتضي سقوط اعتبارها اذا كان القبض قرضا موصوفا بها لان الاوصاف معتبرة في الديون لانها تعرف بها بخلاف
الاعيان المشار اليها وصفها لغو لانها تعرف بذواتها وتاخير دليلها بحسب عادة المصر ظاهر في اختياره قولها ثم اصل الاختلاف في
وقت الضمان اختلافهما فيمن غصب مثليا فانقطع وجبت القيمة عند ابي يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم القضاء وقولهما انظر
للمقرض من قول ابي حنيفة رح لان في رد المثل اضرارا به ثم قول ابي يوسف انظر له ايضا من قول محمد لان قيمته يوم القبض اكثر من قيمته
يوم الانقطاع فكان قول محمد انظر للمستقرض وقول ابي يوسف ايسر لان قيمته يوم القبض معلومة ظاهرة لا يختلف فيها بخلاف ضبط وقت الانقطاع فانه ايسر فكان قول ابي يوسف
ايسر في ذلك **قوله** ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس فاكهة او غيرها بان قال مثلا لبائع سلعة اشتريتها منك بنصف درهم فلوس

قال ومن اعطى صيرفيا درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الاحبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عند هما لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الاحبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة رح يبطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لانهما بيعان ولو قال اعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الاحبة جاز لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الاحبة فيكون نصف درهم الاحبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية

فقال بعتك النقد موجبا لدفع ما يباع من الفلوس بنصف درهم نقدا وكذا اذا قال بدانق من الفلوس وهو سدس درهم او بقيراط وهو نصف السدس وقال زفر رح لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وهي تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها والا فالثمن مجهول لان العقد وقع على الدانق والدرهم ثم شرط ايفاءه من الفلوس وهو صفقة في صفقة فان المعنى انه شرط ان يعطي بنصف الدرهم الذي هو الثمن فلوسا هو ان يبيعه بالدانق فلوسا ونحن نقول ان ما يباع بالدانق وما ذكرنا من الفلوس معلوم وهو المراد بقوله بنصف درهم فلوس لانه لما ذكر نصف الدرهم ثم وصفه بانه فلوس وهو لا يمكن عرف ان المراد بما يباع به من الفلوس وهو معلوم عند الناس فاغنى عن ذكر العدد بخصوصه واذا صار كنايه بما يباع بنصف وربع درهم لم يلزم جهالة الثمن ولا صفقة في صفقة لان الثمن ح من الابتداء ما يباع من الفلوس بنصف درهم ولو قال بدرهم فلوس او درهمين فكذا عند ابي حنيفة رح وعند محمد لا يجوز الا فيما دون الدرهم لان المبايعة في العادة في الفلوس فيما دون الدرهم يصير معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف صح لا يعاني ديارنا اي المدن التي وراء النهر فانهم يشترون الفلوس بالدراهم ولان المدار هو العلم بما يباع بالدرهم من الفلوس مع وجوب الحمل عليه تصحيحا للعلم بانه المراد ولا فرق في ذلك بين ما دون الدرهم والدراهم فضلا عن الدرهم ولم يذكر في المبسوط خلاف محمد والمذكور في خلافه خلاف ظاهر الرواية عنه وفي بعض النسخ سيما بغير لا وهو استعمال لم يثبت في كلام من يحتج بكلامه في اللغة وفي بعضها على الصواب قوله ومن اعطى صيرفيا درهما فقال اعطني بنصفه اربعا وقيراطا منه فلوسا وبنصفه نصفا الاحبة وعلى رواية ان يقول وثلاثة ارباعه ثلاثة ارباع درهم الاحبة وقس الباقي جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي من النصف الآخر والثلاثة الارباع وباقي الصور لان بيع نصف الدرهم بالفلوس جائز وبيع نصف درهم بنصف درهم الاحبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة رح بطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي مقارن للعقد فيشيع وقد مر نظيره يعني في باب البيع الفاسد في مسئلة الجمع بين العبد والحر اذا لم يفصل الثمن يشيع الفساد اتفاقا واذا فصل لا يشيع عندهما وعند ابي حنيفة ولو كرر لفظ الاعطاء بان قال اعطني بنصفه فلوسا واعطني بنصفه نصفا الاحبة كان جوابه كجوابهما في ان الفساد يخص بالنصف الآخر لانهما بيعان لتعدد الصفقة وهذا هو المختار خلافا لما حكي عن الشيخ ابي جعفر وشيخ الاسلام والمظفر انه لا يجوز وان كرر لفظ الاعطاء لان تعدد الصفقة عنده بتعدد البيع وهم الايجاب ولفظ اعطني مساوية واذا كان قوله يعني بكذا البيع ايجابا حتى لو قال بعت لا ينعقد ما لم يقل الاول قبلت فاعطني وليس من مادة البيع اولى وح لم يتعدد البيع فيشيع الفساد على قوله كالصورة الاولى وجه المختار ان ذلك صار معلوم المراد انه ايجاب وعلى هذا فلو تعورف في معنى مثله يصح ايضا الا انهم لم يذكروه او ان الكلام فيما اذا دفع اليه المخاطب قبل الافتراق فانه يحمل بيعا في الصفقتين بالمعاطاة فيهما والله اعلم ولو قال حين دفع اليه الدرهم الكبير اعطني نصف درهم فلوس ونصفا الاحبة جاز فيما لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم الاحبة فيتحرى للجواز بان يكون نصف درهم الاحبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس نعم قد يقال لما كان قوله نصف درهم فلوس معناه ما يباع كان الحاصل اعطني بهذا الدرهم ما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الاحبة وما يباع بنصف درهم معلوم انه يخص نصف الدرهم فصار كالاول كانه قال اعطني بنصفه نصف درهم فلوس وجوابه ان موجب التحري للتصحيح ان المعنى على ذلك التقدير اعطني بهذا الدرهم نصف درهم الاحبة وما يباع بنصف درهم فلوس وهذا يفيد انه انما اشترى ما يباع من الفلوس بنصف درهم وحبة وما يباع من الفلوس بنصف الاحبة بمثله قال المصرح وفي اكثر نسخ المختصر يعني القدوري ذكر المسئلة الثانية ولم يذكر الاولى ولذا قال شارحه وهو غلط من الناسخ فرع تقدم بعضها

كتاب الكفالة

قال الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا

في ضمن التعليل فربما يغفل عنها مصارفا جنسا بجنسين متساويا فزاد احدهما او حط شيئا وقيل الآخر التحق باصل العقد وبطل العقد وقال ابو يوسف لا يلتحق فيهما ولا يبطل وقال محمد يصح الحط فقط ويجعل به مبتدأة ولو تصارفا بغير الجنس فزاد او حط جاز لعدم اشتراط المماثلة غير ان الزيادة يجب قبضها في مجلس الزيادة لانه ثمن الصرف وعند من لا يلحق الزيادة باصل العقد كالشافعي رح واحمد لا يشترط لانها هبة ابتداء حتى ولو افترقا لا عن قبضها بطل حصة من الشيء البدل الآخر كما لو باع الكل ثم فسد في البعض لعدم القبض والحط جائز سواء كان قبل التفرق او بعده ويرد الذي حط احدهما ان كان الحط قيراط ذهب فهو شريك في الدينار مثلا لان في تبعيضه ضررا وكل مال ربوي لم يجز بيعه مرابحة ولا مواضعة اذا اشتراه بجنسه ويجوز بخلاف جنسه ولو اشترى مصوغا من فضة بفضة او من ذهب ذهبا وتقابضا فوجده المشتري معيبا له ان يرد بالعيب فان رده تقايضا ولا باس به ان لم يقبض الثمن من البائع في مجلس الرد لانه فسخ وبغير قضاء ويشترط القبض في مجلس الرد فان قبض صح الرد والا بطل وعاد البيع الاول لانه بيع في حق الشرع فان تعذر الرد بان هلك في يده او حدث عيب آخر رجع بارش العيب ان كان الثمن ذهبا لتعذر الفسخ وان كان فضة لا يرجع لانه يؤدي الى الربوا فان قبله البائع بغير شيء له ذلك والخيار للمشتري بعد رده لو اشترى دينارا بدرهم ولا دينار لهذا ولا درهم للآخر ثم اقترضا وتقابضا قبل التفرق جاز وفي المكيل لا يجوز عن ابي حنيفة رح اشترى فلوسا بدراهم ولا فلوس ولا دراهم لهما ثم نقض احدهما وتفرقا جاز ولو كان مكان الفلوس دينارا لم يجز تقدم معناه في تقسيم الطحاوي اشترى سيفا حليته مائة درهم فضة بمائتي درهم ثم علم ان حليته مائتا درهم قبل التفرق فان شاء زاد في الثمن مائة اخرى وان شاء فسخ والمائة ليست بشرط بل يزيد شيئا ليتمحض المائتان للحلية ولو علم بعد التقابض والتفرق بطل العقد في الكل ولو كان ذلك في ابريق فضة بطل العقد في نصفه لا بريق والله اعلم

كتاب الكفالة

اوردوا الكفالة عقيب البيوع لانها غالبا يكون تحققها في الوجود عقيب البيع فانه قد لا يطمئن البائع الى المشتري فيحتاج الى من يكفل بالثمن او لا يطمئن المشتري الى البائع فيحتاج الى من يكفله في المبيع وذلك في السلم فلما كان تحققها في الوجود غالبا بعدها اوردوها في التعليم بعدها لهما مناسبة خاصة بالتصرف وهي انها تصير بالآخرة معاوضة مما ثبت في الذمة من الاثمان وذلك عند الرجوع الى المكفول عنه ثم لزم تقديم الصرف لانه من ابواب البيع السابق على الكفالة فلذلك الكفالة بعده ومحاسن الكفالة جليلة وهي التفريج كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفيا هما مؤنة مع ايهما وفرج جانبهما وذلك نعمة كبيرة عليهما وكذا كانت الكفالة من الافعال العالية حتى امتن الله تعالى بها حيث قال وكفلها زكريا في قراءة التشديد وتضمين الامتنان على مريم ان جعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها بان اباح لها ذلك وسمي نبينا بذي الكفل لما كفل لما كفل حاجة من الانبياء الملك اراد قتلهم وسبب وجودها تضييق الطالب على المطلوب مع قصد الخارج دفعه عنه اما تقربا الى الله تعالى او ازالة الاذى عن نفسه اذا كان المطلوب ممن يهمه امره وسبب شرعيتها وقوع الحاجة اليها الذي ذكرناه الفا ودليل وقوع شرعيتها قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم وقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن والاجماع وشرط في الكفيل كونه من اهل التبرع فلا كفالة من صبي ولا عبد محجور ولا مكاتب ولا يصح من المريض الا من الثلث وفي الدين ان يكون صحيحا فالكفالة في بدل الكتابة لانه ليس دينا صحيحا اذ لا يلزم دين للمولى على عبده ولزوم دين الكتابة بخلاف القياس ليصل العبد الى العتق وان يكون مقدور التسليم واما مفهومها فقال المص الضم سواء كان متعلقا عينا او معنى قال في المغرب تركيبه دال على الضم والتضمن ومنه كفل البعير كساويد اي حول سنامه كالآخرة يركب عليه وكفل الشيطان مركبته واما في الشرع فما اشار اليه المص بقوله ثم قيل هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل في الدين قال والاول اصح فلا يثبت

ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين كالاول

في ذمة الكفيل خلافا للشافعي وذلك وآخر في رواية فيثبت الدين في ذمة الكفيل ولا يسقط من الاصيل ولم يرجح في المبسوط احد القولين على الآخر وبحال
من لزوم صيرورة الالف الواحد الفين كما ذكره بعض الشارحين قال في المبسوط وليس من ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الاصيل
ما يوجب زيادة حق الطالب لان الدين وان ثبت في ذمة الكفيل فالاستيفاء لا يكون الا من احدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فان كلا ضامن
للعين وليس حق المالك الا في قيمة واحدة لانه لا يستوفي الا من احدهما واختيار تضمين احدهما يوجب براءة الآخر فكذا هنا كزيد باختياره التضمين بالتعدي
منه لا يجوز حقيقة اختياره ولانه يتحقق ببراءة احدهما وبمجرد ذلك لا يبرأ الآخر مما يدل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل انه لو وهب الدين للكفيل صح
ويرجع الكفيل على الاصيل مع ان هبة الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وكذا لو اشترى من الكفيل بالدين شيئا يصح مع المشتري بالدين من غير
من عليه الدين لا يجوز والحاصل ان ثبوت الدين في الذمة اعتبار من الاعتبارات الشرعية فيجاز ان يعتبر الشيء الواحد في ذمتين انما يمتنع ان يعتبر
ثبت في زمن واحد في طرفين حقيقيين ولكن المختار ما ذكرنا انه في مجرد المطالبة لا الدين لان اعتباره في الذمتين وان امكن شرعا لا يجب الحكم لوقوع
كل ممكن الا بموجب ولا موجب لان التوثق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم ولا بد من ثبوت اعتبار الدين في الذمة كالوكيل بالشراء يطالب
بالثمن وهو في ذمة الموكل واما الجواب عن تسليم البينة والدين فانما جعلناه في حكم الدينين تصحيحا لتصرف صاحب الحق وذلك عند وقوعه بالفعل وقبله
لا ضرورة فلا داعي الى ذلك ولا يخفى ان بالنقل من قول ابي حنيفة ان الدين يقتضي ان الدين يكون في ذمة الكفيل ايضا كما هو في ذمة الاصيل اذ فعل الاداء واجب
عليه ثم الوجه ان يطلق المطالبة من غير تقييد بالدين فان الكفالة كما تكون بالدين تكون بالاعيان المضمونة بنفسها وهو ما يجب تسليمه بعينه فان هلك ضمن مثله
ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء تصح الكفالة بها يجب تسليمها واذا هلك يجب
تسليم قيمته اذا ثبت بالبينة او بالاقرار والاعيان المضمونة بغيرها وهي الاعيان الواجبة التسليم قائمة وعند هلاكها لا يجب تسليم مثلها ولا قيمتها
هو المبيع قبل القبض يتعين بالثمن وكالرهن يتعين بالدين ولو هلك لا يجب على الكفيل قيمتها واما الاعيان الواجبة التسليم وهو اما امانة كالعارية
والمستأجر فلا يصح الكفالة بها حتى هلك لا يجب على الكفيل قيمته بخلاف الاعيان الغير الواجبة التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تصح الكفالة
بها اصلا واما ركنها فالايجاب والقبول بالالفاظ الآتية ولم يجعل ابو يوسف في قوله الاخير القبول ركنا فجعل الكفالة تتم بالكفيل وحده
في الكفالة بالمال والنفس وهو قول مالك واحمد وقول الشافعي واختلفوا في قول ابي يوسف فقيل ان الكفالة تصح من الواحد وحده موقوفا
على اجازة الطالب او يصح نافذا وللطالب حق الرد وفائدة الاختلاف انما تظهر فيما اذا مات المكفول له قبل القبول من القبول بالتوقف يقول لا يؤخذ
به الكفيل واما حكمها فثبوت حق المطالبة من الكفيل متى شاء سواء تعذر عليه مطالبة الاصيل او لا وفي رواية عن مالك لا يطالب الا اذا تعذر ذلك
وقال ابن ابي ليلى وابن شبرمة وداود وابو ثور تنتقل الحق الى ذمة الكفيل فلا يملك مطالبة الاصيل اصلا كما في الحوالة وما ذكر في المنظومة من نسبة
ذلك الى مالك خلاف ما في مشاهير كتب اصحابنا احتجوا بما روى ابو سعيد الخدري انه صلى الله عليه وسلم حضر جنازة فقال هل على صاحبكم دين فقالوا
نعم درهمان فقال صلوا على صاحبكم فقال علي هما علي انا لهما ضامن فقام صلى الله عليه وسلم وصلى عليه ثم اقبل على علي فقال جزاك الله خيرا وفك
رهنك كما فككت رهان اخيك فقيل يا رسول الله خاصة ام للناس كافة فقال للناس كافة فدل على ان المضمون عنه بريء من الضمان بالحوالة
قوله صلى الله عليه وسلم نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه وقوله في خبر ابي قتادة الآن بردت جلدته وصلوا عليه وسلم على المضمون عنه

قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي رح لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي في ذلك والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة فيه وهو الضم في المطالبة **قال** وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او بروحه او بجسده او برأسه وكذا بدنه وبوجهه لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بين فلان او برجله لانه لا يعبر بها عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليها كما تقدم وعند زفر يصح كما اذا قال بنفسه لانه تعبير بوجه او قال هو علي لانه صيغة الالتزام او قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال عليه السلام ومن ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا او ضياعا فالي وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل لان الزعامة هي الكفالة وقد مر بيانه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الضلع قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن معرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة

لانه بالضمان صار وفاء وانما امتنع عن الصلوة على مديون لم يخلف وفاء وقوله فكيف اصدر هاتك لانه كان بحال لا يصلي عليه فلما ضمن عنه فكه عن ذلك ولا يخفى انه لم يقع الجواب بعد فان الدليل يتم بصلوته عقيب ضمان على اذ يدل على ان الضمان تم بذلك **قوله** قال اي القدوري الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال ويدخل في الكفالة بالمال الكفالة بالاعيان التي ذكرناها والكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول ثم نقل عن الشافعي ان الكفالة بالنفس لا تجوز وهو قول له مخالف للقول الاظهر عندهم وهو انها جائزة كقولنا واستدل لقوله المصنف بانه التزام ما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به فكان كبيع الطير في الهواء وهذا لانه حر لا ينقاد له ولا ولاية له عليه خصوصا اذا كفل بغير امره وكذا بامره لان امره بكفالته لا يثبت له ولاية عليه وصار كالكفالة ببدن الشاهدين واستدل للمذهب بما اخرجه من قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم باعتبار عمومه وقوله بنوعيه اي نوع عقد الكفالة واعترض بانه مخصص بالزعيم في المال من نفس الحديث حيث قال غارم والكفيل بالنفس لا غرم عليه للمال واجيب بان الغرم لا يختص بالمال بل الغرم اذا لزم مما يتضرر والغرم اللازم ذكره في الجمل والكفيل بالنفس يلزمه الاحضار وقد يثبت بالقياس على كفالة المال وهو ما اشار اليه المص بقوله والحاجة ماسة وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وحاصله الحاقه بجامع عموم الحاجة اليها احياء للحقوق مع الايجاب والقبول والشرائط وما ظن من انتفاء الشرط بانتفاء القدرة على تسليمه ممنوع لان الظاهر انه ينقاد اذا كان بامره وان كان بلا امره يمكنه احضاره بالاستعانة باعوان الحاكم وابطل بعضهم قوله لا يقدر على نفس المكفول به بانه مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصح دليلا ولا يخفى ان ليس المراد بالقدرة المنفية القدرة الشرعية ليكون مبنيا على عدم جواز الكفالة فيلزم الدور لقليل تامل وروي انه صلى الله عليه وسلم كفل رجلا في تهمة وكان بين علي وعمر رضي الله عنهما خصومة فكفلت ام كلثوم بنفس علي واعترض بالمناقضة في الحدود والقصاص فان الكفالة بالنفس فيها لا تصح وان كان تسليم النفس واجبا كتسليمها للجواب والجواب بمنع عدم صحتها مطلقا بل المنصوص في الاصل صحة الكفالة بنفس من عليه حد القذف والسرقة والقصاص في النفس وما دون النفس ووجهه انها من حقوق العباد من وجه في بعضها ومن كل وجه في بعضها واما حد الزنا والشرب فعدم صحة الكفالة للزوم التنافي فان الحد يحتال في درئه وصحة الكفالة للاستيثاق والاحتيال لاستيفائه فقام المانع فيهما واما الجبر على اعطاء الكفيل فيما نفي الحد ولا يجبر بالاجماع وفي القصاص كذلك عند ابي حنيفة خلافا لهما واما عدم صحة الكفالة بنفس الشاهد ليؤدي فلان الكفالة لا تفيد لان الشاهد عند مطالبة الطالب بالاداء اما ان يجيب ويحضر او لا ففي الاول لا حاجة الى الكفالة وفي الثاني يلزم فسقه فلا تقبل شهادته ولو احضره الكفيل بخلاف ما نحن فيه **قوله** وتنعقد اذا قال تكفلت الخ شروع في ذكر الالفاظ التي تثبت بها الكفالة وهي صريح وكناية فالصريح كفلت وضمنت وزعيم وقبيل وحميل وعلي والي ذلك عندي هذا الرجل على ان اوافيك به او على ان ابقاك به او وجهه علي وحميل بالمهملة بمعنى كفيل به يقال حمل به حمالة بفتح العين في الماضي وكسرها في المضارع وروي في الفائق الحميل ضامن وانا القبيل فهو ايضا بمعنى الكفيل ويقال قبل به قبالة بفتحها في الماضي وضمها وكسرها في المضارع وهذه الالفاظ توجب لزوم موجب الكفالة اذا اضيفت الى جملة البدن او ما يعبر به عن الجملة حقيقة في اللغة والعرف وما لا فلا على وزان الطلاق على ما مر مثل كفلت او انا حميل او زعيم بنفسه او رقبته او روحه او جسده او رأسه او بدنه او وجهه لان هذه يعبر بها حقيقة كالنفس والجسد والبدن وعرفا ولغة مجازا كالرأس وتحرير رقبة وتقدم في الطلاق ولم يذكر محمد رح ما اذا كفل بعينه قال البلخي رح لا يصح كما في الطلاق الا ان ينوي به البدن والذي يجب ان يصح في الكفالة

قال فان شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق يستحق عليه ما لم يظهر عجزه عن الاحضار او يدعي ما يدرأ الحبس او غاب المكفول بنفسه فيمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره حبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق قال وكذا اذا ارتد والعياذ بالله ولحق بدار الحرب وهذا لانه عاجز في المدة فيفرق كالذي عسر وكوسلمه قبل ذلك يرى لان الاجل حقه فيملك اسقاطه كما في الدين المؤجل

والطلاق اذ العين مما يعبر عن الكل يقال عين القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفا في زمانهم لما في زماننا فلا شك في ذلك بخلاف ما لو قال بدنه او رجله ويأتي في ذمته كما تقدم في الطلاق وكذا اذا اضاف الى جزء شائع منه كثلث نصفه او ثلثه اذ جزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى وذكر بعضها شائعا كما ذكر كلها وجه ضمنت بازه تصريح بموجبه لان موجب الكفالة لزوم الضمان في المال في اكثر الصور وعلى صيغة التزام والى في معناه قال صلى الله عليه وسلم من ترك كلا اي عيالا فالي لان العطف يقتضي المغايرة وقوله وقدر دينا فيه اقتصر في بعض النسخ وفي بعضها الحديث يريد قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم في الصحيحين عن ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا فالينا واخرجه ابو داود والنسائي وابن ماجه عن المقدام بن معدي كرب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك كلا فالي ومن ترك مالا فلورثته وانا وارث من لا وارث له اعقل عنه وارثه والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه رواه ابن حبان في صحيحه وفي لفظ لابي داود وانا اولى بكل مؤمن من نفسه فمن ترك دينا او ضيعة فالي بخلاف ما لو قال انا ضامن لمعرفته لا تثبت به الكفالة لانه التزم المعرفة دون المطالبة وكذا بمعرفته وكذا انا ضامن لك على ان اوقعك عليه او على انا ادلك عليه او على منزله ولو قال ضامن لمعرفته او على تعريفه وفيه اختلاف المشايخ والوجه ان لا يلزم لانه مصدر متعد الى اثنين فقد التزم ان يعرفه الغريم بخلاف معرفته فانه لا يقتضي الا معرفة الكفيل للمطالب عن نصير قال سأل ابن محمد بن الحسن ابا سليمان الجرجاني عن رجل قال لآخر انا ضامن لمعرفته فلان قال ابو سليمان اما في قول ابي حنيفة وابيك لا يلزمه شيء واما ابو يوسف قال هذا على معاملة الناس وعرفهم قال الفقيه ابو الليث في النوازل هذا القول عن ابي يوسف غير مشهور والظاهر ما عن ابي حنيفة ومحمد في خزانة الواقعات وبه يفتى اي بظاهر الرواية لكن نص في المنتقى ان في قول ابي يوسف فيمن قال انا ضامن لك بمعرفة فلان يلزمه وعلى هذا معاملة الناس وفي فتاوى النسفي لو قال الدين الذي لك على فلان انا ادفعه اليك او اسلمه اليك له واقتضه لا يكون كفالة ما لم يتكلم بما يدل على الالتزام وفي الخلاصة عن متفرقات حالة قيده بما اذا قاله منجزا فلو معلقا يكون كفالة نحو ان يقول ان لم يوف فانا اوفي نظيره وفي النذر لو قال انا احج لا يلزمه شيء ولو قال ان دخلت الدار فانا احج يلزمه الحج **قوله** فان شرط في الكفالة اي بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه او يوم لزمه احضاره وفيه والاحبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه وهذا اذا لم يظهر عجزه عن احضاره فان ظهر لا يحبسه اذ لا فائدة في حبسه كما اذا مات المكفول به فان الكفالة تبطل فان غاب وعلم مكانه لا يطالب الكفيل للحال ويؤجل الى مدة يمكنه الاحضار فيها فان لم يحضره ظهرت مماطلة الكفيل فيحبس الى ان يظهر للقاضي تعذر الاحضار عليه بدلالة الحال او الشهود بذلك فيخرج من الحبس وينتظر الى وقت القدرة كالاعتبار بالدين واذا خرج لا يحول بينه وبين المكفول له فيلازمه ولا يمنعه من اشغاله ولو لم يكن يعلم مكانه سقطت مطالبة الكفيل فلو قال للطالب يعرف مكانه وقال الكفيل لا اعرف وان كانت له حرفة معروفة يخرج اليها الى موضع معلوم للتجارة فالقول للطالب فيؤمر الكفيل بالذهاب اليه لان الظاهر شاهد له وان لم يكن لذلك فالقول للكفيل لانه يتمسك بالاصل وهو الجهل وينكر لزوم المطالبة وقيل لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبس حتى يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه بالضمان فلا يصدق في دعوى ما يسقطها فان اقام الطالب بينة انه في موضع كذا يؤمر الكفيل بالذهاب اليه وفي بعض النسخ قوله وكذا اذا ارتد ولحق بدار الحرب يعني بمهلة الحاكم مدة ذهابه الى دار الحرب ان كان بينهما موادعة فان لم يكن لا يؤخذ الكفيل للعجز عنه واللحاق وان كان موتا فهي حكمي في حالة يعطى الاقرب اليه اما حقوق العباد فثابتة على حالها ولم يفصل في المذهب بين المسافة البعيدة والقريبة وللشافعية فيما اذا كانت مسافة القصر وجهان احدهما لا يسقط الطلب كما هو دونها والثاني يسقط الحاق بالقيمة المتقومة

قال واذا حضره وسلمه في مكان يقدر الكفيل له على المخاصمة مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لايفاء ما التزمه وحصل المقصود به وهو الاحضار لانه التزم التسليم لا غير واذا قبل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وقيل برئ ايضا لان الظاهر المعاونة على الاحضار وان سلمه في برية لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة لحصول المقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون مشهورا فيه فيعاونه وان سلمه في السجن فقد سلمه في الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيه **قال** واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال واذا مات المكفول له كان للطالب ان يطالب الكفيل وان لم يكن فللوارث لقيامه مقام الميت **قال** ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فانا بريء فدفعه اليه فهو بريء لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين

قوله واذا احضره وسلمه اليه في مكان يقدر المكفول له على ان يخاصمه مثل ان يكون في مصر من الامصار برئ الكفيل من الكفالة سواء قبله الطالب او لا كالمديون اذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب وهذا لانه التزم التسليم بالكفالة لا غير وقد حصلت ثم الشرط عندهما ان يكون ذلك المصر هو المصر الذي كفل فيه وعن ابي حنيفة ليس ذلك بشرط وعلى المسئلة الاخرى من مسائل التسليم وضعها هنا انسب وجه قوله انه يثبت بذلك قدرة المخاصمة في الجملة وهما يقولان المقصود من التكفيل نفسه تحصيله في وقت يقدر فيه على مخاصمته وهذا لا يكون ظاهرا الا في مصره لان شهوده ظاهر فيه لا في غيره من الامصار فلا يفيد الكفيل فائدة المقصود وقولهما ارجح وفي الفتاوى القاضي اذا اخذ كفيلا من المدعى عليه بنفسه فان الكفيل اذا سلمه الى القاضي او الى رسوله برئ وان سلم الى المدعي لا وهذا اذا لم يضف الكفالة الى المدعي فان اضافه بان قال اكفل للمدعي فالجواب على العكس اما ان عين مجلس القاضي او المسجد الجامع فالمذهب انه اذا سلمه في السوق برئ لان المقصود من الكفالة يحصل بذلك وهو قدرة المخاصمة وحين اختلف الزمان رأى المشايخ انه لا يبرأ بذلك لان البراءة كانت باعتبار انه يقدر على ايصاله الى مجلس القاضي لمعاونة الناس وغيار الطريق الآن لا يقدرون او لا يفعلون ان قدروا فكان التقييد مفيدا وقد روي ذلك عن ابي يوسف نصا وقال لان الناس لا يعينونه للاحضار قيل ويجب ان يفتى بهذا ولو شرط تسليمه عند الامير مثلا عند القاضي او عزل ذلك القاضي وولي غيره فعند الثاني جاز في الخلاصة ولو سلمه في برية او سواد لا يبرأ اتفاقا ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه وفي المنتقى رجل كفل بنفس محبوس ينبغي للقاضي ان يخرجه حتى يدفع الكفيل الى المكفول له ثم يعيده الى السجن مفهوم قوله وقد حبسه غير الطالب يدل عليه وفي العيون لو ضمن نفس رجل حبس المطلوب في السجن فاتى به الذي ضمنه الى مجلس القاضي فدفعه اليه قال محمد لا يبرأ لانه في السجن ولو ضمنه وهو في السجن يبرأ ولو خلي عن الحبس ثم حبس ثانيا فدفعه اليه وهو في الحبس ان كان الحبس الثاني من امور التجارة ونحوها صح الدفع وان كان في امر من امور السلطان لا يبرأ ولو حبس الطالب المطلوب ثم اخذ الطالب الكفيل فقال ادفعه الي فدفعه اليه وهو في الحبس قال محمد برئ بتسليمه اليه وهو في حبسه ومفهوم هذا التقييد في قول المص وقد حبسه غير الطالب ولو قال المطلوب في السجن دفعت نفسي اليك عن كفالته كان جائزا ايضا وبرئ الكفيل وفي الواقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر ان يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه عجز عن احضاره **قوله** واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل يعني يبرأ لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب الذي هو النفس بخلاف الكفيل بالمال اذا مات فانه يطالب باداء ما كفل به لان ماله يصلح للوفاء بذلك فيطالبه الوصي فان لم يكن فالوارث لقيامه مقام الميت ويرجع ورثة الكفيل على الاصيل اعني المكفول عنه ان كانت الكفالة بامره كما في الحيوة ولو كان الدين مؤجلا ومات الكفيل قبل الاجل يؤخذ من تركته حالا ولا يرجع ورثته على المكفول عنه الا بعد حلول الاجل لان الاجل باق في حق المكفول عنه لما مر وجل لتعاجيله عن زفر لا يحل بموت الكفيل على الكفيل ايضا اما لو مات المكفول له فلا تسقط الكفالة بالنفس كما لا تسقط بالمال لان الكفيل موجود وعلى قدرته والوصي او الوارث يقوم مقام الميت في المطالبة فيطالبه بذلك **قوله** ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعته اليك فانا بريء فدفعه اليه فهو بريء لانه اي دفع المطلوب هو موجب التصرف يعني الكفالة ولا يحتاج في ثبوته الى التنصيص عليه فالملك موجب البيع فيثبت عنده من غير ان يشترط والتحقيق ان موجب الكفالة وجوب الدفع عند المطالبة وجوازه عند عدمها والبراءة موجب الدفع فان كانت حكم متعلق موجب الكفالة فاذا وجد وجدت وقد وجد اذ قد فرض الدفع فثبتت من غير حاجة الى اشتراطها وقوله كما في قضاء الدين يعني اذا اسلم المديون الدين للدائن ولا مانع من القبض برئ وان لم يقبضه كالغاصب اذا رد المغصوب

ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل او رسوله لقيامهما مقامه

قال فان تكفل بنفسه على انه ان لم يوافه به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره الى ذلك الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي رح لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع وكذا انه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث انه التزام فكان لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كوجوب الزكوة ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف

على المالك يبرأ مع انه جائز فهنا اولى والبائع اذا اسلم المبيع الى المشتري قال الفقيه ابو الليث انما ذكر هذا الدفع توهم انه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة الى ان يستوفي حقه لان الكفالة ما اريدت الا للتوثق لاستيفاء الحق فما لم يستوفه يجب عليه تسليمه الى ان يوفيه فازال هذا الوهم بيان ان عقد الكفالة يوجب التسليم مرة لا لافادة التكرار **قوله** ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته اي من كفالة الكفيل وذلك بان يقول سلمت نفسي او دفعت نفسي اليك من كفالة فلان صح عن كفالة الكفيل بذلك قال شمس الائمة لا نعلم فيه خلافا قال المص لانه اي المكفول مطالب بالخصومة وفي بعض النسخ مطالب بالحضور يعني اذا طالب طالب الكفيل فكان تسليمه نفسه على هذا الوجه مسقطا ذلك عن نفسه اذ طالبه بمحل الدين الذي عليه فلا يكون متبرعا كالمحيل اذا قضى الدين بنفسه يصح قبل الطالب او لم يقبله وكذا اذا اسلمه رسول الكفيل او وكيله لقيامهما مقامه يعني اذا قال سلمت اليك نفسه عن الكفيل بخلاف ما اذا لم يقل ذلك بل سلم نفسه ولم يزد على ذلك او سلمه الوكيل ولم يقل ما ذكرنا لا يبرأ الكفيل او سلمه اجنبي لا بامر الكفيل عن الكفيل لا يبرأ الكفيل ح بخلاف ما اذا سكت الاصيل فلم يقل شيئا لا يبرأ **قوله** فان تكفل بنفسه على انه ان لم يوافه به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره الى ذلك الوقت فهو ضامن للالف لان الكفالة بالمال في هذه المعلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة المعلقة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل منهما للتوثق ولعله يطالبه بحق آخر فهذان مطلبان اما الاول فخالف فيه الشافعي فقال لا تصح هذه الكفالة لانه اي لان تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع كما لا يجوز تعليق البيع كان يقول اذا دخلت الدار فقد بعتك كذا بمائة فقبل الآخر لا يثبت البيع عند الدخول كذلك هذا ولنا انه اي عقد الكفالة يشبه البيع في الانتهاء ومن حيث ان الكفيل بالامر يرجع اي المكفول عنه بما ادى فصار كالمعاوضة ويشبه النذر ابتداء من حيث انه تبرع في الابتداء بالتزام المال فبالنظر الى الشبه الاول فقط لا يصح تعليقه وبالنظر الى الثاني فقط يجوز مطلقا فان النذر يصح تعليقه مطلقا فعملنا بالشبهين فقلنا ان كان التعليق بشرط متعارف بين الناس اي تعارفوا تعليقها يصح عملا بشبه النذر وان كان بغيره متعارف كدخول الدار وهبوب الريح ونحوه لا يجوز عملا بشبه البيع والتعليق بعدم الموافاة متعارف ثم ذكر خصوص الكيفية في صورة المسئلة وهي الالف اتفاقي في التصوير فان الكفالة لا تتوقف صحتها على معلومية القدر المكفول به بل لا يضره جهالة المكفول به ولو قال كفلت لك بما لك عليه صح مما تثبت بالبينة انه عليه له لزمه واما الثاني فقد نقل عن الشافعي عدم صحة الكفالتين وهو على خلاف الصحيح عنه بل الكفالة بالنفس جائزة وانما لا يصح الكفالة الثابتة للتعليق واما ثبوت صحتها فللمقتضي وهو الكفالة بالنفس اولا ثم الكفالة بالمال ثانيا معلقة وقد وجد الشرط فصحت كفالتان متعددان الموجب لان موجب تلك تسليم النفس وموجب الاخرى تسليم المال وليس اسقاط احدهما اسقاطا للاخرى لجواز ان يكون له مال آخر يدعي به غير المال الذي كفل به مطلقا وليس في اللفظ ما يوجب ان التزام الكفالتين على البدل الا لو كانت العبارة كفلت بنفسه على اني ان لم اوافه اي كذا كنت كفيلا بما عليه بدل نفسه ولم يذكر كذلك بل اللفظ على ثبوت الكفالة بالنفس منجزا بقوله كفلت بنفسه وعلى تعليق كفالة اخرى بالمال بعدم الموافاة به وقد وجد الشرط فيثبت الكفالتان ولا يخفى ح انه لو كانت المعلقة بما له عليه بان كفل بنفسه على انه ان لم يوافه به الى كذا فهو كفيل بكل ما له عليه ينبغي انه اذا ثبت له عليه مال فدفعه ثم اعترف بانه لم يسبق له قبله حق حتى ان تبطل الكفالة بالنفس ح ولو توارى المكفول له عند مجيء الوقت فلم يجده الكفيل ليدفعه اليه وخاف لزوم المال عليه يرفع امره الى القاضي لينصب وكيلا فيسلمه اليه وعلى هذا لو باع على ان المشتري بالخيار ثلاثة ايام فتوارى حتى كادت تمضي يرفع المشتري الى القاضي لينصب وكيلا عن البائع ويرد عليه قال الفقيه ابو الليث هذا خلاف قول اصحابنا وانما روي في بعض الروايات عن ابي يوسف ولو فعله القاضي فهو حسن ذكره في الخلافيات

ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يوافك به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وعدم الموافاة قال

ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها او لم يبينها حق تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يوافه به غدا فعليه المائة فلم يوافه به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان لم يبينها حق تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك دعوى المائة علق مطلقا لخبط الامر في انه لم ينسبه الى ما عليه ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها ولكن لم يصح الدعوى من غير بيان لا تجب لعصار النفس واذا لم تجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا بانه مما عليه والعادة جرت باجمال الدعاوى فتصح الدعاوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية

وفيها كفل بنفس رجل على انه ان لم يوافه به غدا فالمال الذي للطالب على فلان رجل آخر وهو كذا على الكفيل جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف الاول فهنا ثلاث مسائل احدها ان يكون الطالب والمطلوب واحدا في الكفالتين وهو جائز استحسانا والثانية ان يكون الطالب مختلفا فيها فتبطل الكفالة بالمال سواء كان المطلوب واحدا او اثنين وان كان الطالب واحدا والمطلوب اثنين فهو مختلف فيه ولو كفل بنفسه الى غد فان لم يوافه غدا في المجلس مثلا فعليه المال الذي عليه واشتراط الكفيل على الطالب ان لم يوافه عند التبضة بمنى فانا بريء منه فالتقى بعد الغد فقال الكفيل قد وافيت وقال الطالب قد وافيت ولم توافه انت لم يصدق واحد منهما فلو اقام المطلوب بينة على الموافاة برئ من الكفالتين وكلما كفل على انه ان لم يوافه فعليه المال فادعى الكفيل انه وافاه به لا يصدق ولو كفل بنفسه وقال فان غاب فلم اوافك به فانا ضامن لما عليه فهذا على ان يوافيه بعد الغيبة قوله ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يوافه به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه يعني بعد الغد ضمن المال للمكفول له ويرجع على ورثة المكفول به ان كانت الكفالة باذنه فان قيل ينبغي ان لا يجب المال اذا مات المكفول به لان شرط صحة الكفالة بالمال بقاء الكفالة بالنفس وهي انما تبقى بموت المكفول به على ما عرف وصار كما لو ابرأ المكفول له الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل الوقت اجيب بالفرق بان الابراء وضع لفسخ الكفالة فتنفسخ من كل وجه بخلاف الانفساخ بالموت انما هو ضرورة العجز عن التسليم المقيد فيتقدر اذ لا ضرورة الى تعديها الى الكفالة بالمال واما حل جواب المجتبى والمبسوط بان تصحيحهما بطريق التقديم والتاخير بان يجعل كانه كفل بالمال للحال ثم علق ابراءه بعدم الموافاة فخروج عن الظاهر احتياطا لايجاب المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة ولم يذكر في اكثر نسخ الجامع الصغير لفظ الغد ولهذا لم يذكره فخر الاسلام والصدر الشهيد وقاضي خان فثبت الفرق بين مسئلة الجامع والقدوري بان هذه مطلقة وتلك مقيدة بالوقت فلهذا ذكرها المص والوجه ان هذه تفيد فائدة اخرى وهي ان عدم الموافاة اذا كان لعجز الميت لا اثر له ويثبت عنده فيما اذا كان يتوهم ان العجز الموجب لعدم الموافاة يكون عن تقصير من الكفيل بخلاف موت المكفول عنه لانه غلب عن ذلك بامر سماوي لا اجله له في دفعه ولا تقصير منه فيه والا تكون تلك مقيدة وهذه مطلقة لا تفيد عدم معرفة حكم هذه اذا عرف ان المدار وجود الشرط ولا فرق بين المقيد والمطلق فيه هذا اذا مات المكفول به قبل مجيء الوقت بل يجب المال وينافي تركته اذا مضى الوقت قال ظهير الدين في الاصل اشارة الى انه يجب فانه قال ان توفي وفاة الكفيل بالمكفول الطالب قبل انقضاء المدة لا يلزم الكفيل المال وان ابى القبول يجبر عليه لان لهم حقا في ذلك وهو ان لا يلزمهم المال عند انقضاء المدة قوله ومن ادعى على آخر الخ عزاها في الجامع محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل لزم رجلا وادعى عليه مائة دينار فبينها او لم يبينها او لزمه ولم يدع مائة دينار فقال له رجل دعه فانا كفيل بنفسه الى غد فان لم اوافك به غدا فعلي مائة دينار فرضي بذلك فلم يوافه به غدا قال عليه المائة بالدينار في الوجهين جميعا اذا ادعى ذلك صاحب الحق انه له وهذا قول ابي يوسف وقال محمد ان ادعى فلم يبينها حتى كفل له بالمائة دينارا او ادعاها بعد ذلك لم التفت الى دعواه واراد بالوجهين ما اذا بينها اي ذكرها جيدة او ردية او وسط او غير ذلك او لم يذكر كذا قيل والاخرى ان يراد بالوجهين ما اذا ادعى المائة بينها اولا وما اذا لم يدع شيئا حتى كفل له ثم ادعى المقدار الذي سماه الكفيل لمحمد وجهان احدهما انه علق التزام مال مطلق بخطر هو عدم الموافاة اذ لم ينسب المائة الى ما عليه وهو رشوة على ان يترك المطلوب في الحال فلا يصح التزام هذا المال وكلامه يحتمل ذلك لما يحتمل ما يدعيه فلا يثبت ذلك بالشك وعلى هذا الوجه يحمل ابو منصور الماتريدي وهذا الوجه

قال ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رح معناه لا يجبر عليها عنده ولا يجبر في حد القذف لأن فيه حق العبد وفي القصاص لأنه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ولأبي حنيفة قوله عليه السلام لا كفالة في حد من غير فصل ولأن مبنى الكفالة على البدل فلا تجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير وصحت نفسه به يعم بالإجماع لأنه أمكن ترتيب موجب عليه لأن بتسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم قال ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي لأن الحبس للتهمة هاهنا والتهمة تثبت بواحد شطري الشهادة أي العدد أو العدالة بخلاف الحبس في باب الأموال لأنه قضاء عقوبة فيه فلا يثبت إلا بحجة كاملة وذكر في أدب القاضي أن على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة

لا يمنع صحة الكفالة بالنفس الثاني أن الكفالة بالنفس باطلة لأن صحتها موقوفة على صحة الدعوى ولم تصح مع جهالة المدعى به من غير بيان فلم يجب إحضار النفس فلم تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لأنه بناء عليه وإذا لم تصح الأولى لم تصح الثانية وعلى هذا الوجه عول الكرخي وهو مبطل للكفالتين قال المص ولهما أن المال ذكر معرفا فينصرف إلى ما عليه والعادة جرت بالإجمال في الدعوى قبل الحضور إلى مجلس القاضي احترازا عن حيل الخصوم ثم تقع البيان فيه فيصح الدعوى على اعتبار البيان فإذا بين الحق البيان بأصل الدعوى فيتبين صحة الكفالة الأولى فيترتب عليها صحة الثانية ونحن قد سمعناك عبارة الجامع الصغير والمال منكر فيه حيث قال فعلي مائة دينار وكذا ذكر غير واحد وكذا في المبسوط بالوجهين ترك المقدمة الأولى ويقال إنه إذا ظهرت الدعوى بألف ظهر أنه أراد الألف التي يدعيها حكما بأن الكفيل كان يدري خصوص دعواه تصحيحا لكلام العاقل بالإمكان فتصح الكفالة حين تقع على اعتبار بيان الدعوى بذلك القدر وحاصل هذا أنا لا نحكم حال صدورها بالفساد بل الأمر موقوف على ظهور الدعوى بذلك القدر فإذا ظهرت ظهر أنها كفل للمدعي بها بالألف وفي الخلاصة قال إذا كفل بنفس رجل على أن لم يوافه به غدا فعليه ألف درهم ولم يقل التي عليه فمضى غد ولم يوافه به فلان يقول الشيء على ذا الطالب يدعي ألفا والكفيل ينكر وجوبه على الأصيل فعلى الكفيل ألف درهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا شيء عليه وهذا يقتضي أن الحاصل أن أبا حنيفة وحده يستفاد منها أن الألف تجب على الكفيل بمجرد دعوى المكفول له وإن كان الكفيل ينكر وجوبه على الأصيل وح ذكرنا ما يظهر فيها قوله ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رح قال المص معناه لا يجبر على إعطاء الكفيل عنده وقالا تجبر في حد القذف لأن فيه حق العبد ولهذا يشترط الدعوى وفي القصاص خالص حق العبد ليس كذلك بل الغالب فيه ذلك حق الله تعالى لإخلاء الأرض عن الفساد ومعنى الجبر ليس أن يحبس حتى يعطي بل يلازمه ولا يدعه يدخل بيته إلا وهو معه أو يحبس معه خارج البيت أو يعطي كفيلا بخلاف الحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنا والشرب لا تجوز الكفالة وإن طالب نفس المدعى عليه بإعطاء الكفيل بعد الشهادة أو قبلها لا يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لأنه لا يصلح لدعوى أحد في الزنا والشرب فلم تقع الكفالة بالنفس بحق واجب على الأصيل وبعد إقامة البينة يقبل التعديل أو شهادة واحد عدل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا معنى للكفالة بخلاف ما فيه حق العبد فإن حضوره مجلس الحكم مستحق عليه بمجرد دعوى القذف والقتل حتى يجبره القاضي على الحضور ويحول بينه وبين اشتغاله فتصح الكفالة بإحضاره وأورد عليه ينبغي أن لا يحبس بذلك لأن معنى الاستيثاق فيه أكثر أجيب بأن الحبس في هذا ليس للاحتياط لإثبات الحد بل لتهمة الدعارة والفساد تعزيرا وإذا لم يكفل به ما دام يمتنع قال يلازمه إلى وقت قيام القاضي عن المجلس فإن أحضر البينة فبها وإلا خلى سبيله وروي عن أبي يوسف في الذي يجمع الخمر ويشربه ويترك الصلاة أحبسه وأؤدبه ثم أخرجه عن متهم بالقتل والسرقة وضرب الناس فإني أحبسه وأخلده في السجن إلا أن يتوب لأن شر هذا على الناس وشر الأول على نفسه ولأبي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد رواه البيهقي وقال تفرد به عمر بن أبي عمر والكلاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وهو من مشايخ بقية أبو بكر ورواه ابن عدي في الكامل عن عمر الكلاعي وأعله به قال مجهول لا أعلم روى عنه غير بقية كما يروى عن سائر المجهولين ولأن مبنى الحد على الحدود وإنما لمنفعة الله تعالى والتي فيها حق العبد كالقصاص على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لأنه لا يندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير حيث يجبر المطلوب على إعطاء الكفيل فيه بنفسه وصحت نفسه أي نفس المطلوب بإعطاء الكفيل بلا جبر يعني في حد القذف

قال والرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه دين مطالب به فيمكن استيفاؤه فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما قال ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلا آخر بنفسه فهما كفيلان لان موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق فالاربعة فيان واما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به او مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بما لك عليه او بما يدركك في هذا البيع لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيه الجهالة وعلى الكفالة بالدرك لجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل بنجوم صحت الكفالة وان احتملت المبايعة ولا تنتصر وشرط ان يكون دينا صحيحا ومراده ان يكون بدل الكتابة وسيأتيك في موضعه ان شاء الله قال والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاصل لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة صحيحة فتنعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان يرجع بها عليه تكون كفالة ولو شرط احدهما ان يطالب الآخر لا يصح لان مقتضاها التمويل والاستيفاء والاختيار يتضمن احدهما اختيار احدهما من التمليك ومن التمليك من الثاني اما المطالبة بالكفالة لا يتضمن التمليك وفي هذا الفرق

والقصاص جاز لانه امكن ترتيب موجبه عليه وهو تسليم النفس لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب بها الكفيل فيتحقق الضم ومقتضى التعليل صحة الكفالة اذا صرح بها في الحدود الخالصة حقا لله تعالى لان تسليم النفس واجب فيها لكن نص في الفوائد الجمازية والشاهدية على ان ذلك في الحدود التي فيها للعباد حق كحد القذف لا غير كما ذكرنا ومن قريب ولانه معارض بوجوب الدرء ولا يحبس في الحدود حتى يشهد شاهدان يشهدان او شاهد عدل يعرفه القاضي انه عدل ليقضي المجهول لان الحبس هنا للتهمة لا لاستيفاء الحق والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة لان التهمة تثبت بذلك فاذا وقعت التهمة حبس بالنص وهو ما روى بهز بن حكيم عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة ومنه تحريمه والكلام فيه في الحدود بخلاف الاموال لان الحبس اقصى عقوبة فيه اي في المال فانه لو ثبت المال بالبينة العادلة وامتنع من الايفاء يحبس فكان اقصى عقوبة فيها اما الحدود والقصاص فاقصى العقوبة فيها القتل والحبس نوع عقوبة فجاز ان يعاقب بالحبس قبل ثبوت الحد والقصاص وفي الصحاح والمغرب التهمة بالتحريك واصل التاء واو من وهمت الشيء اهمه وهما من باب ضرب اي وقع في خلدي والوهم ما وقع في القلب من الخاطر واتهمت فلانا كذا والاسم التهمة بالتحريك اصله اوتهمت كما في اتكلت اصله اوتكلت بمعنى اعتمدت قلبت الواو ياء لانكسار ما قبلها ثم ابدلت تاء وادغمت في تاء الافتعال قال المص وذكر في ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص مشاهدة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة اذ هما يقولان بجواز الكفالة فيحصل بها المقصود فكان غيرهما روايتان في رواية يحبس ولا يكفل وفي اخرى يكفل ولا يحبس لحصول المقصود باحدهما ويجمع بينهما بان المراد بالاولى يحبس ان لم يقدر على كفيل وبالثانية يكفل بلا حبس ان قدر على الكفيل ولا يخفى ان المراد بالحدود حد القذف والقصاص قوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج لان الكفالة ضم في المطالبة بالدين والخراج دين مطالب به من جهة العباد حتى يحبس به ويلازم ويمنع من وجوب الزكوة فصحت الكفالة به والرهن لاستيفاء الدين منه والخراج يمكن استيفاؤه من الرهن فامكن ترتيب موجب العقد اي كل من عقد الكفالة وهو مطالبة الكفيل وعقد الرهن وهو الاستيفاء للخراج من الرهن فصح كل من عقد الكفالة والرهن به فنظر بما قررنا وان قوله مطالب به ممكن الاستيفاء لف ونشر فالمطالبة ترجع الى الكفالة والاستيفاء يرجع الى الرهن وانما نص على خصوص هذا الدين لدفع توهم انه لا يجوز الكفالة به لان الخراج في حكم الصلوة وجوبه بحق الشرع كالزكوة لكن لما كان ملزوما للوازم الدين كما ذكرنا صح لفقدان المذكور ان بخلاف دين الزكوة فانه وان كان له مطالب من العباد وهو الامام في الاموال الظاهرة والمالك في الباطنة لا تصح الكفالة به فانه ليس حقيقة الدين لان حاصله ايجاب تمليك طائفة من المال منكر الله على نعمة الغني ولذا لا يؤخذ من تركته خلافا لزفر عندنا ولم يخص كونه له مطالبة من العباد عن شبهة عدم ذلك فان المالك للعين تحقق مطالب من جهة العباد حقيقة بل حقيقة ذلك ان يكون غير المالك مطالبا للمالك فالمالك مطالب بفتح اللام ليس غيره ومطالبة الامام ليس لايصال المستحقين الى املاكهم بل الى ما يستحقون لا بطريق الملك بخلاف سائر الديون فانها مملوكات قوله ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر بنفسه جاز وهما كفيلان بالنفس لان موجبه التزام المطالبة وجاز تعدد الملتزمين بها لزيادة التوثق ثم اذا سلم احدهما نفس المكفول به لا يبرأ الآخر بالاجماع بخلاف الكفالة بالمال ان كفلوا معا طولب كل بما يخصه او على التعاقب جازت مطالبة كل واحد بالكل مثلا كفل ثلاثة معا بالف لا يطالب احدهم الا بثلثها ولو كفلوا بها على التعاقب طولب كل واحد بالالف وايهم قضى سقطت عن الباقين قوله واما الكفالة بالمال هو عديل قوله اول الباب

قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلي وما ذاب له عليه فعلي او ما غصبك فعلي لان الاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقها بشرط لانها مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه او متعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما ذكرنا من الشروط في معنى ما ذكرنا فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان جاء المطر او جاء الغد

الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال من حيث المعاوضة الصريحة لو قال اما الكفالة بالنفس وهو انما قال فالكفالة بالنفس الخ والكفالة بالمال عندنا جائزة وان كان المال المكفول به مجهول المقدار وبه قال مالك واحمد والشافعي في القديم وقال في الجديد هو ابن ابي ليلى والليث وابن المنذر لا تجوز بالمجهول لانه التزام مال مجهول فلا يجوز فلا بد من تعيينه لوقوع المماكسات في مبادلة المال بالمال والكفالة عقد تبرع كالنذر لا يقصد به سوى ثواب الله ورفع الضيق عن المجيب فلا يبالي بما التزم في ذلك ويدل على ذلك اقدامه بلا تعيينه للمقدار حين قال ما كان عليه فعلي فكان مبناها التوسع فتحملت فيها الجهالة ومن آثار التوسع فيها جواز الكفالة بشرط الخيار عشرة ايام بخلاف البيع وما نقض به من انه لو قال انا ضامن لك بعض ما لك على فلان فانه لا يصح ممنوع بل يصح عند تاء الخيار للضامن ويلزم ان يبين اي مقدار شاء على ضمان الدرك اجماع وضمان الدرك ان يقول للمشتري انا ضامن للثمن ان استحق المبيع احد مع جواز ان يظهر استحقاق بعضه او كله وقد نقل نص الشافعي على جواز ضمان الدرك واما الاستدلال بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم على ان شرع من قبلنا شرع لنا اذا قص تعالى ولم يعقبه بانكار فيمكن ان يدعى ان حمل البعير كان مقدارا معينا كما يتعارف في زماننا ان الحمل الصادر تحمله آية رطل قلا يتم الاستدلال به وهما كما لو كفل بشجة اي خطأ فان في العمد على تقدير المساواة يجب القصاص اذا كانت بآلة جارحة ولا كفالة بالقصاص واذا كانت خطأ ففي الكفالة بها جهالة المكفول به فانها ان سرت الى النفس وجب دية النفس والا فارش الشجة ومع ذلك صح وقدمنا ان المراد من الدين الصحيح ما لا يكون بدل الكتابة فانه ليس بدين صحيح لان العبد متمكن من اسقاط هذا الدين بنفسه بان يعجز نفسه ولانه للسيد على عبده والادين يثبت للسيد على عبده ولذا يتحرر عن دين الزكوة فانه دين حتى يمنع وجوب الزكوة لكنه ليس حقيقة الدين من كل وجه لما ذكرنا والدرك التبعة وفيه فتح الراء وسكونها ثم المكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الدين وان شاء طالب الكفيل وهو قول اكثر اهل العلم وعن مالك لا يطالب الكفيل الا اذا تعذرت مطالبة الاصيل وله مطالبتهما جميعا لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة وذلك يسوغ مطالبتهما ومطالبة ايهما شاء الا اذا شرط في الكفالة براءة الاصيل فح لا يطالب الاصيل بناء على انها حوالة عقدت بلفظ الكفالة ويجوز بها فيها فتجري مجرى احكام الحوالة كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ الاصيل تنعقد كفالة اعتبارا للمعنى فيها بخلاف المالك المغصوب اذا اختار تضمين احد الغاصبين يعني الغاصب وغاصب الغاصب اذا قضى القاضي عليه بذلك ليس له ان يضمن الآخر لان اختياره تضمين احدهما الى ان قضى عليه تضمين التمليك منه فيبرأ الآخر بالضرورة بخلاف المطالبة عن الكفالة لا تقتضي التمليك ولو قضى عليه ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء

قوله ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا وما ذاب لك عليه اي ما وجب وثبت عليه فعلي من ذوب الشحم لان المعنى ان ما بعته فعلي درك ذلك البيع فان ذاب لك عليه شيء فعلي وكذا ما غصبك فعلي واذا صحت فعليه ما يجب بالمبايعة الاولى فلو باعه مرة بعد مرة لا يلزمه ثمن في المبايعة الثانية ذكره في المجرد عن ابي حنيفة تصادقي نوادر ابي يوسف برواية ابن سماعة يلزمه كله ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان ونهاه عن المبايعة صح حتى لو باع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شيء وقيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه معلوما فان جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة كجهالة المكفول له في الاضافة فلو قال ما بايعت من الناس فعلي ضمانه فهو باطل لتفاحش الجهالة بجهالة المكفول عنه وبه بخلاف انفراد جهالة المكفول به فانها خفيفة تحمل والحاصل ان جهالة المكفول تمنع صحة الكفالة مطلقا وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقا وجهالة المكفول عنه في التعليق والاضافة تمنع صحة الكفالة وفي التنجيز لا تمنع مثال ذلك لو قال ما ذاب لك على احد من الناس او ما بايعت احدا فهو علي لا يصح بجهالة المضمون عنه في الاضافة فكذا لو قال ما ذاب لاحد عليك فهو علي لا يصح بجهالة المكفول ولو قال ما غصبك فلان وسرقك فعلي جاز لاستفاضتهما من التسل ما غصبك اي اهل الدار فانه ضامن لا يصح الكفالة كانه قال ما يجب لك على واحد من الناس

وكذا اذا جعل واحدا منهما اجلا لانه يصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة عقد تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق

فعلى وفيه لا تصح بجهالة المكفول عنه فمن بايع فلانا اليوم من بيع فعلى لا يلزم الكفيل شيء بجهالة المكفول لانه ضمن لواحد من الناس بخلاف ما لو قال لجماعة حاضرين بايعتموه فعلي يصح فانهم معلومون عند المخاطبين فاسهم بايعوه لزم الكفيل لانه ضمن لمعينين وهو يكون اهل الدار في المسئلة التي قبلها ليسوا معينين معلومين عند المتخاطبين والا فلا فرق وعنه ما لو قال لرجلين كفلت لهذا بماله على فلان وهو الف او لهذا بماله عليه فهو باطل لجهالة المكفول له ولو قال لرجل كفلت بما لك على فلان او بالك على فلان لرجل آخر جاز لانها جهالة المكفول عنه في غير تعليق ويكون الخيار للكفيل فيحتاج الى فرقين فرق بين المكفول وعنه في التخيير حيث يصح مع جهالة المكفول عنه دون المكفول له وفرق بين المكفول عنه في التخيير والاضافة حيث يصح في التخيير دون الاضافة اما الاول فما ذكر في الذخيرة ان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع والمكفول له كالبائع لانه ملك ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل فلا بد من تعيين فلا يصح بدون قبول المشتري وقبوله يستلزم تعيينه فكانت جهالة الطالب مانعة جوازها كجهالة المشتري مانعة للبيع والكفالة في حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حيث يصح من غير قبوله وامره فلا تمنع جهالة المعتق جواز العتق واما الفرق بين جهالة المكفول عنه في الارسال والتوفيق ان القياس يأبى جواز اضافة الكفالة لانها تمليك في حق الطالب وانما جوزناه استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوما فاذا كان مجهولا يبقى على القياس وحاصل هذا ان المبطل هو الاضافة لا جهالة المكفول عنه اذا عرف هذا اسكن الى مسئلة الكتاب واستدل المص واكثر الاصحاب بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم ونقل عن ابي بكر الخصاف تضعيف الاستدلال به بجواز ان يكون لبيان الامانة لا الكفالة وكذا قاله اصحاب الشافعي لان هذا القائل ضامن عن نفسه وهذا حال المستاجر لانه ضامن للاجرة عن نفسه بحكم الاجارة لا الكفالة وضمان الامانة على هذا الوجه جائز بمكن ابق عبده فقال من جاء به فله كذا والدليل على انه ليس من باب الكفالة بل من العمالة ان المكفول له في الآية مجهول والكفالة بين جهالة الاقل مسئلة واحدة سياتي دعامة المشايخ قالوا الاستدلال صحيح فان الزعيم حقيقة الكفيل والمؤذن انما نادى الغير عن غيره وهو الملك فان المعنى الملك يقول لكم لمن جاء بحمل بعير لانه انما نادى بامره ثم كفل عن الملك بالجعل المذكور لا عن نفسه الا ان فيها جهالة المكفول له فقد اشتملت على امرين جواز الكفالة مع جهالة المكفول له وجوازها مضافة وقد علم انتساخ الاول بدلالة الاجماع على منعها بجهالة المكفول له وهو لا يستلزم نسخ الآخر كما قلنا بجواز الكفالة عن الميت المفلس وبطلانها مع جهالة المكفول له وغيبته بحديث ابي قتادة في تحمله الميت المديون بدرهمين فقال هما فصلى عليه الصلوة والسلام عليه فدل على جواز الامرين ثم قام الدليل على انتساخ احدهما وهو جوازها بغيبة المكفول له ولم يقم على الآخر وهو الكفالة عن الميت المفلس ولو لم يتم هذا اكفى ما تقدم من المعنى فيها ومن الاجماع على صحة ضمان الدرك ولما كان اضافة الكفالة على خلاف القياس لما ذكرنا من شبهه بالبيع الى آخر ما تقدم اقتصر على ما يناسب ورود النص وهو ان يكون شرطا ملائما وملائمته الشرط باحد ثلاثة امور احدها ان يكون سببا للزوم الحق وهو الذي عبر عنه المص بان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع فان استحقاقه سبب لوجوب الثمن على البائع للمشتري ومن هذا القبيل ما في الآية فان الكفالة بالجعل معلقة بسبب وجوبه وهو الاتيان بالصاع فانه سبب وجوب الجعل الثاني ان يكون شرطا لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم فلان وهو مكفول عنه فان قدومه سبب موصل للاستيفاء منه الثالث ان يكون سببا لتعذر الاستيفاء مثل ان غاب عن البلد او هرب او مات ولم يدع شيئا ومن الصور المروية عن محمد نعت مالك على فلان ان يؤدي وان حل مالك عليه ولم يوافك به وفي الخلاصة نقلا من الاصل قال للمودع ان اتلف المودع وديعتك او جحدك فانا ضامن للاصح وكذا ان قتلك او ابنك فلان خطأ فانا ضامن للدية صح بخلاف ان اكلك سبع ونحوها ليس بلازم كما ان دخلت الدار وقدم فلان وهو غير مكفول عنه

فان قال تكفلت بمالك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به وان لم تقم البينة فالقول للكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها

وهبت الريح او جاء المطر لا يصح هذا التعليق وكذا اذا جعل واحد منهما اجلا يعني من هبوب الريح ومجيء المطر كان يقول كفلت به او بما لك عليه الى ان تهب الريح او الى ان يجيء المطر لا يصح الا ان الكفالة تثبت حالة ويبطل الاجل بخلاف ما لو علقها بهما نحو اذا هبت الريح فقد كفلت به او بما لك عليه فان الكفالة باطلة اصلا ولو جعل الاجل الحصاد والدياس او المهرجان او القطاف او صوم النصارى جازت الكفالة والتاجيل فالحاصل ان الشرط الغير الملائم لا تصح معه الكفالة اصلا ومع الاجل الغير الملائم تصح حالة ويبطل الاجل لكن تعليل المص لهذا بقوله لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق ويقتضي ان في التعليق بغير الملائم تصح الكفالة حالة وانما يبطل الشرط والمصرح به في المبسوط وفي فتاوى قاضي خان ان الكفالة باطلة فتصحيحه ان يحمل لفظ تعليقها على معنى تاجيلها بجامع ان في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال وقلد المص في هذا الاستعمال لفظ المبسوط فانه ذكر التعليق واراد التاجيل هذا وظاهر شرح الاتقاني المشي على ظاهر اللفظ فانه قال فيه الشرط اذا كان ملائما جاز تعليق الكفالة ومثل بقوله اذا استحق المبيع فانا ضامن الى ان قال وان كان بخلاف ذلك كهبوب الريح ومجيء المطر لا يصح التعليق ويبطل الشرط ولكن تنعقد الكفالة ويجب المال لان كلما جاز تعليقه بالشرط لا يفسد بالشروط الفاسدة اصله الطلاق والعتاق وفي الخلاصة كفل بمال على ان يجعل له الطالب جعلا فان لم يكن مشروطا في الكفالة فالشرط باطل وان كان مشروطا فيها فالكفالة باطلة انتهى وهذا يفيد انها تبطل بالشروط الفاسدة اذا كانت في صلبها

قوله فان قال تكفلت بما لك عليه هذا شروع في بيان خصوص وقت الوجوب على الكفيل وهذا على اختلاف الالفاظ التي تقع بها الكفالة فمن ذلك ان من قوله تكفلت لك بما لك عليه فلا يجب على الكفيل شيء الا ان تقوم البينة بمقدار الف او غيرها لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق بها ما عليه فيجب عليه ولو لم تقم بينة فالقول قول الكفيل في مقدار ما على المكفول عنه مع يمينه وان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق المكفول عنه في حق نفسه بما اقر به على نفسه لولايته عليها بخلاف قوله ما ذاب لك على فلان فهو علي او ما ثبت فاقر المطلوب بمال لزم الكفيل لان الثبوت حصل بقوله وكذلك ذاب فانه بمعنى حصل وقد حصل باقراره بخلاف الكفالة بما لك عليه فانها بالدين القائم في الحال وما ذاب ونحوه الكفالة بما يجب والوجوب يثبت باقراره بخلاف ما قضي عليه لك لا يلزم الا ان يقضي ومثل ما لك ما اقر لك به امس فلو قال المطلوب اقررت له بالف امس لم يلزم الكفيل لانه قبل ما لا واجبا عليه لا ما لا يجب عليه في الحال ولم يثبت انه واجب عليه وان قال ما اقر به فاقر به في الحال يلزمه ولو قامت بينة انه اقر له قبل الكفالة بالمال لم يلزمه لانه لم يقبل ما كان اقر لك ولو ابى المطلوب اليمين فالزمه القاضي لم يلزم الكفيل لان النكول ليس باقرار بل بدل وفي الخلاصة رجل قال ما اقر فلان به فهو علي فمات الكفيل ثم اقر فلان فالمال لازم في ترك الضامن وكذا ضمان الدرك وفيها رجل قال الآخر بايع فلانا فما بايعته من شيء فهو علي صح فان قال الطالب بعته متاعا بالف وقبضته مني واقر به المطلوب وجحد الكفيل يؤخذ الكفيل به استحسانا بلا بينة ولو جحده الكفيل والمكفول عنه واقام الطالب البينة على احدهما انه باعه وسلمه لزمهما ولو قال ان لم يعطك فلان مالك عليه فانا ضامن بذلك لا سبيل فيه عليه حتى يتقاضاه فيقول لا اعطيك ولو مات المطلوب قبل ان يتقاضاه لزم الضمان ايضا ولو لم يمت لكنه قال انا اعطيك ان اعطاه مكانه او ذهب الى السوق فاعطاه او قال اذهب الى المنزل حتى اعطيك مالك فاعطاه فهو جائز فان قال ذلك فلم يعطه من يومه لزم الكفيل ولو قال ان تقاضيت فلانا مالك عليه ولم يعطك فانا لمالك عليه ضامن فمات المطلوب قبل ان يتقاضاه بطل الضمان ولو قال ان عجز عن ملكك عن الاداء فهو علي فالعجز يظهر بالحبس ان حبسه ولم يؤد لزم الكفيل وفي فتاوى النسفي رجل كفل لرجل عن

قال ويجوز الكفالة بامر المكفول عنه بغير امره لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب
لانه يزيد في ملاءة المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به فان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره وان كفل بغير
امره لم يرجع بما يؤديه لانه متبرع بادائه وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خمسمائة رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء
فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث وكما اذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف الامر بقضاء الدين حيث
يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط
فصار كما اذا ابرأ الكفيل

رجل بمال على ان يكفل عنه فلان بكذا من المال فلم يكفل فلان فالكفالة لازمة وليس له خيار ترك الكفالة وفي مجموع النوازل جماعة قصدوا الوالي ان يأخذ منهم
شيئا بغير حق فاحتفى بعضهم فظفر الوالي ببعضهم فقال المحتفون للذين وجدهم الوالي لا تطلعوهم علينا وما اصابكم فهو علينا بالحصص فلو اخذ الوالي منهم
شيئا فلهم الرجوع قال هذا استقيم على قول من يقول بجواز ضمان الجناية وعلى قول عامة المشايخ لا يصح ولو كفل بماله على ان يعطيه من وديعة المكفول عنه
التي عنده وجاز اذا امره بذلك وليس له ان يسترد الوديعة منه فان هلكت برئ الكفيل والقول قول الكفيل انها هلكت فلو غصبها رب الوديعة
او غيره او استهلكها برئ الكفيل والحوالة على هذا ولو ضمن بالف على ان يعطيه اياه من ثمن هذه الدار لم يبعها لم يكن على الكفيل ضمان ولا يلزم بيع الدار

قوله وتجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره لاطلاق ما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فانه اعم من كونه باذن وبلا اذن ولانه اي عقد الكفالة
التزام المطالبة وهو اي هذا الالتزام تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب بالضم على المطلوب لان ضرره ثبوت الرجوع ولا رجوع عليه لانه اي الرجوع عند
امره وعند امره يكون قد رضي به فان كفل بامره رجع بما ادى لانه قضى دينه بامره مقيد بامرين احدهما ان يكون المطلوب ممن يصح منه الامر فلو كان صبيا او محجورا
او امر من تحمل فلا رجوع له عليه فلو كان عبدا محجورا فانما يرجع عليه بعد عتقه فلو كان الصبي ماذونا صح امره ويرجع الكفيل عليه لصحة امره بسبب الاذن
ثانيهما ان يشتمل كلامه على لفظة عني كان يقول اكفل عني ضمن لفلان او على قوله وانا ضامن لفلان ونحوه فلو قال اضمن الالف التي لفلان على
لم يرجع عليه عند الاداء لان الكاتب يحسبه والامر بالضمان والاعطاء فجاز ان يكون القصد ليرجع وان يكون القصد طلب تبرعه بذلك فلم يلزم المال وهذا
قول ابي حنيفة ومحمد رح بدليل ما في اشارات الاسرار اذا قال لرجل اضمن فلان الف درهم او قضيه الف درهم ففعل لم يرجع على الآمر الا اذا كان خليطا او شريكا
وقال ابو يوسف يرجع لانه وجد القضاء بناء على الامر فلا بد من اعتبار الامر فيه وان يكون كذلك الا اذا كان قضاؤه من جهة الذي امر فصار كما لو قال
اقض عني وتضمين ذلك استقراضا منه ومتى قلنا لا يقع من الذي الغا الامر لانه يصير قاضيا عن نفسه فيصير وجود الامر وعدمه سواء انا الخليط فيرجع
فيه بالاجماع والخليط هو الذي يعتاد الرجل مداينته والاخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستجرار منه فاورد مطالبته بالفرق بين الامر بالكفالة وبين
ما اذا قال اعني زكوة مالي واطعم عني عشرة مساكين فادى عنه لا يرجع على الآمر ما لم يشترط الضمان فيقول على اني ضامن فلم يكتف بمجرد الامر في الرجوع
وان ذكر فيه لفظة عني بل حتى يشترط الضمان وفي الكفالة اكتفى به واجاب في الذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام بان الامر طلب التمليك من المأمور في الفصول
كلها لانه امره ان يؤدي عنه ويقضي عنه ولن يكون قاضيا عنه الا بعد ان يصير المقتضي به ملكا للآمر الا ان الملك للآمر انما يثبت في ضمن ملك القابض
فيثبت على وفقه فمتى يثبت للقابض ملك مضمون بالمثل يثبت للآمر مثل ذلك والا فلا وفي قضاء الدين انما يثبت للقابض ملك مضمون بالمثل لانه
تملك بالمثل وهو الدين السابق له حتى لو ظهر ان لا دين عليه يسترد منه المقبوض فيثبت للآمر ملك مضمون بالمثل وليس كذلك الا القرض وفي باب الزكوة
والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل حتى لو ظهر ان لا زكوة عليه لا يسترد من الفقير ما قبض فيثبت للآمر ملك مثل ذلك فلا ضمان عليه
الا بالشرط والحاصل ان الامر في الكفالة تضمن طلب القرض اذا ذكر لفظة عني وفي قضاء الزكوة والكفارة طلب اتهاب ولو ذكر لفظة عني لما ذكرنا
ان الملك انما يثبت للمكفول عنه على الوجه الذي يثبت للقابض وقوله وان كفل بغير امره لم يرجع هو قول الشافعي ورواية عن احمد وقول مالك وفي رواية
عن احمد يرجع كالوكيل بامره لان الطالب بالاستيفاء منه كالمالك لما على المطلوب من الكفيل او كالقيم له مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل وقلنا
تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز حيث تساهلنا في شيء من ذلك فانما معناه التشبيه اي هو كالمالك وفي الكفالة بالامر يجب المال للكفيل على الاصيل

قال وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لان العقد بينهما مبادلة حكمية قال فان لزمه المال لكن لدائن يلازم الكفيل عن حقه فيخلصه لكذا اذا حبس كان له ان يحبسه لانه يحبسه من جهته فيكون له مثله وان ابرأ الطالب المكفول عنه او استوفى منه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه في الصحيح فان ابرأ الكفيل لم يبرأ الاصيل عنه لانه تبع ولان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز وكذا اذا اخر الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن الكفيل ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الذي عليه الاصل لان التاخير ابراء مؤقت عبر بالابراء المؤبد لان ما وكل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتاجل عن الاصيل لانه لا حق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما هنا بخلافه

حكم الكفالة كما وجب للطالب بها على الكفيل لكن يتاخر الى اداء وهذا لا يكون في كفالة بالامر لانه تبرع ولا يمكن اثبات المال في ذمة المطلوب بلا رضاه ولذلك لا يرجع وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلافه فانما يرجع بما ضمن حتى لو كان الدين زيوفا فادى عنها جيادا فانما يرجع بالزيوف او كان الدين جيادا فادى عنها زيوفا وتجوز الطالب بها فرجع بالجياد بخلاف المامور باداء الدين فانه يرجع بما ادى فلو كان الدين جيادا فادى زيوفا فيرجع بالزيوف ولو كان زيوفا فادى جيادا رجع بالزيوف ايضا لان رجوعه بحكم الامر ولم تدخل صفة الجودة فيما اذا كان الدين زيوفا تحت الامر اما الكفيل فانما يرجع بحكم الكفالة وحكمها انه يملك الدين بالاداء فيصير كالطالب نفسه فيرجع لنفس الدين فصار كما اذا ملك الكفيل الدين بالارث بان مات الطالب والكفيل وارثه فانما له عينه وكذا اذا وهب الطالب الدين للكفيل او تصدق به عليه فانه يملكه ويطالب به المكفول بعينه فان قيل ينبغي ان لا تصح هبة الدين من الكفيل لان هبة الدين انما تصح ممن عليه الدين وليس الدين على الكفيل على المختار فهذه المسئلة استدل من قال ان الكفالة تضم في الدين اجيب بان هبة الدين من غير من عليه الدين انما لا يجوز اذا لم ياذن للغير في قبضه فاما اذا وهب الدين من آخر واذن له في قبضه جاز استحسانا وهنا لما ادى الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من المطلوب كذا قيل والوجه ان يقال بعقد الكفالة سلطه على قبضه عند الاداء وانما اخترنا هذه العبارة لان تقبيض الطالب من الكفيل سقطت ولايته عن الدين الذي على المطلوب اذ صار بكفالته شرعا جبرا من غير اختيار من الطالب فلا يملك التسليط على ما ليس في ملكه والاوجه اما اعتبار الدين في ذمة الكفيل كما هو في ذمة الاصيل ويسقط عنهما باداء احدهما كما هو احد القولين او اعتباره كذلك عند الهبة تصحيحا للتصرف واذا وهب الكفيل الدين لا بد من قبوله بخلاف ما اذا ابرأ لان الواجب عليه المطالبة وبالابراء يسقط فلا يحتاج الى القبول ولا يرتد بالرد وقوله وكما اذا ملك المحتال عليه الدين بالاداء الى المحتال بان احال المديون رجلا على رجل له عليه دين فقبل الحوالة واداه فانه يملك الدين الذي على المحيل فيرجع به لا بما ادى حتى لو ادى عرضا او دراهم عن الدنانير لا يرجع الا بالدين كالكفيل وكذا لو ملك وكذلك لو وهب المحتال الدين للمحتال عليه او تصدق به عليه او ورثه المحتال عليه من المحتال وقوله كما ذكرنا في الحوالة اي حوالة كفالة المنتهي بخلاف المامور باداء الدين فانه يرجع بما ادى لانه لم يملك الدين بالاداء كما ذكرنا قريبا وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف المكفول بها على خمسمائة حيث يرجع بما ادى وهو الخمس مائة لا بما ضمن وهو الالف لانه اسقاط او هو ابراء عن بعض الدين فيسقط البعض ولا ينتقل الى الكفيل وقوله كما ابرأ الكفيل يعني عن خمسمائة واخذ منه خمسمائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه الا بخمسمائة فكذلك اذا صالح على خمسمائة عن الالف لا يرجع الا بخمسمائة والمعنى اذا ابرأ الكفيل عن كل الدين لا يرجع بشيء فكذلك عن بعضه لا يرجع بخلاف ذلك البعض اعتبارا للبعض بالكل

قوله وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه اي الكفيل لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث له ان يرجع على الموكل بالثمن قبل ان يؤديه لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية فان الموكل لا يستفيد الملك الا من قبل الوكيل فكان الوكيل كالبائع واذا كان له حبس المشتري قبل قبض الثمن وللبائع المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع فكذا الوكيل فان قوم الكفيل بالمال فله ان يلازم المكفول عنه اذا كانت الكفالة توجب الرجوع حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه خلافا للشافعي رح في الاظهر قال لانه لا دين له عليه اذ الدين لا ينتقل اليه الا بالاداء ولم يوجد قلنا لما ثبت حبسه معه كما جاز ان يكون للدين جاز ان يكون لانه الذي ادخله في ذلك فعليه خلاصه ولا فيما له مثل ما عامله به قوله واذا ابرأ الطالب المكفول عنه وسقط منه حقه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل بالاجماع لان الدين عليه اي على الاصيل في الصحيح خلافا لمن ذكر ان الدين في ذمة الكفيل

فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصيل لانه اضاف الصلح الى الالف الذي هو دين على الاصيل فبرئ عن خمسمائة لان اسقاط وابراءه توجب براءة الكفيل ثم براءته جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل يرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بامره بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة حكمية فلكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة

كذا قيل وليس لهذا الخلاف اثر هذا بل القائل ان الدين في ذمة الكفيل والقائل ليس الا في ذمة الاصيل قائل بان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان ضمان الكفيل يشترط بقاء ضمان الاصيل ويشترط قبول الاصيل او موته قبل القبول والرد فان ذلك يقوم مقام القبول ولو رده ارتد دين الطالب على حاله واختلف المشايخ ان الدين هل يعود الى الكفيل ام لا بعضهم يعودونه وبعضهم لا بخلاف الكفيل فانه اذا ابرأ صح قبل او لم يقبل ولا يرجع على الاصيل لما ذكرنا وقريبا ولو كان ابراء الاصيل او هبته او التصدق عليه بعد موته فعند ابي يوسف القبول والرد للورثة فان قبلوا صح وان ردوا ارتد وقال محمد لا يرتد برد هم كما لو ابرأوه في حالة حيوته ثم مات وهذا يتحقق بالابراء وان ابراء الكفيل لم يبرأ المكفول عنه لان عليه اي على الكفيل المطالبة دون الدين وبقاء الدين بدونه اي بدون المطالبة على تاويل الطلب جائز فلم يلزم من عدم المطالبة عدم الدين على الاصيل فلا يبرأ الاصيل بابرائه وكذا اذا اخر عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الاصيل لان التاخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد فان قيل الابراء المؤبد لا يرتد برد الكفيل والموقت يرتد برده ويرد الاصيل يرتد ان كلاهما والجواب ان الفرق بينهما في حكم لا يستلزم الفرق بينهما في كل حكم وسبب الافتراق في ذلك الحكم وهو الارتداد بالرد عليه ما ذكر في الذخيرة ان الابراء المؤبد اسقاط محض في حق الكفيل ليس فيه تمليك مال لما ذكرنا ان الواجب بالكفالة مجرد المطالبة والاسقاط المحض لا يحتمل الرد لتداعي الساقط كاسقاط الخيار واما الابراء الموقت فهو تاخير مطالبة وليس باسقاط الا ترى ان المطالبة تعود بعد الاجل والتاخير قابل للابطال بخلاف الاسقاط المحض فاذا عرفت هذا فما لم يقبل الكفيل التاخير او الاصيل فالمال حال لطالبه للحال وهذا بخلاف ما لو كفل بالمال اي بالدين الحال موجلا الى شهر مثلا فانه يتاجل عن الاصيل الى شهر لانه اي المكفول له لاحق له حال الكفالة الا في الدين فليس اذ ذاك حق يقبل التاجيل سواء فكان الاجل الذي يشترط الوكيل داخلا فيه فبالضرورة يتاجل عن الاصيل اما ههنا وهو ما اذا كانت الكفالة ثابتة قبل التاجيل فبخلافه لانه تقرر حكمها قبل التاجيل انه جواز المطالبة ثم طرأ التاجيل عن الكفيل فينصرف الى ما تقرر عليه بالكفالة وهو جواز المطالبة قوله فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة ان شرط براءتهما جميعا عن الخمسمائة او شرط براءة المطلوب ابرأ جميعا وان شرط براءة الكفيل وحده برئ الكفيل عن خمسمائة من الالف تمامها على الاصيل فيرجع الكفيل بخمسمائة ان كان بامره والطالب بخمسمائة بخلاف ما لو صالحه على خمسمائة على ان يهب له الباقي حيث يرجع الكفيل بالالف وان لم يشترط براءة واحد منهما بان لم يزد على قوله صالحتك عن الالف على خمسمائة وهي مسألة الكتاب برأ جميعا عن خمسمائة لانه اي الكفيل اضاف الصلح الى الالف الدين وهو اي الدين على الاصيل فيبرأ الاصيل عن خمسمائة ومن ضرورته ان يبرأ الكفيل منها على ما ذكرنا ويرجع الكفيل على الاصيل بالخمسمائة التي اداها ولا خلاف في هذا بخلاف ما لو صالح بجنس آخر مبادلة تمليكا اي الدين فيرجع بجميع الالف وعند الائمة الثلاثة يرجع بالاقل من الدين ومن قيمة السلعة التي صالح بها لانه اي في هذا القدر ولا يجعل الصلح بجنسه مبادلة لان الخمسمائة لا تجعل عوضا عن الالف لما فيه من الربا ولا يمكن تمليكها من الكفيل لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ولا يمكن ان يجعل واجبة في ذمة الكفيل تصحيحا للصلح مع الكفيل حتى يصير البراءة عن خمسمائة مشروطة للكفيل كما لو صالح على خلاف الجنس لان وجوبها في ذمة الكفيل عند الحاجة الى التمليك وفي خلاف الجنس يحتاج الى التمليك وفي الجنس لا يحتاج لما فيه من الربا بل هو اسقاط الخمسمائة فكانت البراءة عن خمسمائة مشروطة للاصيل وتسقط عنهما ثم يرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كان كفل بامره ولو كان صالحه عن ما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان الواجب بالكفالة المطالبة والبراءة منها براءة من الكفالة فيبقى حال المطالب على ما كان قبل الكفالة وجعل في النهاية صورة هذه المسألة ما في المبسوط لو صالحه على مائة على ان

قال ومن قال للكفيل ضمن له ما لا قد برئت الى من المال رجع الكفيل على المكفول عنه بما ضمن ابراء لان البراءة التي ابتداؤها من المطلوب انتهاؤها الى الطالب
لا يكون الا ابراء فيكون حوالة له فيرجع وان قال ابرأتك طبيرجع الكفيل على المكفول عنه بما ابراء لانه لا يتعلق الى غيره وذلك الاسقاط فيكون اقرارا بالابراء ولو قال برئت قال محمد هو مثل الاول
يعني الابراء بلا ابراء ويثبت لانه لا يرجع الكفيل شك قال ابو يوسف هو مثل الاول لانه اقرار ابتداؤها من المطلوب والبراءة لا تكون الا ابراء وقيل في بيعه ما ذكره ان الطالب حاضر ابرأ في البيان لانه
هو اصيل **قال** ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لانه اسقاط محض كالطلاق وتعليقه لا يصح وكذا لا يجوز تعليق الكفيل بالوجه
ابراء الاصيل وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا يصح الكفالة به كالحدود والقصاص مضمونا بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لانه يتعدى الى غيره عند العقوبة ويجري فيها النيابة ولا تكفل عن المشتري بالثمن حالا لانه كالحد
الدين وان تكفل عن البائع بالمبيع لم يصح لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن فالكفالة بالاعيان المضمونة بغيرها كانت تصح عند ثلاثة الشافعي لكن الاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب
مضمونا بغيره بالمبيع او المغصوب لا يصح كفالة لانه كالامانة لا يتعدى المستعير والمستاجر الى الضمان والوكيل بتسليم المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن بتسليم المستاجر الى المستاجر جاز لانه التزم فعلا واجبا

ابراء الكفيل خاصة من الباقي رجع الكفيل على الاصيل بما اداه ورجع الطالب على الاصيل بتمامه لان ابراء الكفيل فسخ للكفالة **قوله** ومن قال للكفيل
ضمن له ما لا بامر المكفول عنه قد برئت الى من المال رجع الكفيل على المكفول عنه بجميع الدين لان لفظ الى لانتهاء الغاية والمتكلم وهو رب الدين
هو المنتهي في هذا التركيب فلا بد ان تكون ثم مبتدأ وليس الا الكفيل المخاطب فافاد التركيب براءة من المال مبتداؤها من الكفيل ومنتهاها صاحب الدين
وهذا معنى الاقرار من رب الدين وبالقبض من الكفيل كانه قال دفعت الي فلا يرجع على واحد منهما ويرجع الكفيل على الاصيل ان كفل بامره والحوالة
كالكفالة في هذا وهنا ثلاث مسائل احدها هذه والثانية قال ابرأتك من المال ليس اقرارا بالقبض حتى كان للطالب ان ياخذ الاصيل به والثالثة
برئت من المال ولم يقل الي فهذا اقرار بالقبض عند ابي يوسف كقوله برئت الي وعند محمد كقوله ابرأتك اثباتا للادنى وهو براءة الكفيل اذ في الزائد
عليه شك فلا يثبت وفرق محمد بين هذا وبين ما لو كتب في الصك بري الكفيل من الدراهم التي كفل بها فانه اقرار بالقبض عندهم جميعا كقوله برئت الي
بقضية العرف فان العرف بين الناس ان الصك يكتب على الطالب بالبراءة اذا حصلت بالايفاء وان حصلت بالابراء لا يثبت الصك فيه فجعلت
الكناية اقرارا بالقبض عرفا والمعروف كالمعروف عند الابراء وابو يوسف يقول هو مثل برئت الي لانه اقرار ببراءة ابتدائها من المطلوب وهو الكفيل المخاطب
وحاصله اثبات البراءة منه على الخصوص مثل قمت وقعدت والبراءة الكائنة منه خاصة كالايفاء بخلاف البراءة بالابراء فانها لا تتحقق بفعل الكفيل بل بفعل
الطالب فلا يكون مضافة الى الكفيل وما قاله محمد انما يتم اذا كان الاحتمالان متساويين واختلف المتاخرون فيما اذا قال المدعى عليه ابرأني
المدعي من الدعوى التي يدعي علي منهم من قال هو اقرار بالمال كما لو قال ابرأني من هذا المال الذي ادعاه ومنهم من قال لا يكون اقرارا لان الدعوى
يكون بحق وباطل ولو قال للكفيل انت في حل من المال فهو كقوله ابرأتك لان لفظة الحل تستعمل في البراءة كالابراء دون البراءة بالقبض قالوا في
شرح الجامع الصغير هذا اذا كان الطالب غائبا واما اذا كان حاضرا يرجع عليه في البيان انه قبض او لم يقبض لان الاصل في الاجمال ان يرجع
فيه الى المجمل في البيان والمراد بالمجمل هذا ما يحتاج الى تامل وتحيل المجاز فانه كان بعيدا كما يحتمل قوله برئت الي معنى لاني ابرأتك لا حقيقة المجمل
يعني يرجع اليه اذا كان حاضرا لازالة الاحتمالات خصوصا ان العرف من ذلك اللفظ مشترك كما منهم من تكلم به ويقصد ما ذكرنا من القبض ومنهم من
يقصد الابراء **قوله** ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط اي بالشرط المتعارف مثل ان يقول ان عجلت لي البعض او دفعت البعض فقد ابرأتك
من الكفالة اما غير المتعارف فلا يجوز كما لا يجوز تعليق الكفالة به فيسقط السؤال القائل يشكل بما اذا قال الكفيل بالمال علي اني ان وفيت به غدا فانا
بري من المال فوافاه به بري من المال لانه هذا شرط ملائم على انه لا ورود له لان العرض ان فيه روايتين فهذا الفرع شاهد احداهما ويروى انه يجوز وهو اوجه
لان البيع بمعنى التمليك وذاك يتحقق بالنسبة الى المطلوب اما الكفيل فالمتحقق عليه المطالبة فكان ابراؤه اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد بالرد
من الكفيل بخلاف الاصيل لا يصح تعليقه لان فيه معنى تمليك المال وقوله وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كنفس الحد ودون نفس القصاص
اذ لا يقبل الكفيل به عن المكفول عنه ولا يضرب وتقدم **قوله** وان تكفل عن البائع بالمبيع لم يصح عندنا بخلاف الشافعي اعلم ان الاعيان اما مضمونة على
او غير مضمونة فغير المضمونة كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية عندنا والمستاجر في يد المستاجر والمضمونة اما مضمونة لغيرها كالمبيع قبل القبض فانه مضمون بالثمن
فانه مضمون بالدين فاشار الاول لا تصح الكفالة بها لانها على انها غير واجبة التسليم فلا يجب على الكفيل شيء وقالوا والوديعة غير واجب على المودع بل الواجب عليه المنع
عند طلب المودع فلا يجب على الكفيل تسليمها بخلاف العارية فان تسليمها واجب فيصح الكفيل بتسليمها وكذا الباقي من القسمين يصح التسليم ولا تصح الكفالة

ومن استاجر دابة للحمل عليها فان كانت بعينها لا يصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه وان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذا من استاجر عبدا للخدمة فكفل به رجل بخدمته فهو باطل لما بينا

بها على معنى انه بعينه يجب على الكفيل فان هلك فعليه به لان هذا القدر لا يجب على الاصيل بل لو هلك المبيع فانما يسقط الثمن او الرهن سقط من الدين بقدره والباقي ظاهر فلا يجب على الكفيل وعلى معنى الكفالة بتسليم العين صح كما ذكرنا فمتى هلك لا شيء على الكفيل وفائدته الزام احضار العين وتسليمها ولو عجز بان مات العبد المبيع او المستاجر او الرهن انفسخت الكفالة على وزان الكفالة بالنفس سواء وما ذكر شمس الائمة السرخسي ان الكفالة بتسليم العارية باطلة باطل فقد نص في الجامع الصغير ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وكذا في المبسوط ونص القدوري انها بتسليم المبيع جائزة ونص في اتحفته على جميع ما اوردناه وان الكفالة بالتسليم صحيحة والوجه عندي ان لا فرق بين الثلاثة الاول من الوديعة ومال المضاربة والشركة وبين العارية وامثالها من الامانات اذ لا شك في وجوب الرد عند الطلب فان قال الواجب التخلية بينه وبينها لا رده اليه فنقول فليكن مثل هذا الواجب على الكفيل وهو ان يخليها ويخلي بينه وبينها بعد احضاره اليها ونحن نعني بوجوب الرد ما هو اعم من هذا ومن حمل المردود اليه قال في الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من الاخذ صحيحة واما مضمونة بنفسها كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء فصح الكفالة بها ويجب على الكفيل ما يجب على الاصيل فهو دفع العين وان عجز وجبت قيمته او مثله على الكفيل وفي المبسوط ادعى عبدا في يد رجل فلم يقدمه الى القاضي واخذ منه كفيلا بنفسه وبالعبد فمات العبد في يد المطلوب واقام المدعي البينة ان العبد عبده يقضي القاضي بقيمته على المطلوب ان شاء على الكفيل لان بالبينة ظهر ان العبد كان مغصوبا والكفالة بالعين المغصوبة توجب القيمة والقول قول الكفيل في قيمته لانكاره الزيادة كالاصيل اعني الغاصب فان اقر الغاصب باكثر لزمه الفضل ولا يصدق على الكفيل وفي المبسوط كفل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك على المرتهن ليس على الكفيل شيء لان عين الرهن والزيادة على مقدار الدين من الرهن امانة في يد المرتهن فلا يضمن الكفيل شيئا من ذلك بالكفالة ولو ضمن لصاحب الدين بانقاص الرهن من دينه وكانت قيمة الرهن تسعمائة والدين الف مثلا ضمن الكفيل مائة لانه التزم بالكفالة دينا مضمونا في ذمة الاصيل وهو استقرار الراهن المرهون من المرتهن على ان اعطاه كفيلا به فهلك عند الراهن لم يلزم الكفيل شيء لانه لا ضمان للمرتهن على الاصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل ايضا ولو كان الراهن اخذه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل واخذه به لان الراهن ضامن بحالة العجز هنا الا يرى انه لو هلك في يده ضمن قيمته للمرتهن فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب ولفظ المستاجر في كلام المص بالفتح في الموضعين وقد منا انه متى هلك وكل من المبيع والرهن والمستاجر بعد الكفالة بتسليم لا شيء على الكفيل ففي البيع والرهن تقدم ما يفيد وجهه وفي المستاجر ان الاجارة تنفسخ به وخروج الاصيل من ان يكون طالب بتسليم العين وانما وجب الاجرة والكفيل بالكفل الاجرة قوله ومن استاجر دابة للحمل فان كانت بعينها اي اجره ان يحمله على هذه الدابة لا تصح الكفالة لانه عاجز عن الفعل الواجب على الاصيل وهو حمله على هذه الدابة لانه لا ملك له في هذه الدابة ليحمله عليها وان كانت بغير عينها جازت لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه او على دابة يستاجرها والحمل هو المستحق وهو مقدور الكفيل فصحت كفالته به وزانه من استاجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا من انه عاجز عنه اذ لا يملك العبد اما كفل بنفس العبد المستاجر فهو صحيح على ما عرف ولو هلك لا شيء على الكفيل وقال شارح في الفرق بين الحمل على المعين وغير المعين بان الدابة اذا كانت بعينها فالواجب على الموجر تسليم الدابة لا الحمل فالكفالة بالحمل كفالة بما لم يجب على الاصيل فلا يصح بخلاف ما اذا كانت غير معينة لان الواجب هو الحمل وتمكين استيفائه من الكفيل فصحت الكفالة انتهى واعترض الاصحاب بان الواجب ان كان ليس الا تسليم الدابة المعينة ليس له ان يحمله الذي هو فعله غير معقود عليه وانما المعقود عليه حمل الدابة فكذلك اجارة حمله على دابة الى مكان كذا ليس عليه سوى تسليم اي دابة كانت اذ لا يجب تحميله الذي هو فعله لانه لم يستاجر الرجل نفسه فلا فرق فينبغي ان لا يجوز الكفالة فيه ايضا لان الحمل ايضا غير واجب على الاصيل بعين ما في التي قبلها والحاصل انه ان كان الحمل على الدابة تسليمها

قال ولا تصح كفالة لا يقبل المكفول له من مجلس وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف يجوز اذا بلغه الخبر فاجاز ولم يشترط في بعض النسخ كفالة الاصل عن ابي يوسف الاجازة بل انه نافذ ان كان المكفول له غائبا وهو الاظهر عنه والحاصل ان عنه روايتين والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا وجه رواية النفاذ لانه التزام فيستبد به الملتزم ولا يتعدى له ضرر الى المكفول له لان حكمه لا يوجب عليه شيئا لانه مخاطب في المطالبة لا ملزوم فان رأى مطالبته طالبه والا لا والتوقيف اما لعدم التوقف على ما ذكره في الفضولي في النكاح وان شطر العقد عند ابي يوسف يتوقف حتى اذا عقد فضولي لامرأة على آخر توقف على الاجازة وكما اذا كان عقدا اما بان خاطب عنه فضولي آخر وعندهما لا يتوقف الا ان خاطب فضولي آخر فلا يتوقف عندهما الا العقد التام ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بها جميعا والوجه ومن الموجب وحده وشطر العقد فلا يتوقف على دوام المجلس وهذا يقتضي انه لو تم عقد بقبول فضولي آخر توقف وقد صرح بذلك عنهما قالوا اذا قبل عنه قال بل توقف بالاجماع وح فقوله في وضع المسئلة لا تصح الا بقبول المكفول له في المجلس غير صحيح بل الشرط ان يقبل في المجلس ان كان حاضرا فينفذ او يقبل عنه فضولي اذا كان غائبا فيتوقف الى اجازته او رده وقوله الا في مسئلة واحدة استثناء من قوله لا تصح الا بقبول المكفول له في المجلس فان في هذه المسئلة صحت من غير قبوله في المجلس ولا قبول فضولي عنه وهو ان يقول المريض المديون لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فتكفل عنه به مع غيبة الغرماء فانه يصح استحسانا فلغرماء مطالبته وذكر الاستحسان وجهين احدهما ان قوله تكفل عني وصية اي فيه معنى الوصية اذ لو كان حقيقة الوصية لم يفترق الحال بين حال الصحة والمرض في ذلك وقد ذكر في المبسوط ان ذلك لا يصح منه في حال الصحة واذا كان بمعنى الوصية فكانه انما قال لهم اقضوا ديوني فقالوا نعم او قالوا تكفلنا بها فلذا قال المشايخ انما يتم ذلك اذا كان له مال فان لم يكن له مال لا يوخذ الورثة بديونه ولو كان حقيقة الكفالة لاخذوا بها حيث تكفلوا ثم فيها ما ذكر في المبسوط والايضاح ان حق الغرماء يتعلق بتركته في مرض موته لانه يضعفها مرض الموت ولذا امتنع تصرفه في ماله كيف شاء واختار قول تاجا عن الغرماء المكفول لهم عاملا لهم لما في ذلك من المصلحة له بتفريغ ذمته وفيه نفع للطالب المكفول له كما حضر بنفسه فان قيل غاية الامر ان يكون كالطالب حضر بنفسه فلا بد من قبول فان الصادر منه قوله تكفل ولو قال تكفل لي بما لي على فلان فقال كفلت لا يتم الا ان يقول بعد ذلك قبلت او نحوه كالبيع اذا قال بعني بكذا فقال بعت لا ينعقد حتى يقول الآمر قبلت فاجاب المص بقوله انما لا يشترط القبول بعد قول الوارث تكفلت لا اي لان قوله تكفل الا يراد به المساومة وانما يصح في البيع لذلك لانه يراد به المساومة وهنا لا يراد به التحقيق بدلالة هذه الحالة فان حالة الموت ظاهرة في الدلالة على قصده الى تحقيق الكفالة لتخليص نفسه لا على المساومة بها فصار الامر هنا كالامر بالنكاح فيما لو قال زوجني بنتك فقال زوجتكها انعقد وان لم يقل قبلت حيث كان النكاح لا يجري فيه المساومة وقال المريض ذلك لاجنبي فمن اختلف المشايخ منهم من قال لا يجوز لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه بل التزام فكان المريض في حق الاجنبي كالصحيح سواء ولو قال ذلك لاجنبي او لوارثه لا يصح الا ان يقبل الطالب ومنهم من قال يصح من الاجنبي وينزل المريض منزلة الطالب لحاجته لتضييق الحال عليه كما ذكرنا في الوارث وهو اوجه وما في المبسوط من قوله وهذا هو المريض صحيح ان لم يبين الدين

قوله واذا مات الرجل وعليه دين ولم يترك شيئا فكفل عنه رجل بالغرماء لم يصح عند ابي حنيفة رح وقال يصح لان كفالة بدين ثابت لانه يجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا بقي في حق احكام الآخرة ولم يوجد به انسان يصح كفالته اذا كان كفيلا بمال ولانه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة وضده يوصف الوجوب وكذا في الحكم مال لانه يؤدى اليه فيقال دين وقد عجز بنفسه بخلافه فان عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع كما اذا قام الدين واذا كان كفيلا ورجل بخلافه لا فضاء الى الاداء **قوله** ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فقضاها الكفيل قبل ان يعطيه صاحب المال ليس له ان يرجع فيها لانه تعلق حق القابض على الحوالة فصار الدين وكالة بالقبض وهو هذا احتمال كمن عجل الزكوة وتعجيلا الى السعاة لانه ملكه بالقبض على ان ذكر الحكم اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه محض اداء وتوبيه وان نوى الكفيل فيه ولا يتصور لانه ملكه حين قبضه اما اذا قبض الدين فظاهر وكذا اذا قبض المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لانه يجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخر المطالبة اوقات لانه نزل منزلة الدين المؤجل وهذا لو برأ الكفيل المطلوب قبل الحوالة لم يصح فكذا اذا قبضه يملكه الا ان فيه نوع خبث بنيته فلا يعمل مع الملك فيما لا يشعر به وقد قررناه في البسيط

ولا صاحب الدين فانه انما يصح بطريق الوصية لوارثه بان يعينوه ويجيزوه والجهالة لا تمنع صحة الوصية مبنى على غير الوجه الارجح وهو انها كفالة ولا حاجة الى ذلك بل هي كفالة وجهالة المكفول به وهو الدين لا يضر في الكفالة وقد فرض ان المريض قائم مقام المكفول له هو معين فلم يكن المكفول له مجهولا حكما بهذا الاعتبار **قوله** واذا مات الرجل وعليه دين ولم يترك شيئا بل مات مفلسا فكفل رجل للغرماء بما عليه لم يصح عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد والائمة الثلاثة واكثر اهل العلم يصح لانه كفل بدين ثابت لعموم قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم ولما روي انه صلى الله عليه وسلم اتي بجنازة انصاري فقال هل على صاحبكم دين قالوا نعم ديناران فقال عليه السلام صلوا على صاحبكم فقام ابو قتادة فقال هما علي فصلى صلى الله عليه وسلم عليه فلو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعد الكفالة ولانه كفل بدين ثابت لانه اي الدين وجب في حياته بحق الطالب وهو باق ولم يوجد المسقط وهو الاداء والابراء والفساخ بسبب وجوبه ولم يتحقق بالموت شيء من ذلك ويدل على بقائه كونه يطالب به في الآخرة وانه لو تبرع به انسان جاز اخذ الطالب منه ولو سقط بالموت ما حل له اخذه وانه لو كان كفيلا قبل موته بقيت الكفالة ولو بطل الدين بطلت الكفالة لسقوطه عن الكفيل الاصيل ولابي حنيفة رح انه كفل بدين ساقط في حكم الدنيا لا مطلقا والكفالة من احكام الدنيا لانها توثق لياخذ فيها لا في الآخرة فلا يتصور لها وجود بلا دين لذلك ولان الدين فعل حقيقة ولذا يوصف بالوجوب والموصوف بالاحكام الافعال وقد عجز عنه بنفسه وبخلفه وهو الكفيل الكائن قبل سقوطه فسقط في احكام الدنيا ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين ولو كان بقيد الاضافة اي التبرع بالدين وهو الحق وانما يعتمد قيامه بالنسبة الى من عليه دون من له او الكفالة نسبة بين كل من المكفول له والاصيل لانه التزام ما على الاصيل للمكفول له ولو كان به كفيل لم يعجز بخلفه فلم يسقط الدين بموته فصحت بخلاف الكفالة بعد موته فانها كفالة بعد السقوط ولو كان له مال فالافضاء الى الاداء باق فلم يسقط الدين فصحت الكفالة عن الميت المفلس واما حديث ابي قتادة فليس فيه صريح انشاء الكفالة بل يحتمل قوله هما علي كل من انشائهما والاخبار بهما على حد سواء ولا عموم لواقعة الحال فلا يستدل به في خصوص محل النزاع فيحتمل الوعد بهما وان كان مرجوحا واقتناعه صلى الله عليه وسلم من الصلوة عليه ليظهر طريق ايفائهما لا بقيه طريق الكفالة فلما ظهر بوعدهما او بالاقرار بالكفالة بهما حصل المقصود وفصلى عليه ونقض اثبات سقوط الدين بمسائل احدها لو مات المشتري مفلسا قبل اداء الثمن لا ينبطل البيع قبل هلاك المبيع وسقط الثمن بطل ولو اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض يبطل البيع بهلاك الثمن في نفسه فعلم ان سقوط الدين بالنسبة الى الدنيا لا تبطل الدين وثانيها انه لو كان بالدين كفيل يبقى على حاله اذا مات مفلسا ولو سقط في احكام الدنيا لم تبق الكفالة وثالثها لو كان بالدين رهن بقي الدين عليه بعد موته مفلسا وبقاء الرهن انما يكون ببقاء الدين ولان تعذر المطالبة بمعنى لا يوجب بطلان الدين في حال الحيوة كالعبد المحجور واذا اقر بدين فكفل عنه كفيل صح وان كان لا يطالب به في حال حياته فكذا في حال الموت اجيب عن الاول بان الدين انما يبطل بموته في حق المستحق حتى جاز ان ياخذه من المتبرع والكفالة تعتمد قيام الدين في حق الاصيل كما ذكرنا وقد سقط بهذا الاعتبار لضرورة بطلان المحل فيقدر بقدر الضرورة وعن الثاني بان كساد الفلوس يبطل الملك في حق المشتري فلذلك انتقض العقد وهنا الدين باق في حق صاحب الدين فلا يبطل العقد وعن الثالث فلان ذمة الكفيل السابق كفالة خلفت عن ذمته فلا تبطل ذمته بالموت ومثله الرهن واما العبد فله ذمة صالحة فتصلح الكفالة ومتاخر المطالبة بحق المولى كما ان الدين ثابت في ذمة المفلس الحي وان كان لا يطالب به **قوله** ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فقضاه اي قضى الرجل المكفول عنه الكفيل الالف التي كفل بها قبل ان يعطيه اي قبل ان يعطي الكفيل الالف صاحب المال وذكر ضمير يعطيه على تاويل المال او المكفول به اللازم من قوله كفل عن رجل وصاحب المال مفعول اول ليعطي والمفعول الثاني هو ضمير المال المقدم في يعطيه فليس له اي ليس للرجل المكفول عنه ان يرجع فيها وهو وجه للشافعي وفي وجه آخر ان يرجع وهو قول مالك واحمد

الرسالة بكر حنطة فدفعها الكفيل بناء على ادائه قبضا ذا الرجل له في الحكم

بجهة الدين لحب الى ان يرده على الذي قضاه الكفيل ولا يجب عليه في الحكم وهذا عند ابي حنيفة في رواية الجامع الصغير وقال ابو يوسف و

محمد يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه فعنه به يتصدق وبه رواية رجع في ملكه على وجه الذي بقيناه فيسلم له ذلك انه تملك

الخبث مع ملكه لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه ولانه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه

لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية يرده عليه في رواية لان الخبث حصل لعدم الملك لكنه تبين انه حق الغير

بتلافي انه اداه بعينه ما لم يقبض الاصيل ونحن نبين انه يمكنه وان الاداء ما اذا كان دفعه الى الكفيل على وجه الرسالة الى المطلوب ولو لم يملكه فقد

قبض بجهة وهذا هو الوجه الاول من الوجهين الذين ذكرهما المص لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا تجوز المطالبة بالبقي هذا

الاحتمال الحاقا بالزكوة المعجلة للساعي تعلق به حق القابض على احتمال ان يتم الحول والنصاب كامل فلم يجز استرداده شرعا ما بقي هذا الاحتمال

والوجه الثاني انه اي القابض ملكه بالقبض على ما نذكر يريد ما ذكره بعد سطر في تعليل طيب الربح للكفيل لو عمل فيه فربح وهو قوله لانه ملكه حين قبضه

اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا لو قضى المطلوب بنفسه الدين ولم يقبض الكفيل وثبت المطلوب الاسترداد بما وقع الكفيل وانما حكمنا بثبوت

ملكه اذا قضى الاصيل بنفسه لانه اي الكفيل وجب له بحق الكفالة على الاصيل مثل ما وجب للطالب على الكفيل وهو المطالبة الا اي لكن اخرت مطالبة

الكفيل الى اداء فنزل ما للكفيل على الاصيل بمنزلة الدين المؤجل لو عجل المديون الدين المؤجل يملكه الدائن بقبضه وكذا هذا ولهذا اي والدليل ان الكفيل

حق المطالبة ساخرا انه لو ابرأ الكفيل الاصيل قبل اداء الكفيل يصح حتى لا يرجع على الاصيل بعد ذلك اذا ادى وجاز اخذ الكفيل من الاصيل رهنا به قبل اداء فكذا

اذا قبضه يملكه يعني اذا كان بحيث يصح الابراء منه كان بحيث يملكه اذا قبضه واذا ملكه كان الربح له الا اي لكن استثنا منقطع فيه نوع خبث على قول ابي حنيفة

بنية عن قريب فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وهو الالف التي قضاه اياها لان الدراهم لا تتعين وقد قررناه في البيوع في آخر فصل في الخيار قوله ولو

كانت الكفالة بكر حنطة فدفعه الاصيل الى الكفيل والباقي بحاله والربح له اي للكفيل لما بينا انه ملكه اي ملك الكفيل وانما بينه في ضمن بيان انه ملك المقبوض قال واحب

ان يرده على الذي قضاه الكفيل ولا يجب عليه وهذا عند ابي حنيفة في رواية الجامع الصغير لا شك ان ضمير قال لابي حنيفة فقوله وهذا عند ابي حنيفة في رواية الجامع الصغير

انما ذكره تمهيدا لنصب الخلاف بذكر قولهما حيث لم يصح بناء على قال وقالا هو له لا يرده عليه وهو رواية اخرى عن ابي حنيفة وهو رواية كتاب البيوع

من الاصل وعنه اي عن ابي حنيفة رواية ثالثة انه يتصدق به وهي رواية كتاب الكفالة منه لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بينا وفي ثبوت ملكه من

انه وجب له على الاصيل الخ فيسلم له ولابي حنيفة انه تمكن الخبث مع الملك اما لقصور ملكه بسبب ان الاصيل بسبيل من استرداده بان يقضي هو الطالب

فينتقض ملك الكفيل فيما قبض او لانه انما رضي به اي بملك الكفالة فيه على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به والوجه ان يعطف ما لو او فانهما

وجهان لا ان الوجه احدهما بل كل منهما ثابت وهو قصور الملك بسبب ثبوت تلك الحيثية وعدم رضى الاصيل بملك الكفيل بما دفعه اليه الا على ذلك الاعتبار

وهو منتف وهو الخبث يعمل فيما يتعين وهو الكر لا فيما لا يتعين كالالف مثلا فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية اخرى وهي الاصح لان

الخبث لحق الاصيل لا بحق الشرع فيرده اليه ليصل الى حقه ولان الحق له وهذا يفيد انه لطيب له فقيرا كان او غنيا وفيه روايتان والاوجه طيبه له و

ان كان غنيا لما ذكرنا من ان الحق له الا انه استحباب لا جبر لان الملك للكفيل واعلم انه تكرر في هذه المسئلة مقابلة الاستحباب بالحكم فقال اولا احب ان

يرده ولا يجب في الحكم اي في القضاء وثانيا لانه استحباب لا جبر يعني لا يجبر الحاكم على ذلك فاذا كان المراد بالاستحباب ما يقابل جبر القاضي يكون

المعنى لا يجبر القاضي ولكن يفعله هو ولا يلزم من عدم جبر القاضي وعدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى اذ قد عرف ان المراد بالاستحباب عدم جبر القاضي

عليه فجاز ان يكون واجبا فيما بينه وبين الله تعالى ويستحب في القضاء غير مجبور عليه والعبارة المنقولة عن فخر الاسلام في وجه قول ابي حنيفة رح وهو الاستحسان

قال ووجه الاستحسان ان ما قبضه الكفيل مملوك له ملكا فاسدا من وجه فان للاصيل استرداده حال قيام الكفالة بقضائه بنفسه واسترداد المقبوض حال

قيام العقد حكم ملك فاسد كما في البيع الفاسد وانما قلنا حال قيام الكفالة لان الكفالة لا تبطل باداء الاصيل ولكن تنتهي كما لو ادى الكفيل بنفسه فكان المقبوض

قال ومن كفل عن رجل بالف عليه مهتاة الا حصيل ان يتعين عليه حريرا فعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربح البائع فهو عليه ومعناه الامر بيع العينة مثل ان يستقرض من تاجر عشرة فيتاتى عليه فيبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه للمستقرض بعشرة ويحمل عليه خمسة يتعجل به ما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان ما يخسره المشتري نظرا الى قوله على وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لان الحرير غير متعين وكذا الثمن غير معلوم للجهالة فاذا دعا على الدين وكيف ما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح الى الزيادة حصلت له لانه العاقد

ملكا فاسدا من وجه صحيحا من وجه ولو كان فاسدا من كل وجه بان اشترى مكيلا او موزونا ملكا فاسدا او ربح يجب التصدق بالربح او الرد على المالك لان الخبث كان لحقه فيرد على المالك كالغاصب اذا آجر المغصوب ثم رده فان الاجر له يتصدق به او يرده على المغصوب منه فكذا في الملك الفاسد من كل وجه ولو كان الملك صحيحا من كل وجه لا يجب التصدق بالربح ولا رده فاذا فسد من وجه وصح من وجه يجب التصدق او الرد على الاصيل عملا بالشبهين بقدر الامكان ظاهر قوله وجوب رده فيما بينه وبين الله تعالى او التصدق به غير انه يربح الرد هذا كله اذا اعطاه على وجه القضاء اي اعطاه المكفول عنه الكفيل على وجه قضاء دينه فلو اعطاه على وجه الرسالة الى الطالب فتصرف وربح صار محمد مع ابي حنيفة في انه لا طيب له الربح وطاب له عند ابي يوسف لما عرف في من غصب من انسان وربح فيه يتصدق بالفضل في قولهما لانه استفاده من اصل خبيث وقال ابو يوسف لا يتصدق منه لا يحدث الخراج بالضمان

قوله ومن كفل عن رجل بالف عن امره فامره اي فامر الكفيل الاصيل ان يتعين عليه حريرا اي ان يشتري له حريرا بالطريق العينة وهو ان يشتري له حريرا بثمن هو اكثر من قيمته ليبيعه باقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بالاقل الذي اشتراه به ويدفع ذلك الاقل الى بائعه فيدفع بائعه الى المشتري المديون فيسلم الثوب للبائع كما كان وتستفيد الزيادة على ذلك الاقل وانما وسطها الثاني تحرزا عن شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن اما تفسيره بان يستقرض فيابى المقرض الا ان يبيعه عينا تساوي عشرة مثلا من السوق باثني عشر فيفعل فيربح البائع ويحصل رغبته عن القرض المندوب الى البخل وتحصيل غرضه من الربا بطريق المواضعة في البيع فلا يصح هنا اذ ليس المراد من قوله تعين على حريرا اذهب فاستقرض فان لم تقرض المسئول ان يقرضك فاشتر منه الحرير باكثر من قيمته بل المقصود اذهب فاشتر على هذا الوجه فاذا فعل الكفيل ذلك كان مشتريا لنفسه والملك له في الحرير والزيادة يخسر بها عليه لان هذه العبارة حاصلها ضمان التي لما يخسر المشتري نظرا الى قوله على كانه امره بالشراء لنفسه فما خسر فعلي فضمان الخسران باطل لان الضمان لا يكون الا بمضمون والخسران غير مضمون على احد لو قال بائع في السوق على ان كل خسران يلحقك فعلي او قال للمشتري ان ابق عبدك هذا فعلي لم يصح وقيل هو توكيل فاسد اذ معنى على متصرف على الثمن فانه اذا قال الثمن علي يكون البيع له فاغنى عن قوله لي فهو توكيل لك فاسد لانه غير معين مقداره ولا ثمنه فلا تصح الوكالة كما لو قال اشتر لي حنطة ولم يبين مقدارها ولا ثمنها ولو فرضنا ان الثمن معلوم بينهما وهو قدر ما يقع به الايفاء لكان الحاصل اشتر لي حريرا يكون ثمنه الذي تبيعه به في السوق قدر الذي الذي علينا وهو لا يعين قدر ثمن الحرير الموكل بشرائه بل ما يباع به بعد شرائه لان الزائد على القدر الذي يقع به الايفاء غير معلوم وكيف ما كان توكيلا فاسدا اذ ضمانا باطلا لا يكون الشراء للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة التي يخسر بها عليه لانه العاقد ومن صور العينة ان يقرضه مثلا خمسة عشر ثم يبيع ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر ياخذ الخمسة عشر القرض التي دفعها منه فلم تخرج منه الا عشرة وثبت له خمسة عشر ومنها ان يبيع متاعه بالفين من المستقرض الى اجل ثم يبيعه متوسطا يشتريه بالف حالة فيقبضه ثم يبيعه من البائع الاول بالف ثم يحيل المتوسط بائعه على البائع الاول بالثمن الذي عليه وهو الف حالة فيدفعها الى المستقرض ويأخذ منه الفين عند الحلول قالوا وهذا البيع مكروه لقوله صلى الله عليه وسلم اذا تبايعتم بالعينة واتبعتم اذناب البقر ذللتم ظهر عليكم عدوكم والمراد باتباع اذناب البقر الحرث للزراعة لانهم حينئذ يتركون الجهاد وتألف النفس الجبن وقال ابو يوسف لا يكره هذا البيع لانه فعله كثير من الصحابة وحمد واذلك ولم يعده من الربا حتى لو باع كاغذة بالف يجوز ولا يكره وقال محمد رحمه الله هذا البيع قبلي كامثال الجبال ذميم اخترعه اكلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اذا تبايعتم بالعينة واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم اي اشتغلتم بالحرث عن الجهاد وفي رواية سلط عليكم شراركم فدعوا خياركم فلا يستجاب لكم وقيل اياكم والعينة ثم ذموا البياعات الكائنات الان اشد من بيع العينة حتى قال مشائخ بلخ منهم محمد بن سلمة بلخ للتجار ان العينة التي جاءتكم

قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل بان له على المكفول عنه الف درهم لم يقبل بينته لان المكفول به مال متضمن معنى ذاب لفظة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء او مثل يقضى به هذا ما ضن اريد به استدانت كقولهم اطال الله بقاءك والدعوى مطلقة عن ذلك فلا تصح ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فانه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير امره يقضى على الكفيل خاصة وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق لان ما تقدم وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امر تبرع ابتداء وانتهاء فيعدوا احدهما لا يقضى به لا آخر واذا قضى بها لا آخر ثبت امره وهو يتضمن اقرار المال فيصير مقضيا عليه بالكفالة بغير امره لا تمس جانبه لانه تعقد تحتمل اتمام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه في الكفالة بامره ويرجع الكفيل بما ادى على الآمر وقال زفر لا يرجع لانه اكره فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل في زعمه

في الحديث خيرين بيعا لكم نهو صحيح فكثير من البياعات كالاريث والسلم والشرح وغير ذلك استقر الحال فيها على وزنها منظر وفه ثم اسقاط شدا يعين على الظرف وبه يصير البيع فاسدا ولا شك ان البيع الفاسد بحكم الغصب المحرم فاين هو من بيع العينة الصحيح المختلف في كراهته ثم الذي في قلبي ان ما يخرجه الدافع ان نعلت صورة يعود اليه فيما كهو او بصفته كعود الثوب او الحرير في الصورة الاولى وكعود العشرة في صورة اقراض الخمسة عشر والا فلا كراهة لاختلاف الاولى على بعض الاحتمالات كان يحتاج المديون فيأتي المسؤول ان يقرض بل ان يبيع ناليا وهي عشرة بخمسة عشر الى اجل فيشتري المديون فيبيعه في السوق بعشرة حالة ولا باس في هذا فان الاجل قابله قسط من الثمن والقرض غير واجب عليه وانما هو مندوب فان تركه لمجرد رغبته عنه الى زيادة الدنيا لكن رواه العارض لعينه به فلا وانما يعرف ذلك في خصوصيات الافراد وما لم يرجع اليه العين التي خرجت منه لا سيما بيع العينة لانه من العين المشترجة لا العين مطلقا والا فكل بيع بيع العينة قوله ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فاقام رجل بينة على الكفيل انه له على المكفول عنه الف درهم لا يقبل القاضي البينة ولا يقضي بها لانه قضى على غائب لم ينتصب عنه خصم اذ الكفيل في هذه الصورة لا يكون خصما عنه لانه انما كفل عنه بمال يقضى بعد الكفالة لانه ذا كان ماضيا فالمراد به المستقبل كقولهم اطال الله بقاءك وهذا لانه جعل الذوب شرطا والشرط لا بد من كونه مستقبلا على خطر الوجود فما لم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلا والدعوى مطلق عن ذلك والبينة لم تشهد بقضاء مال وجب بعد الكفالة فلم تقم على من اتصف بكونه كفيلا عن الغائب بل على اجنبي اذ لا ينتصب خصما وهذا في لفظ القضاء ظاهر وكذا في الاخرى وهي لفظ ذاب لان معنى ذاب تقرر وجب وهو بالقضاء بعد الكفالة حتى لو ادعى اني قدمت الغائب الى قاضي كذا فاقمت عليه بينة بكذا بعد الكفالة وقضى لي عليه بذلك واقام البينة على ذلك صار كفيلا وصحت الدعوى وقضى على الكفيل بالمال بصيرورته خصما عن الغائب سواء كانت الكفالة بامره او بغير امره الا انه اذا كان بغير امره يكون القضاء على الكفيل خاصة وقدمنا من مسائل الذوب ونحوه عند مسئلة تعليق الكفالة بالشرط ولو ضمن ثمن ما باعه او دينه او اقرضه فغاب المطلوب فبرهن الطالب على الكفيل انه كفل به وقد دينه او اقرضه بعده وجحد الكفيل ذلك قضى على الكفيل والغائب بلا خلاف لان الضمان مقيد بصفة ولا يمكن القضاء به الا بعد القضاء على الغائب فينتصب الكفيل خصما عنه فيقع القضاء عليهما قوله ومن اقام البينة صورتها في الجامع وقال يعقوب ومحمد رح اذا كفل عن رجل بمال مؤجل بامر المكفول عنه فغاب المكفول عنه فجاء الطالب بالكفيل فاقام عليه بينة ان له على فلان كذا فان هذا كفل له بامر فلان عن فلان فاني اقضي عليهما وتهم بالمال على هذا او على المكفول عنه الغائب فان كانت الكفالة بغير امر الغائب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل بخصم عن الغائب انتهى يعني فلا يقع القضاء على الاصيل وانما خص قولهما بالذكر لانه لم يحفظ عن ابي حنيفة نصا لان في المسئلة اختلافا وانما قبلت هذه البينة ولم تقبل فيما قبلها لان المكفول به هناك مال مطلق ودعوى المدعي مطلقة ايضا فصحت فقبلت البينة لانها بناء على صحة الدعوى بخلاف ما قبلها لان المكفول به هناك مال مقيد بكون وجوبه بعد الكفالة وان كان مقيد الخصوص كمية ولم يطابقها دعوى المدعي ولا البينة وانما اختلف القضاء بالامر وعدمه حتى يقع القضاء عليهما في الامر فيرجع الكفيل ولو حضر الغائب لا يحتاج الى اقامة البينة عليه بالمال لانه قد قضي به عليه وعلى الكفيل وعدمه اذا لم يكن امر فلا يرجع لانهما اي الكفالة بالامر وبغير الامر يتغايران لان الكفالة بالامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير الامر تبرع ابتداء وانتهاء فيعدوا احدهما وهو مجرد التبرع ابتداء وانتهاء لا يقضى له بالآخر وهو المعاوضة لتثبت له الرجوع ويكون الغائب مقضيا عليه واذا قضي بها اي بالبينة بالامر ثبت امره اي امر المكفول عنه وامره يتضمن اقرار الاصيل بالمال اذ لا يؤمر غيره بقضاء ما عليه الا وهو معترف بان عليه المقتضى له دينا فيصير مقتضيا عليه بالمال

قال ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتسليم تبعا ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جانبه
وان لم تكن مشروطة فيه فانما اراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فتنزل منزلة الاقرار بملك البائع **قال** ولو شهدوا
ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا على اقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله
كتب الشهادة يحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع فلان وبيعا باتا نافذا او كتب شهد بذلك او تسليما لا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين

الكفالة بغير امره فانها لا تمس جانبه اي جانب الاصيل لان صحة الكفالة بلا امر المكفول له انما يعتمد قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى
الى الاصيل اذ زعم لا يلزم غيره ثم في الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى على الامر حيث ثبت الامر وقال زفر لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه
فلا يظلم غيره وهو الاصيل ونحن نقول قد صار الكفيل في انكار الدين على الاصيل مكذبا شرعا بقيام البينة بخلافه فيبطل زعمه فثبت حكم الكفالة
بالامر وهذا كمن اشترى عبدا واعترف بانه ملك البائع ثم استحق بالبينة فانه يرجع على البائع بثمنه وان كان مقرا بان البائع ظلم واستشكل عليه قول محمد فيمن اشترى عبدا وباعه
فرد عليه بالبينة بعد انكاره العيب فعند محمد لا يرده على بائعه خلافا لابي يوسف فلم يبطل زعمه بالقضاء بالبينة اجيب بانه انما لا يرده لان قوله لا عيب فيه نفي للعيب في الحال
والمسألة مقيدة انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس شرطا للرد على الثاني وفي الجامع الكبير جعل المسألة على اربعة
اوجه فقال اما ان يكون الكفالة مطلقة نحو ان يقول كفلت بما لك على فلان او مقيدة نحو ان يقول كفلت لك عن فلان بالف درهم وكل وجه على وجهين اما ان يكون
الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره فان كانت مطلقة فالقضاء على الكفيل قضاء على الاصيل سواء كانت بامره او بغير امره لان الطالب لا يتوصل الى اثبات حقه على
الكفيل الا بعد اثباته على الاصيل لما ذكرنا ان القول قول الكفيل اذ ليس للطالب على الاصيل شيء واذا كان كذلك صار الكفيل خصما عنه وان كان غائبا والثبت عندنا
ان القضاء على الغائب لا يجوز الا اذا ادعى على الحاضر حقا لا يتوصل اليه الا باثباته على الغائب قال مشايخنا وهذا طريق من اراد اثبات الدين على الغائب من غير ان يكون
بين الكفيل والغائب اتصال وكذا اذا خاصم الطالب بحضرة الشاهد يتواضع مع رجل ويدعي عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة وينكر الدين فيقيم المدعي البينة
على الدين فيقضي به على الكفيل والاصيل ثم يرجع الكفيل بمسائل القضاء على الغائب وكذا الحوالة على هذه الوجوه وكذا كل من ادعى حقا وان كانت مقيدة فان كانت بامر المكفول
عنه كان القضاء على الكفيل قضاء على الاصيل وان كان بغير امره لا يكون القضاء على الكفيل قضاء على الاصيل ثم في فصل المطلقة والمقيدة للكفيل الرجوع على الاصيل ان
كانت بامره وليس له الرجوع ان كانت بغير امره لانه لا يثبت على المدعى عليه الا بالقضاء على الغائب يكون الحاضر خصما عن الغائب لكن قذف رجلا
فادعى المقذوف الحد فقال القاذف قذفته وهو عبد فاقام المقذوف عليه بينة انه كان عبدا لفلان وانه اعتقه فقضى بعتقه على فلان لا يكون
حقا وهو الحد لا يتوصل الى اثباته الا باثبات العتق فصار القاذف خصما عن فلان سيد العبد الغائب ويثبت القضاء عليه وكذا عبد ماذون عليه
دين فقال رجل لصاحب الدين انا ضامن لدينك انا اعتقه فاعتقه ثم اقام صاحب الدين بينة ان مولاه اعتقه بعد كفالة الكفيل وان كان فيه
قضاء على الغائب وقضاء لغائب لا يجوز وهذا كله استحسان اخذه علماؤنا صيانة للحقوق **قوله** ومن باع دارا وكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم وقد بينا
ان ضمان الدرك هو قبول الثمن عند استحقاق المبيع وقوله تسليم اي تصديق من الكفيل ان المبيع ملك البائع فلو ادعاه لنفسه لا تسمع دعواه اذ لو
صحت رجع المشتري بالثمن على الكفيل بحكم الكفالة فلا يفيد وايضا فالكفالة اذا كانت مشروطة في البيع بان باع بشرط ان يكفل له فتمام البيع
بقبوله اي بقبول الكفيل ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم به ولهذا تبطل شفعته لو كان الكفيل شفيعا وان لم يكن اي عقد الكفالة مشروطا فيه فالمراد
به احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه الا بالكفالة تسكينا للقلب فنزل عقد الكفالة منزلة الاقرار بملك البائع والا كان تعزيرا فلا تصح دعواه
اياه اصلا بعد ذلك هذا اذا كفل فاما اذا لم يكفل ولكن شهد على البيع ثم ادعاه بعد شهادته ان كان اسند كتوبا على الصك في الصك ما يفيد الاعتراف
بملك البائع مثل اباع فلان بن فلان جميع الدار الجارية في ملكه او بيعا باتا نافذا ثم كتب شهد بذلك فكذلك لا تسمع دعواه لها وان لم يفد ذلك مثل ان يكتب
في الصك باع فلان بن فلان من فلان جميع الدار او اقر بالبيع بحضرتي واشتراه ثم كتب شهدت بذلك او كتب جرى ذلك لا تسمع دعواه فيها فلعله

فصل في الضمان قال ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن او مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليهما فيصير كل منهما ضامنا لنفسه ولان المال امانة في يد الوكيل والمضارب ضمن الثمن لانه يصير ضامنا لنفسه وهو في نصيب صاحبه خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه فيجوز ذلك وان باعا بصفقتين لانه شرط لا يزول ان المشتري يقبل نصيب احدهما ويقبض ادائه ثمن حصته من قبل الكل قال ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته جاز الخراج الخ الخراج الغلة وكذا ما يجري مجرى الغلة من ثمرة الارض وايجار الدار والنوائب في اليد ما يكون بحق كالخراج المشترك والنوائب الحادثة لتجهيز الجيش ودفع الاسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاطلاق وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ ومن يحمل الى الصحة الامام على الجواز وما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها او حصة منها والرواية بارة وقيل هي اجابة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما يؤدي بغير راتب والحكم ما بينا

كتب الشهادة ليحفظ الحادثة ليسعى بعد ذلك في تثبيت البينة وقوله وختم هو امر كان في زمانهم اذا كتب اسمه في الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع نقش خاتمه كيلا يطرقه التبديل وليس هذا في زماننا

فصل في الضمان الضمان هو الكفالة لكن لما كانت هذه المسائل مسائل الجامع الصغير وذكرت فيه بلفظ الضمان اوردها مترجمة به كذلك

قوله ومن باع لرجل ثوبا اللام في لرجل لام الملك اي باع ثوبا هو لرجل بطريق الوكالة عنه في بيعه وضمن الوكيل له اي للرجل المالك الثمن او مضارب ضمن ثمن المتاع لرب المال فالضمان باطل لان الكفالة وهي الضمان التزام المطالبة والمطالبة اليهما اي الى الوكيل والمضارب فيصير كل منهما ضامنا لنفسه فيصير مطالبا ومطالبا وهذا لان حقوق العقد ترجع اليهما حتى لو حلف المشتري ما للموكل عليه دين بر ولو حلف ما للوكيل عليه شيء حنث بخلاف الوكيل بالنكاح عن المرأة حيث يصح ضمانه المهر لها عن الزوج لانه سفير محض لا يرجع اليه حقوق العقد فليس له المطالبة بالمهر على ما سلف فلا يصير ضامنا لنفسه ولان المال في يد كل من الوكيل والمضارب امانة فلا يصير مضمونا عليهما ولا يصح الضمان لاستلزامه تغيير حكم الشرع وصار كاشتراط الضمان على المودع والمستعير وكذلك اي لا يصح الضمان ايضا فيما اذا باع رجلان عبدا مثلا بينهما صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة بان ضمن نصف الثمن مطلقا يصير ضامنا لنفسه لان كل جزء من الثمن مشترك بينهما فما يستحق بنصيب احدهما فلا آخر ان يشاركه فيه فيما يؤديه الضامن للشريك يكون بينه وبين المضمون له فكان له الرجوع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع الرجوع فيه ويصير كانه ما ادى الا الباقي فكان للضامن ان يرجع بنصف الباقي ثم وثم الى ان لا يبقى شيء او يبقى الجزء الذي لا يتجزى فظهر لزوم بطلان الضمان من حيث صح ولو كان ضمن نصيب شريكه خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه وهو لا يجوز لانه في الذمة لا يقبل القسمة لانها اقرار ولا يمكن الا في غير جانبه والدين وصف اعتباري وعليه اختيار الثاني ونقل الاجماع على ان احدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز كما انه لو باع نصيبه من العين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين قبل قبضه لعلى الوجه الذي صح هذا يكون نصيب شريكه المضمون له قال في الفوائد الظهيرية بعد ان اورد هذا ولكن التعويل على ما ذكرنا يريد ما قرناه من بطلان الضمان حيث صح لكن بعد ما صار الوجه مرددا بين كون الضمان بنصف شائع او بنصف شريكه وبطل الاول بما ذكر للناظر ان يختار الثاني ويدفع لازمه الباطل بما ذكرنا الا ان يفرق بين شراء بحصته وبين ضمانها او يخص البطلان بما اذا اريد ضمان النصف شائعا ويحكم بانه المراد وقوله بخلاف ما اذا باعا بصفقتين يعني بخلاف ما لو باع الشريكان العبد بصفقتين باع هذا نصيبه على حدة وهذا كذلك من ذلك المشتري ثم ضمن احدهما للآخر نصيبه او باعا معا وسميا لكل نصيب ثمنا ثم ضمن صح الضمان لان الشركة بينهما بحكم الشرع بذلك وكذلك لو قبل المشتري نصيب احدهما فيما اذا باعا معا دون الآخر صح ولو قبل الكل ثم نقد حصة احدهما ملك قبض نصيبه على الخصوص ولا يخفى ان هذا في الثاني محمول على ما اذا اعاد مع تفصيل الثمن لفظة البيع عند ابي حنيفة والا فهو على قولهما في تعدد الصفقة على ما سلف في البيع قال الامام قاضي خان ولو تبرع يعني الشريك بالاداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز تبرعه لان التبرع لا يتم الا باداء وعند الاداء يصير مسقطا حقه في المشاركة فيصح وجواز التبرع لا يدل على جواز الكفالة لان التبرع اسرع جوازا من الكفالة الا ترى انه يجوز التبرع ببدل الكتابة ولا يجوز الكفالة به قوله ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه قبل هذا الفصل بقوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل هو تمليك طائفة من ماله بمقدار لا دين ثابت في الذمة لان الدين اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلا عن مال اتلفه او ثمن

نيكون

ومن قال لآخر لك علي مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي ومن قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حق النفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل في الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر لان الاجل في الدين عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل والشافعي الحق الثاني بالاول وابو يوسف فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني والفرق قد اوضحناه

اقترضه او بيع عقد بيعه او نفقة عقد عليها او من بضع امرأته وهو المهر او استئجار عين والزكوة ليس كذلك بل ايجاب اخراج ماله ابتداء بدلا عن مال نفسه فليس بدين حقيقي ولو وجبت في نصاب مستهلك وانما لها شبه الدين في بعض الاحكام على ما قدمناه بخلاف الخراج لانه مال يجب في مقابلة الدين عن جوزة الدين وحفظه فكان كالاجرة وقد قيدت الكفالة بما اذا كان خراجا موظفا لا خراج مقاسمة وهو ما يجب فيما يخرج فانه غير واجب في الذمة واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك للعامة واجرة الحارس للمحلة الذي يسمى في ديار مصر الخفير والموظف لتجهيز الجيش في حق فداء الاساري اذا لم يكن في بيت المال شيء وغيرهما مما هو بحق فالكفالة به جائزة بالاتفاق لانها واجبة على كل مسلم موسر بايجاب طاعة ولي الامر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال او لزمه ولا شيء فيه وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات الموظفة على الناس في زماننا ببلاد فارس على الخياط والصباغ وغيرهم للسلطان في كل يوم وشهر او ثلاثة اشهر فانها ظلم فاختلف المشايخ في صحة الكفالة بها فقيل تصح اذ العبرة في صحة الكفالة وجود المطالبة اما بحق او باطل ولهذا قلنا ان من تولى قسمتها بين المسلمين فعدل فهو ماجور وينبغي ان كل من قال ان الكفالة ضم في الدين يمنع صحتها ههنا ومن قال في المطالبة يمكن ان يقول بصحتها ويمكن بناؤها على انها في المطالبة بالدين او معناه او مطلقا ومن يميل الى الصحة الامام البزدوي يريد فخر الاسلام اما اخوه صدر الاسلام فابى صحة الكفالة بها واما القسمة فقيل هي النوائب بعينها او حصة منها اذا قسمها الامام ولا حاجة الى كون الرواية قسم بلا باء لان القسمة في القرآن بمعنى القسم قال تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم اذ لا معنى لضمان حقيقة القسمة بالمعنى المصدري لكن لو كان كذلك لكان ينبغي كون الرواية بالواو ليكون من عطف الخاص على العام لكن الرواية باو وقيل النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما هو منها غير راتب فتغاير او الحكم يعني في القسمين ما بيناه من الصحة في احدهما والخلاف في الاخرى ثم من اصحابنا من قال الافضل للانسان ان يساوي اهل محلته في اعطاء النائبة قال شمس الائمة هذا كان في ذلك الزمان لانه اعانة على الحاجة والجهاد واما في زماننا فاكثر النوائب تؤخذ ظلما ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له وان اراد الاعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه لفقره ليستعين به الفقير عن الظلم وينال المعطي الثواب وقوله الحكم ما بينا يعني ما ذكره في ان الكفالة فيما كان بحق جائزة وبغير حق فيها خلاف **قوله** ومن قال لآخر المراد الفرق بين مسئلتين احدهما من اقر بدين مؤجل لرجل فاعترف بالدين المقر له وانكر الاجل القول للمقر له ولو اقر بكفالة لرجل بدين مؤجل فاعترف المقر له وانكر الاجل القول للكفيل في ظاهر الرواية خلافا للشافعي حيث الحق الاول بالثاني فجعل القول في المسئلتين للمقر وللابي يوسف على رواية ابراهيم بن رستم حيث الحق الثاني بالاول فجعل القول فيهما للمقر له وما وقع في اكثر نسخ الهداية من عكس ذلك فهو ان الشافعي الحق الثاني الاول وابو يوسف قلبه سهو من الكاتب وجه قول الشافعي ان الدين نوعان حال ومؤجل فاعترافه بالمؤجل اعتراف بنوع الاعتراف بحنطة ردية او جيدة ولا يلزم النوع الآخر فالقول للمقر كالكفيل وجه ابي يوسف انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى احدهما الاجل على صاحبه وهو ينكر فلا يصدق الا بحجة كما في الاول وصار الاجل كالخيار فيما لو اقر بالكفالة على انه بالخيار وانكر الطالب القول للطالب في انكار الخيار وجه المذهب ان المقر بالدين اقر بما هو سبب المطالبة في الحال اذ الظاهر ان الدين كذلك لانه انما يثبت بدلا عن قرض واتلاف او بيع ونحوه والظاهر ان العاقل لا يرضى بخروج مستحقه في الحال الا لبدل في الحال فكان الحلول الاصل والاجل عارض فكان الدين المؤجل معروضا للعارض لا نوعا ثم ادعى لنفسه حقا وهو تاخيرها والآخر ينكره وفي الكفالة ما اقر بالدين على ما هو الاصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها في الحال والكفيل ينكر ذلك فالقول له وهذا لان التزام المطالبة ينوع الى التزامها في الحال او في المستقبل كالكفالة بما ذاب والدرك فانما تنوع منها فلا يلزم

(قوله) ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضي له بالثمن على البائع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ولم ينقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يرتفع بنفسه الحالية فيرجع على البائع والكفيل وعن ابي يوسف انه يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق وموضعه اوائل الزيادات في ترتيب الاصل ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد فيصح ضمانه وقد تقع على الدرك فيكون على الخيار لكل ذلك وجه فيتعذر العمل به بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق وهو ضمن الخلاص يصح عند ابي حنيفة لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو عبارة عن تلك وهو تسليم المبيع او قيمته بتعذر

بالنوع الآخر بخلاف الكفالة على انه بالخيار فانها ضعيفة لقلة وجودها فنزلت منزلة العدم وهذا المخلص من ادى مالا فهو موجل في الواقع فان اعترف به موجلا لا يصدق وان انكر يكون كاذبا او خاف ان اعترف به كذلك لا يصدق في الاجل فالحيلة ان يقول للمدعي هذا المال الذي تدعيه موجل ام معجل فان قال موجل حصل المقصود وان قال معجل فينكر وهو صادق وفي العيون من عليه دين موجل اذا حلف له اليوم فتلبث رجوان لا يكون به باس لامكان الاقتصاد به الواحقة قوله ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل وفاعل يأخذ ضمير من والكفيل مفعول يعني لم يطالبه حتى يقضي له بالثمن على البائع لان بمجرد الاستحقاق او القضاء به والبيع لا ينتقض البيع اي ينفسخ على ظاهر الرواية واحترز بظاهر الرواية عن رواية الامالي عن ابي يوسف انه يأخذ الكفيل قبل ان يقضي على البائع بالثمن لان الضمان توجه على البائع وجب للمشتري مطالبته فكذلك على الكفيل وجه ظاهر الرواية ما ذكر من ان مجرد الاستحقاق لا ينفسخ البيع فبالضرورة لا يجب الثمن على البائع وهو على ملكه ولا يعود الى ملك المشتري حتى لو كان الثمن عبدا فاعتقه البائع بعد القضاء بالاستحقاق بعد عتقه وكذا لو كان المشتري باعها من غيره فاستحقت من يده الثاني ليس للمشتري الاول ان يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه المشتري الثاني كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد واذا لم يجب الثمن على الاصيل لا يجب على الكفيل بخلاف ما لو قضى بحرية العبد ونحوه لان البيع يبطل بعد الحالية للبيع فيكون استحقاقا مبطلا للملك راسا وما نحن فيه استحقاق ناقل للملك فحيلته للملك باقية واحتمال اجازة المستحق للبيع القائم ثابت فما دام هذا الاحتمال يبقى الملك بخلاف ما اذا قضى على البائع برد الثمن لارتفاعه ح وصح في فصول الاستروشني انه للمستحق ان يجيز بعد قضاء القاضي وبعد قبض ان يرجع المشتري على بائعه بالثمن والرجوع بالقضاء يكون فسخا والاستحقاق المبطل لدعوى النسب ودعوى المرأة الحرمة الغليظة ودعوى الوقف في الارض المشتراة وانها كانت مسجدا ويشارك الاستحقاق الناقل في ان كلا منهما يجعل المستحق عليه من يملك ذلك الشيء من جهته مستحقا عليهم حتى انه لو اقام واحد منهم البينة على المستحق بالملك المطلق تقبل بينته ويختلفان في ان كل واحد من البائعين في الناقل لا يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه ولا يرجع على كفيل الدرك ما لم يقض على المكفول عنه وفي المبطل يثبت لكل منهم الرجوع على بائعه وان لم يرجع عليه ويرجع على الكفيل ان لم يقض على المكفول عنه واسلفنا من مسائل الاستحقاق جملة وقوله وهو ضمن اي الاستحقاق اوائل الزيادات في ترتيب الاصل يريد ترتيب محمد فانه بدأ بباب الماذون واحترز بالاصل عن ترتيبها الكائن الآن فانه ترتيب ابي عبد الله الجرجاني تلميذ محمد بن الحسن فانه غير ترتيب محمد الذي هي عليه الآن وانما سماه محمد بالزيادات لان اصول ابواب امالي ابي يوسف وكان محمد يجعل ذلك الباب من كلام ابي يوسف اصلا ثم تزيد عليه تفريعا لها قوله ومن اشترى عبدا وضمن له رجل بالعهدة لان هذه اللفظة مشتبهة المراد فانها تقال للصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقال الشيخ ابو بكر الرازي هو كتاب الشراء وهو ملك المشتري فهو بمنزلة من ضمن لرجل صكه في بلاد يقال لخاص منه وهو مكتوب شراء الجواري ويقع النفس العقد لان العهدة من العهد كالعقدة من العقد والعهد والعقد واحد ويقع على حقوق العقد لانها تراد على خيار الشرط وهي في الحديث عهدة الرقيق ثلاثة ايام اي خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجه قد بينا واذا تعددت المفاهيم تعذر العمل بها قبل البيان بخلاف ضمان الدرك فانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا فلا تعذر وذكر بعض المشايخ ان عند ابي حنيفة ضمان العهدة هو ضمان الدرك وهو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة رح لانه عبارة عن تخليص المبيع وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع ان قدر عليه وتسليم قيمته ان لم يقدر عليه وذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي للخصاف ان تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند ابي يوسف ومحمد يعني فيكون صحيحا لان ضمان الدرك عندهما تصحيح الكلام فتمت الالفاظ ثلاثة ضمان الدرك جائز بالاتفاق وضمان العهدة لا يجوز باتفاق ظاهر الرواية وضمان الخلاص مختلف فيه في ظاهر الرواية وقد ذكر ابو زيد في شروطه ان ابا حنيفة وابا يوسف كانا يكتبان في الشروط فما ادرك فلان بن فلان فعلى فلان فخلاصه وان لم يذكر رد الثمن فيه لا يبقى الضمان تخليص المبيع وعلم من هذا الخلاف فيما اذا ذكر ضمان الخلاص مطلقا اما اذا قال خلاص المبيع او رد الثمن

باب كفالة الرجلين

اذا كان الدين على اثنين لكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كالاشتريا عبدا بالف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما نصف اصيل ونصف كفيل لا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وما عليه بحق الكفالة لان الاول دين عليه والثاني مطالبة بلا دين ثم هو تابع فوجب صرف المؤدى عن الاقوى تقديما له على الانصف على ما هو مقتضى العادة لا يقال يؤدي الى قول من يجعل الدين على الكفيل مع المطالبة يكون المؤدى منهما كما هو قول طائفة من مشايخنا ونقله ابن قدامة عن الائمة الثلاثة لهذا الا ان يصرفه بنية او بلفظه الى احدهما لانا نقول الحكم عندنا ما ذكرنا من غير خلاف عندنا فان الدين الثابت عليه بطريق الكفالة ليس بقوة الكائن عليه بطريق الاصالة الا يرى ان المريض اذا اشترى في مرضه شيئا كان من جميع المال ولو كفل كان من الثلث وايضا لو اشترى المريض وعليه دين جاز ولو كفل وعليه دين لا يجوز واما كونه يصرف بنيته فلما ان التعيين في الجنس الواحد لغو فهذا دين واحد حتى لو كان نصف الدين يقرض مثلا ونصفه بيع وعين صح وفي الجنسين تعتبر تعيينه لانه مفيد فيهما ولانه لو وقع في النصف الذي صاحبه كفالة كان له ان يرجع عليه فلصاحبه ان يرجع بعين ما رجع به المؤدي لان اداءه نائبا يعني كفيله بامره كاداء نفسه ولو ادى نفسه يرجع فكذا نائبه لكن اذا جعله كله عن صاحبه فقول بذلك يرجع بجميع ما رجع به صاحبه والا لم يكن له ان يرجع الا بنصف ما رجع به صاحبه بيانه ادى الاول مائتين يرجع بنصفها لانه في احدى المائتين اصيل فاذا رجع به على صاحبه لم يقدر صاحبه ان يرجع بكليتها الا اذا اعتبر نصف مؤديها كلها عن صاحبه المؤدي حقيقة والا لم يرجع الا بنصفها لانه لو اداها حقيقة بنفسه انصرف منها خمسون الى ما عليه اصالة وخمسون الى ما عليه كفالة وانما يرجع بما عن الكفالة فيؤدي الى الدور وما يؤدي اليه يمتنع فيمتنع رجوعه فلم يقع عن صاحبه والا تغير حكم الشرع اذ لو قوع عن صاحبه حكمه جواز الرجوع وقد علمت انه امتنع الدور واعلم ان ليس المراد حقيقة الدور فانه توقف الشيء على ما يتوقف عليه ورجوع المؤدي ليس متوقفا على رجوع صاحبه بل اذا رجع للآخر ان يرجع ولا يلزم كونه في مال واحد بل انشاء اعطاه وما اخذه منه فاذا رجع الآخر استعاده او اعطاه غيره وكذا الاول فالملازم في الحقيقة التسلسل في الرجوعات منهما فيمتنع الرجوع المؤدي اليه وهو الحق ان هذا الوجه باطل لان رجوع المؤدي عنه لا يمكن ان يسوغ شرعا باعتبار المؤدي عنه اذ ادى نفسه واحتسبه عن المؤدي لانه اعتبار باطل يؤدي الى ان المؤدي عنه يرجع على المؤدي عنه بمثل ما ادى الى الطالب وهو نقيض ما نقطع به من الشرع ان المؤدي هو الذي يرجع على المؤدي عنه بمثل ما ادى وكيف يكون اداء الانسان عن غيره وسببا لان يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخر هذا مجازفة عظيمة **قوله** واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه بكل شيء اداه احدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح ان يكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك بالمطالبة متعددة من غير نظر الى انضمام الدين اذ لا تجتمع الكفالتان وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل لان التزامه على الكفيل من المطالبة بما كفل به كما يصح من الاصيل بالتزام المطالبة بما عليه وكل تصح الحوالة من المحتال عليه بالمال بما احيل عليه على آخر فاذا عرفت هذا فما اداه احدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة عن نفسه وعن الكفيل الآخر فلا يرجع البعض على البعض لتقع النصف الاول عن نفسه خاصة بخلاف ما تقدم واذا لم يرجع ما عليه من جهة الدين وما عليه من جهة الكفيل الآخر فيرجع على شريكه بنصف جميع ما ادى ولا يؤدي الى الدور لان تقييده هذا الاستواء في العقد وهي الكفالة وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى فيتقيد رجوع غير المؤدي بما يوجب بخلاف ما تقدم لاستواء نيته في العلة فان احدهما

الاستقراء

ثم يرجعان على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه وإن شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لأنه كفل بجميع المال عنه بأمره **قال** وإذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل فبقي المال كله على الأصيل والآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه ولهذا يأخذه به

قال وإذا افترق المتفاوضان فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاؤوا بجميع الدين لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في كتاب الشركة ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين **قال** وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه ووجهه أن هذا العقد جائز استحسانا وطريقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلا في حق وجوب الألف عليهما فيكون عتقهما معلقا بأدائه ويجعل كفيلا بالألف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب إن شاء الله تعالى وإذا عرف ذلك فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة **قال** ولو لم يؤديا شيئا حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون المال وسيلة إلى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لأن المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان وإذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة فإن أخذ الذي أعتق رجع على صاحبه بما يؤديه لأنه مؤدى عنه بأمره وإن أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء لأنه أدى عن نفسه والله أعلم

باب كفالة العبد وعنه

ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لأن المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة إلا أنه لا يطالب لعسرته إذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما إذا كفل عن غائب أو مفلس بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر ثم إذا أدى رجع على العبد بعد العتق لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه

علته أقوى من الآخر فلم يستويا فلم يستند موجبهما فلذا لا يرجع إلا باعتبار أداء على النصف وهذا الفرق باعتبار الوجه الأول في المسألة الأولى ولو كان الوجه الثاني صحيحا لم يقع الفرق باعتباره لأن مسوغ رجوع المؤدى عنه اعتبار نفسه أدى ما أدى عنه المؤدي واحتسابه عن المؤدي وهذا ممكن هنا بعينه بأن يقول هذا الذي ترجع به علي بسبب أنك أديته عني هو كأدائي بنفسي فكأني أنا الذي أديته وحسبته عنك فأنا أرجع عليك به ولا أتماسك في البطلان هذا فلا يقع الفرق إلا باعتبار القوة والضعف وهو الوجه الأول **قوله** ثم يرجعان يعني الكفيلين المتكافلين على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه وإن شاء رجع الكفيل المؤدي بالجميع على المكفول عنه لأنه كفل عنه بجميع المال بأمره ثم أداه ولو أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لأن براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل فبقي المال كله على الأصيل والآخر كفيل عنه بكله **قوله** وإذا افترق المتفاوضان فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاؤوا بجميع الدين لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في كتاب الشركة من أن شركة المفاوضة تنعقد على وكالة كل منهما عن الآخر وكفالة كل عن الآخر إلا ما استثني ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين المديونين بدين واحد والله الموفق **قوله** وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة بأن قال مثلا كاتبتكما على ألف إلى عام وكل واحد منكما كفيل عن صاحبه وكل شيء أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه ووجهه أن هذا العقد وهو عقد الكفالة جائز استحسانا خلافا للأئمة الثلاثة كما لو كانت الكتابة واحدة فقط فإنه كفالة ببدل الكتابة وهي باطلة والقياس شرطا فيه كفالة المكاتب وهو باطل والكتابة تبطل بالشروط الفاسدة وجه الاستحسان أنه يمكن أن يعتبر له وجه يصح به فيجعل عليه مولى الجميع المال على أحدهما وعتق الآخر معلقا بأدائه كما في الولد المولود في الكتابة فيجعل كل منهما في حق المولى كأن المال كله عليه وعتق الآخر معلقا بأدائه فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الأصالة لا الكفالة وفي الحقيقة المال مقابل بهما فينقسم عليهما بخلاف ما إذا اختلفت كتابتهما لأن عتق كل منهما معلق بمال عليه على حدة فيتعذر التصحيح وفيما وراء ذلك الاعتبار المصحح الحقيقة هي المعتبرة حتى أن ما أداه أحدهما يرجع على صاحبه بنصفه لاستوائهما ولو لم يؤديا شيئا حتى أن المولى أعتق أحدهما جاز بمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون وسيلة إلى عتقه ولم تبق وسيلة لحصول عتقه بطريق آخر فيسقط ويبقى النصف على الآخر لأن المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وإنما جعل على كل منهما احتيالا لتصحيح الضمان والحامل عليه تشوف الشارع إلى العتق فإذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فوجب أن يتنصف وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة وأورد عليه أنه يستلزم كون الرقيق ضامنا لبدل الكتابة وهو لا يجوز أجيب بأن هذا في حالة البقاء لا في الابتداء كما في إثبات شهود النكاح فإن أخذ الذي أعتق رجع على صاحبه بما أدى وإن أخذ به الآخر لم يرجع على الذي أعتق بشيء لأنه إنما أدى عن نفسه

باب كفالة العبد وعنه أخره لتعلقه بما يتأخر وهو الرق **قوله** ومن ضمن عن عبد مالا موصوفا بكونه لا يجب على العبد حتى يعتق كأن أقر باستهلاك مال وكذبه المولى أو أقرضه إنسان أو باعه وهو محجور فإنه لا يجب عليه إلا بعد عتقه وكذا إذا أودع شيئا فاستهلكه أو وطئ امرأة بشبهة بغير إذن المولى بخلاف ما لو كان استهلاكه للمال معاينا معلوما فإنه يؤخذ به في الحال فإذا كفل رجل عن العبد بالمال الذي لا يجب عليه إلا بعد الحرية من غير أن يشرط في الكفالة تأجيلا وهذا هو المراد بقوله لم يذكر حلولا ولا غيره لزم الكفيل حالا لأن المال حال على العبد لوجود السبب وقبول الذمة وعدم الأجل وكيف والعتق لا يصلح أجلا لجهالة وقت وقوعه وقد لا يقع أصلا وإنما لا يطالب به لعسرته إذ جميع ما في يده ملك المولى لم يرض

ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان الكفيل بنفسه حرا **قال** فان ادعى رقبة العبد وكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعى البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى دفعها اليه متعاوضا وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت بقي القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول **قال** واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه قال زفر يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بامره اما كفالته عن العبد فتصح على كل حال لما ان تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو الرق قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فانقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فاجازه

بتعلقه به اي بتعلق الدين بذمته والكفيل غير معسر فالمانع الذي تحقق في الاصل منتف من الكفيل مع وجود المقتضي وهو الكفالة المعلقة بمال غير مؤجل فيطالب به في الحال فصار كما لو كفل عن مفلس او غائب يلزمه في الحال مع ان الاصيل لا يلزمه وهذا احسن في حلول هذه الكفالة بخلاف وجه تاخير الدين الى العتق وهو العسرة وعدم رضى المولى فانه لو تم لزم تاخير دين الاستهلاك المعاين لعسرته وعدم رضى المولى بل الوجه عدم نفاذ تصرف غيره المولى في حقه بما يضره اعني تصرف المقرض والبائع للعبد ولم يرض بايداع المودع عند عبده ولا بتمكين المراة وعدم نفاذ قول العبد في حق المولى اذا كان يكذبه بخلاف الاستهلاك المعاين فانه لعين فيه احدهما فينفذ في حقه دفعا للضرر لم يتسبب فيه على نفسه فيجب الدين في الحال فيؤخذ من كسبه ان كان له كسب والا تباع رقبته فيه الا ان يفديه المولى هذا هو المرجح في قول محمد في العبد الذي استهلك بالمال الذي لا يجب حتى يعتق بخلاف الدين المؤجل لانه متاخر بلا خير صحيح ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعاين ينبغي ان يرجع قبل العتق اذا ادى لانه دين غير مؤخر الى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته او الفداء عنه وبحث اهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الامر بالكفالة من العبد او السيد وتوقف عندي كون المعتبر امر السيد لان الرجوع في الحقيقة عليه **قوله** ومن ادعى على عبد مالا وكفل رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل وهو ظاهر لا فرق في ذلك بين كون المكفول به حرا او عبدا وانما فرضها في العبد ليترتب عليها مسئلة دعوى الرقبة وهي قوله فلو كان ادعى رقبة العبد وكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد رقبة العبد على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل وهو كالوكيل بالمغصوب حيث يؤخذ برد عينه فان عجز فبقيمته فحاصله انه كفل بمال هو رقبة العبد والمكفول عنه المولى بخلاف ما لو كفل بالمال الذي على العبد فمات يجب ضمانه والمكفول عنه فيه هو العبد وكذا عن الحر فمات الحر مفلسا لا يبرأ الكفيل في قولهم جميعا بخلاف من كفل عن المفلس بعد موته على ما تقدم من الخلاف فيه **قوله** واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل عن عبده وادى بعد عتق عبده ولم يرجع واحد منهما على الآخر بشيء ونقل عن زفر في شرح الجامع انه يرجع قال الصدر ومعنى الوجه الاول يعني ضمان العبد عن سيده ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته عن سيده وهذا لان الاصل ان كفالة العبد لا تصح مطلقا لان الكفالة انما تصح ممن يصح منه التبرع على ما قدمناه اول الباب فلذا لا تصح من الصبي غير المأذون غير ان امر السيد له بها فك الحجر فيه فيصلح حتى تباع رقبته في دين الكفالة اذا كفل بغير امر السيد فاذا كان على العبد دين لا يملك السيد ماليته لتعلق حق الغرماء بها فلا يعمل امره اياه بالكفالة بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين فان لمولاه الحق في ماليته فيعمل اذنه له في ان يكفل عنه وفي بعض نسخ الهداية ومعنى المسئلة ان يكون عليه دين وليست صحيحة لما بينا واما كفالة السيد عن العبد فصحيحة على كل حال سواء كان على العبد دين او لا فان قيل دين العبد الذي يظهر في حق المولى يقتضي في ماليته وهي ملك المولى فاي فائدة في هذه الكفالة اجيب بان الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة مع الدين او لا مع انه يقضى من جميع امواله بخلاف ما اذا لم يكفل فانه لا يلزمه عينا الا ان يسلمه ليباع وقد لا يفي ثمنه بالدين فلا يصل الغرماء الى تمام الدين وبالكفالة يصلون لزفر انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو كونه عبده ولا يستوجب واحد من السيد والعبد دينا على الآخر فقد زال بالعتق فان الادا منهما بعد فيجب الرجوع ولنا انها وقعت من كل منهما غير موجبة للرجوع بما قلنا ان واحدا منهما لا يستوجب دينا على الآخر فلا ينقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فاجازه فادى الكفيل لا يرجع لان معنى الامر وان تحقق في حالة البقاء لم يوجب حكم الابتداء وهو الرجوع لان الاصل انما يقع لاجله ما لا يكون لبقائه حكم الابتداء وهذه الكفالة حين وقعت وقعت غير موجبة للرجوع لما قلنا من ان كل واحد من السيد والعبد

صحت

ولا يجوز الكفالة بمال الكتابة من مكاتبه او عبده لانه دين ثبت مع المنافي فلا يضمن في حق صحة الكفالة وانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل وانما قلنا في الثاني مع الضم لان من شرطه الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله عليه رحمة الله كما ذكر محمد

كتاب الحوالة

لا يستوجب على الآخر دينا الا ان يكون العبد مديونا فح يثبت له الدين على السيد واذا وقعت غير موجبة فلو انقلبت موجبة كان في حال البقاء وليس لبقائها حكم الابتداء لانها تقع لازمة وقد طولب بالفرق بين هذه وبين الراهن اذا اعتق العبد الرهن فهو معسر فان العبد يسعى في ذلك الدين ثم يرجع به على سيده فلم لا يرجع هنا بحر تهما اذ ذاك فجاز ان يرجع على المولى اما هنا فزمان استيجاب الدين وهو زمان الكفالة كان عبدا فيه قوله ولا يجوز الكفالة ببدل الكتابة حر تكفل به او عبده وكذا لا يجوز بمال آخر للسيد على المكاتب لانه اي عقد الكتابة ثبت مع المنافي وهو عبدية للسيد المكاتب لانه عبد ما بقي عليه درهم وذلك يقتضي نفي الدين للسيد على عبده فانما ثبت على خلاف القياس للنص لتحقيق العتق للتشويق الشارع اليه فيقتصر عليه فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولان المكاتب لو عجز نفسه سقط هذا الدين ولا يمكن اثباته اي اثبات هذا الدين على هذا الوجه على الكفيل وهو كونه اذا عجز الكفيل نفسه يسقط عنه واثباته مطلقا في ذمة الكفيل عن هذا الوصف ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد ولو اثبتناه على الاطلاق على الكفيل وعلى تمكنه من اسقاطه على الاصيل لم يتحد الدين عليهما وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة رح لانه كالمكاتب عنده للعلة الاولى لان له احكام العبد عنده حتى لا تقبل شهادته ولا يتزوج اكثر من ثنتين وينصف حده وقسمها دون العلة الثانية اذ لا يقدر على ان يسقط عنه دين السعاية بتعجيز نفسه وعندهما تصح الكفالة به لانه حر مديون عندهما واما الكفالة للمكاتب بدين له على السيد ليس من جنس بدل الكتابة فجائزة واما العبد التاجر اذا رهن مولاه دينا وان كان عليه دين صحت الكفالة لان كسبه حق الغرماء لا السيد فكان الدين واجبا في ذمته كما في ذمة غيره فصحت الكفالة والكفالة بالنفس مثل ذلك ان لم يكن على العبد دين لا يصح وان كان صحت

كتاب الحوالة

الحوالة تناسب الكفالة لان كلا منهما عقد التزام ما على الاصيل للموثق الا ان الحوالة تتضمن براءة الاصيل براءة مقيدة وعلى ما علم بخلاف الكفالة فانها لا تتضمنها فكانت كالمركب مع المفرد والمفرد مقدم فاخر الحوالة عنها وايضا اثر الكفالة اقرب الى الاصيل وهو عدم السقوط بعد الثبوت واثر الحوالة ابعد منه والحوالة اسم من الاحالة ومنه يقال احلت زيدا بحاله على عمرو فاحتال اي قبل فانا محيل وزيد محال ويقال المحتال والمال محال به والرجل محال عليه ويقال محتال عليه فيقدر الاصل في محتال الواقع اسم فاعل محتول بكسر الواو وفي الواقع مفعولا محتول بالفتح كما يقدر في مختار الفاعل مختير بكسر الياء وبفتحها في مختار المفعول لا صحة صلة له مع المحتال الفاعل فلا حاجة اليها بل الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فهما محتال ومحتال عليه فالفرق بينهما بعدم الصلة وبصلة عليه وفي المغرب تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل وهو نقل الشيء من محل الى محل ويقال للمحتال حويل ايضا فالمحيل هو المديون والمحال والمحتال رب الدين والمحال عليه والمحتال عليه هو الذي التزم ذلك الدين للمحتال والمحال به نفس الدين وهي في الشرع نقل المطالبة من ذمة المديون الى ذمة الملتزم بخلاف الكفالة فانها ضم في المطالبة لا نقل فلا يطالب المديون بالاتفاق وانما اختلف المشايخ في ان الدين ايضا ينتقل اذا لا يشترط من قريب

قال وهي جائزة بالديون قال عليه السلام من احيل على ملئ فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فيصح كالكفالة واما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل في الدين لا في العين **قال** وتصح الحوالة برضاء المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه واما المحيل فالحوالة تصرف بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره **قال** واذا قبلت الحوالة برئ المحال من الدين بالقبول

فلو اريد التعريف على قول الناقلين بخصوصهم قبل نقل الدين او قول الناقلين قبل نقل المطالبة فقط **قوله** وهي جائزة بالديون قال صلى الله عليه وسلم فيما رواه ابو هريرة مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم على ملئ فليتبع متفق عليه واما لفظ احيل مع لفظ تبع كما ذكره المصنف فرواه الطبراني عن ابي هريرة في الوسط قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مطل الغني ظلم ومن احيل على ملئ فليتبع ورواه احمد وابن ابي شيبة ومن احيل على ملئ فليحتل قيل وقد روي فاذا احيل بالفاء فيفيد ان الامر بالاتباع للملاءة على معنى انه اذا كان مطل الغني ظلما فاذا احيل على ملئ فليتبع لانه ملئ لا يقع في الظلم والله اعلم ثم اكثر اهل العلم على ان الامر المذكور امر استحباب وعن احمد الوجوب والحق الظاهر انه امر اباحة هو دليل جواز نقل الدين شرعا والمطالبة فان بعض الاعلام عندهم من اللدد في الخصومة والتعيير بما يتكثر به الخصومة والمضارة فمن علم من حاله هذا لا يطلب الشارع اتباعه بل عدمه لما فيه من تكثير الخصومات والظلم واما من علم منه الملاءة وحسن القضاء فلا شك في ان اتباعه مستحب لما فيه من التخفيف على المديون والتيسير عليه ومن لا يعلم حاله فمباح لكن لا يمكن اضافة هذا التفصيل الى النص لانه جمع بين معنيين مجازيين بلفظ الامر في اطلاق واحد فان جعل للاقرب اضمر معه القيد والا فهو دليل الجواز للاجماع على جوازها وقعا للحاجة وانما خصت بالدين لان النقل الذي تضمنه نقل شرعي وهو لا يتصور في الاعيان بل المتصور فيها النقل الحسي فكانت نقل الوصف الشرعي وهو الدين **قوله** وتصح برضى المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو اي الدين هو الذي ينتقل بها اي بالحوالة والذمم متفاوتة في حسن القضاء والمطل فلا بد من رضاه والالزمه الضرر بالزامه اتباع من لا يوفيه واما المحتال عليه فلانه الذي يلزمه الدين ولا لزوم الا بالتزامه ولو كان مديونا للمحيل لان الناس يتفاوتون في الاقتضاء من بين سهل ميسر وصعب معسر واما المحيل فالحوالة تصح بلا رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو اي المحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه عاجلا باندفاع المطالبة عنه في الحال واجلا بعدم الرجوع عليه لانه لا يرجع الا بامره وحيث تثبت الحوالة بغير رضاه كان بغير امره واول في الاضح المذكور في القدوري بما اذا كان للمحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فان قبول الحوالة ح من المحتال عليه يكون اسقاطا لمطالبة المحيل عن نفسه اعني نفس المحتال عليه ولا تصح الا برضاه وكذا في الخبازية واشتراط رضى المحيل قول الائمة الثلاثة قالوا لان للمحيل ايفاء ما عليه من اي جهة شاء فلا يتعين عليه بعض جهات ونقل ابن قدامة ان رضى المحيل لا خلاف فيه ليس بصحيح وصورته ان يقول رجل لصاحب الدين لك على فلان بن فلان الف فاحتل بها على فرضي الطالب واجاز صحت الحوالة حتى لا يكون له ان يرجع بعد ذلك وسنبين الحق فيه عندنا هذا ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال في قول ابي حنيفة ومحمد كما قلنا في الكفالة الا ان يقبل رجل الحوالة للغائب فيتوقف على اجازته اذا بلغه وكذا لا يشترط حضرة المحتال عليه حتى لو احال على غائب فبلغه فاجاز صحت **قوله** واذا قبلت الحوالة بالقبول برئ المحيل من الدين هذا قول طائفة من المشائخ وهو الصحيح من المذهب وقول طائفة اخرى لا يبرأ الا من المطالبة فقط وقال زفر لا يبرأ من المطالبة ايضا فالنظر في خلاف المشائخ اولا حتى يثبت المذهب ثم ينظر في خلاف زفر وقالوا ان المذهب لا يبرأ عن الدين استدلوا بمسائل ذكرها محمد تقتضي ذلك فمنها

وقال زفر رحمه الله عليه لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة النقل لغة ومنه حوالة الغرائض والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الاملاء والاحسن في القضاء وانما يجبر على القبول اذا افتقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا

ان المحتال اذا ابرأ المحتال عليه يصح ولا يرتد برده كابراء الكفيل ولو انتقل اصل الدين الى ذمة المحتال عليه وجب ان يرتد برده كما لو ابرأ المحتال المحيل قبل الحوالة لما فيه من معنى التمليك ومنها ان المحيل اذا افتقد المحتال بالرد بعد الحوالة يجبر على القبول فاذا انتقل اصل الدين بالحوالة كان متبرعا بمال للمحتال فلا يجبر على قبوله لغيره ومنها ان المحتال اذا وكل المحيل بقبض مال الحوالة من المحتال عليه لا يصح ولو انتقل الدين صار المحيل اجنبيا عنه وتوكيل الاجنبي بقبض الدين صحيح ومنها ان المحتال اذا ابرأ المحتال عليه لا يرجع المحتال عليه بذلك على المحيل ولو كانت الحوالة بامر المحيل ولو وهب من المحتال عليه يرجع به على المحيل كما في الكفيل ان لم يكن للمحيل عليه دين والا التقيا قصاصا ولو كان الدين يتحول الى ذمته كان الابراء والهبة في حقه سواء فلا يرجع والقائلون بان المذهب ينتقل الدين فاستدلوا بان المحتال اذا وهب الدين من المحيل او ابرأه من الدين بعد الحوالة لا يصح ابراؤه وهبته ولو بقي الدين في ذمته صح وجعل شيخ الاسلام هذا الخلاف بين ابي يوسف ومحمد فعند ابي يوسف ينتقل الدين والمطالبة وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين قال وفائدة هذا الخلاف تظهر في مسئلتين احدهما ان الراهن اذا حال المرتهن بالدين فله ان يسترد الرهن عند ابي يوسف كما لو ابرأه عنه وعند محمد لا يسترده كما لو اجل الدين بعد الرهن والثانية اذا ابرأ الطالب المحيل بعد الحوالة لا يصح عند ابي يوسف لانه بري بالحوالة وعند محمد يصح فيبرأ المحيل لان اصل الدين باق في ذمته وانما تحولت المطالبة ليس غير وقد انكر هذا الخلاف بينهما بعض المحققين وقال لم ينقل عن محمد نص بنقل المطالبة دون الدين بل ذكر احكاما متشابهة واعتبر الحوالة في بعضها تاجيلا وجعل المحول بها المطالبة لا الدين واعتبرها في بعض الاحكام ابراء وجعل المحول بها المطالبة والدين وانما نقل هكذا لان اعتبار حقيقة اللفظ يوجب نقل المطالبة والدين اذ الحوالة مبنية عن النقل وقد اضيف الى الدين واعتبار المعنى يوجب تحويل المطالبة لان الحوالة تاجيل معنى الا ترى انه اذا مات المحتال عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل وهذا هو معنى التاجيل فاعتبر المعنى في بعض الاحكام واعتبر الحقيقة في بعضها نعم يحتاج الى بيان كيفية خصوص الاعتبار في كل مكان ويجيب المص عن بعضها في خلافية زفر فنقول هذه اذا عرف المذهب جيئا الى خلاف زفر والاعتبار بالكفالة بجامع ان كلا منهما عقد توثق ولم ينتقل فيهما دين ولا مطالبة بل اشتراك ولان عدم الانتقال ادخل في معنى التوثق اذ يصير له مكنة ان يطالب كلا منهما فكذا هذا ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الفرائض فوجب نقل الدين والدين اذا انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم لغة لانها من الكفل وهو الضم فوجب فيها اعتبار ضم الذمة الى الذمة لان الاحكام يعني العقود الشرعية اسماء باسماء تعتبر فيها معاني تلك الاسماء وهو فائدة اختصاصها باسمائها قوله عقد توثق والتوثق ان يطالب كل منهما قلنا بل التوثق لم ينحصر في ذلك بل يصدق باختيار الاملاء والايسر في القضاء فكفى به في تحقيق معنى التوثق في مسمى لفظ الحوالة غير متوقف على خصوص ما ذكر من التوثق وهذا الدليل ينتهض على زفر فانه قال يبقى الدين والمطالبة على الاصيل اما الطائفة من المشايخ القائلون بنقل المطالبة دون الدين فلانه

قال وفي رجوع المحتال على المحيل الا ان ينوي حقه وقال الشافعي رحمه الله عليه لا يرجع وان نوى لان البراءة قد حصلت مطلقة فلا يعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود او تفسخ الحوالة كفواته لانه تمامها للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع

اذا قال الحوالة تبنى على النقل فيعتبر فيها ذلك قالوا سلمنا واعتبار نقل المطالبة كاف في تحقيق معنى النقل غيره متوقف على نقل الدين كما قلت لزفر تحقيق التوثق يحصل باختيار الاملى الى آخره غيره متوقف على كل ما يحصل به التوثق وقوله وانما يجرد الى آخره جواب نقض من قبل زفر وهو ما سبق من ادلة القائلين من الشارح بعدم نقل الدين وهو ان المحيل اذا نقد المحتال الدين الحال به قبل نقد المحال عليه اجبر المحتال على القبول فلو لم يكن الدين باقيا على المحيل لم يجبر لانه متبرع بشيء من ماله فلا يجبر على قبوله اجاب بانه لا يلزم على تقدير النقل ان يكون متبرعا محضا وانما يكون ذلك لو لم يكن عود الدين المنتقل اليه بعينه ممكنا بخوف قد يتوقع فاما ان كان فلا لانه على ذلك التقدير دافع عن نفسه مطالبة على تقدير تحقق سببها فهذا الجواب يدفع هذا الوارد من حيث هو نقض لزفر ودليل لتلك الطائفة وقد نقض من قبل زفر بوجود الحوالة ولا نقل اصلا بما اذا وقعت بغير اذن المحيل واجيب بان معنى النقل تحقق فيه بعد اداء المحتال عليه حتى لا يبقى اذ ذاك على المحيل شيء الا ان قد يقال لو صح هذا لصح ان يقال الكفالة بغير امر المكفول عنه فيها نقل الدين ايضا بهذا الوجه لانه اذا ادى الكفيل عنه لم يبق عليه شيء والحق ان اصل الجواب ساقط فان انتفاء الدين عن المحيل باداء المحتال عليه ليس هو نقل الدين بل انتفاؤه من الوجود بالكلية وليس هذا نقلا بل نقله تحوله عن محيل هو ذمة المحال عليه وعندي ان الجواب هو ان الحوالة بغير اذن المحيل ليست حوالة من كل وجه لان حقيقة الحوالة ان كان فعل المحيل فهو الاحالة او الحاصل من فعله فهو منتف الانتقال الفعل منه والنقل انما هو في حقيقتها ولهذا اجاز المالكية هذا المعنى واخرجوه من الحوالة وسموه حمالة وحكمها شطر حكم الحوالة وهو الملزم على المتحمل دون شطره الآخر وهو انتقال الدين عن المديون فلم تكن حوالة والا استعقب تمام حكمها وهذا ما عندنا قوله ولم يرجع المحتال على المحيل الا ان ينوي حقه وقال الشافعي رح لا يرجع وان نوى بموت او افلاس او غيره وهو قول احمد والليث وابي عبيد وعن احمد اذا كان المحال عليه مفلسا ولم يعلم الطالب بذلك فله الرجوع الا ان يرضى بعد العلم وهو قول مالك لان الافلاس عيب في المحال عليه فله ان يرجع بسببه كالمبيع ولان المحيل غيره فهو كما لو دلس المبيع يرجع به وللشافعي لان البراءة الحاصلة بالانتقال حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد ولا سبب فلا عود ويؤيده ما روي عن ابن المسيب انه كان له على علي دين فاحاله به على آخر فمات المحال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال ابعدك الله فمنع رجوعه ونحن نمنع كون البراءة مطلقة بل هي مقيدة يعني بشرط السلامة وان كانت مطلقة وهذا القيد يثبت بدلالة الحال وهو ان المقصود من شرط الحوالة ليس مجرد الوجوب على الثاني لان الزمم باعتبار هذا القدر متساوية وانما تتفاوت في احسان القضاء وعدمه فالمقصود التوصل الى الاستيفاء من المحل الثاني على وجه الاحسن والا لم ينتقل عن الاول فصارت السلامة من المحل الثاني

قال التوى عند ابي حنيفة رحمه الله عليه احد الامرين وهو اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا لان
العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة وقالا هذان الوجهان وجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم
بافلاسه حال حيوته وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما كان المال غائبا او دراهم

كالشرط واعادوا في العقد الاول فاذا لم يحصل شرط عاد حقه على الاصيل وصار كما لو صالح على عين فهلكت قبل التسليم يعود
الدين لان البدل اذا ما ثبت مطلقا بل بعوض فان لم يسلم يعود بعوضه وما روي عن عثمان رضه مرفوعا وموقوفا في المحتال
عليه اذا مات مفلسا قال يعود الدين الى ذمة المحيل كما كان وقال لا توى على مال امرئ مسلم ولفظ الاسرار قال اذا توى
المال على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم وذكر محمد في الاصل عن شريح مثل ذلك وهذان الحديثان مشهوران
فان كانا صحيحين او لم يثبتا فقد تكافأ هذا واختلف عباراتهم في كيفية العود فقيل تنفسخ الحوالة اي يفسخها المحتال ويعاد الدين كالمشتري
اذا وجد بالمبيع عيبا قبل يفسخ ويعود الدين كالمبيع اذا هلك قبل القبض وقيل في الموت عن افلاس ينفسخ ويعود الدين وفي الجحود
يفسخ ويعاد في طريقة الخلاف قالوا لو مات المحيل والمحال عليه مفلسين لا يرجع فكذا ما نحن فيه قلنا لا نسلم بل له الرجوع
الا انه سقطت المطالبة بالاعسار ولهذا كل ما ظهر لاحدهما مال اخذ وكما في الكفيل والمكفول عنه اذا ماتا مفلسين
تبطل الكفالة ثم لا تدل على ان المطالبة لا تثبت حالة حياة المكفول عنه وقالوا مال الحوالة جعل كالمقبوض لانه لو لم يكن
كالمقبوض لادى الى الافتراق عن دين بدين ولانه تجوز الحوالة برأس مال السلم والصرف ولولا انه كالمقبوض لم تجز
الحوالة واذا مات المحيل مفلسا لا يكون المحتال اسوة للغرماء واذا كان كالمقبوض لا يرجع قلنا ليس كالمقبوض والا لجاز
للمحتال ان يشتري شيئا من غير المحال عليه كما يجوز ان يشتري به من المحال عليه وقولهم لو لم يكن كالمقبوض صار
دينا بدين انما يلزم لو كان القصد منه المعاوضة وليس كذلك كالقرض واما الصرف والسلم فحجة لنا لانه لو
كان كالمقبوض لجاز ان يتفرقا عن المجلس من غير قبض وليس كذلك فانه اذا حال بهما فلو افترقا من غير قبض يفسد العقد
ولو كانت الحوالة قبضا لكان هذا افتراقا بعد القبض فلا يفسد العقد واما كون المحتال لا يصير اسوة للغرماء
اذا مات المحيل ولا مال له سوى ما على المحال عليه فممنوع قال في الجامع الكبير ولو ان المحال آخر الحوالة
سنة ثم مات المحيل وعليه دين آخر سوى دين المحال يقسم دينه على الحوالة بين المحال وبين الغرماء بالحصص
لان هذا مال المحيل ولم يصر بالحوالة ملكا للمحال لان تمليك الدين من غريمه من عليه الدين لا يتصور لكن تعلق به
حق المحال وبهذا الاصل المحال اخص به ما لم يثبت اليد بدليل ان العبد المأذون اذا كان له عليه دين تعلق
صاحب الدين برقبته وكسبه ثم لو وجب بعد ذلك دين آخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالحصص انتهى وانه
انه يرجع بالتوى بين التوى بقوله والتوى عند ابي حنيفة بكل من امرين اما ان يجحد الحوالة ويحلف
للمحتال ولا للمحيل فقوله له يعني كلا من المحيل والمحتال او يموت مفلسا لا مال له معينا ولا دينا
عنه بدين المحتال وعندهما بهذين ووجه آخر وهو ان يحكم حاكم بافلاسه وهذا بناء على ان تفليس القاضي
عندهما وعنده لا يصح لانه لا يتوهم ارتفاعه بحدوث مال له فلا يعود بتفليس القاضي على المحيل والتوى التلف
يقال منه توى يوزن علم يتوى وفي توى تاؤه ولو قال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه فنفي الشافعي

قال واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلتك بدين لي عليك لم يقبل قوله ولا بحجة وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاؤه دينه بامره الا ان المحيل يدعي عليه دينا وهو منكر والقول للمنكر ولا يكون الحوالة اقرارا بالدين عليه لانه يمكن ان يكون بين دينه قال واذا طالب المحيل المحتال بما اداه اليه فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال لا بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه قال ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء ان هلكت يرجع بها لانه لما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا

والمبسوط القول للطالب مع اليمين على العلم لانه يتمسك بالاصل وهو العسرة ولو كان حيا فزعم انه مفلس فالقول له كذلك بعد موته وفي شرح الناسخ القول للمحيل مع اليمين لانكاره وجود الدين **قوله** واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل انما احلت بدين لي عليك لم يقبل **قوله** وعليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق في حقه وهو قضاؤه دينه بامره الا ان المحيل يدعي دينا عليه وهو منكر والقول للمنكر ولا يقال قبول الحوالة من المحتال عليه اقرار بالدين عليه لانا نقول ليس من ضرورة قبول الحوالة ذلك بل قد يكون بما عليه وهو المقيدة وقد تكون مطلقة والمطلقة هي حقيقة الحوالة اما المقيدة فلو كانت بالاداء من وجه القبض واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به وقال اني احلتك لتقبضه لي فقال محتال بل احلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل لان المحتال يدعي عليه اي عن المحيل دينا وهو ينكر فالقول له لان فراغ الذمة هو الاصل وبه قال الشافعي في وجه وفي وجه آخر القول للطالب لان الحوالة بالدين ظاهرا انما تقال له المحيل توكيل فهو خلاف الظاهر وهو قول احمد وقول المصنف ولفظة الحوالة يستعمل في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه جواب حسن وهو بناء على تساويهما في الاستعمال ومنع كونها بالدين اظهر فالحوالة متواطئ فيهما والافادة مجاز استعارة فانتفى قولهما فان الحقيقة عند ابي حنيفة مقدمة على المجاز المتعارف وقد تكلف شمس الائمة حين استبعد التواطئ وتقديم المجاز المتعارف فحملها على ما اذا استوفى المحتال الالف المحال بها وقد كان المحيل باع متاعا من المحتال عليه بهذه الالف فيقول المحتال كان المتاع ملكي وكنت وكيلا في بيعه عني والمقبوض مالي ويقول المحيل كان المتاع ملكي وانما بعته لنفسي فالقول للمحيل لان اصل المنازعة وقع بينهما في ملك ذلك المتاع واليد كانت للمحيل فالظاهر انه له انتهى وظاهر تخصيص المسئلة بنحو هذه الصورة وليس كذلك بل جواب المسئلة مطلق في سائر الامهات والحق انه لا حاجة الى ذلك بعد تجويز كون لفظ احلتك بالف يراد به الف للمحيل لان ثبوت الدين على الانسان لا يمكن بمثل هذه الدلالة بل لا بد من القطع بها من جهة اللفظ او دلالة مثل له على او في ذمتي لان فراغ الذمة كان ثابتا بيقين فلا يلزم فيه ضرر شغل ذمة الا بمثله من اللفظ ومنه نحو قوله انتزنها في جواب لي عليك الف للمتيقن نعم والضمير في انتزنها على الالف المدعاة بخلاف مجرد قوله احلتك **قوله** ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء لتيسير ما يقتضيه به وحضوره بخلاف الدين عليه فان هلكت برئ المحتال عليه وهو المودع لتقيدها بها اي لتقيد الحوالة بالوديعة التي هلكت فانه اي الرجل ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت الحوالة مقيدة بعين مغصوب عرض او الف مثلا درهم فانه اذا هلك المغصوب المحال به لا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه لان الواجب على الغاصب رد العين فان عجز رد المثل او القيمة فاذا هلك في يد الغاصب المحال عليه لا يبرأ لان له خلفا والفوات الى خلف كلا فوات فبقيت متعلقة بخلفه فيرد خلفه على المحتال وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا بان يحيله بدينه الذي له

وحكم المقيدة في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن ولو كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقيت له مطالبة به فيأخذه منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل ذمته فلا تبطل الحوالة باخذ ما عليه وما عنده

على فلان المحال عليه فصارت المقيدة بالتفصيل ثلاثة اقسام مقيدة بعين امانة وبعين مضمونة وبدين خلص وحكم المقيدة في هذه الجملة اعني الاقسام الثلاثة ان لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين ولا بذكر الدين لان الحوالة لما قيدت بها تعلق حق المطالب به وهو استيفاء دينه منه على مثال الرهن واخذ المحيل يبطل هذا الحق فلا يجوز فلو دفع المحال عليه العين او الدين الى المحيل ضمنه للطالب لانه استهلك ما تعلق به حق المحتال كما اذا استهلك الرهن احد يضمنه للمرتهن لانه يستحقه ولما كان تشبيه المص بالرهن متبادرا منه انه لو هلك المحيل وعليه دين آخر غير دين المحتال ينبغي ان يختص المحتال بذلك الدين او العين وليس كذلك بينه المص فقال وان كان اي المحتال اسوة الغرماء فيه بعد موت المحيل وذلك لانه لو بقي للمحيل حق المطالبة بما احال به من الامر العين فيأخذه بطلت الحوالة والواقع انها حق المحتال فليس له ان يبطل حقه وترك الفرق بين الرهن والمحال به دينا او عينا والفرق ما قدمناه انه وان كان حق المحتال متعلقا بالعين المخصوصة او الدين كما يتعلق حق الدائن بالرهن المعين لكن ليس له يد ولا ملك والمرتهن له يد ثابتة مع الاستحقاق وكان له زيادة اختصاص واذا كان المحتال اسوة الغرماء فلو قسم ذلك الدين او العين بين غرماء المحيل واخذ المحتال حصته لا يكون له ان يرجع على المحال عليه ببقية دينه وهو ظاهر لتقييد الحوالة بذلك المقسم هذا ومن احكام المقيدة الحوالة المقيدة بالدين او العين انه لو ابرأ المحتال المحتال عليه صح الابراء وكان للمحيل ان يرجع على المحال عليه بدينه ولو وهب المحتال دينه من المحتال عليه او مات المحتال له وورثه المحتال عليه لا يكون للمحيل ان يرجع على المحتال عليه والفرق ان الهبة من اسباب الملك وكذا الارث فملك المحتال عليه ما في ذمته بالهبة وكذا بالارث فهو كمن ملكه بالاداء ولو ادى لا يرجع المحيل عليه فكذا اذا ملكه بالهبة بخلاف الابراء فانه في الاصل موضوع للاسقاط فلا يملك به المحتال عليه ما في ذمته وانما خرج به عن ضمانه للمحتال دينه وهو الشاغل لدين المحيل فبقي دين المحيل على المحتال عليه بلا شاغل فيرجع به عليه وقوله بخلاف المطلقة يتصل بقوله لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه بالعين المحال به والدين والحاصل ان الحوالة قسمان مقيدة كما ذكرنا ومطلقة وهو ان يقول المحيل للطالب احلتك بالالف التي لك رجل على هذا الرجل ولم يقل ليؤديها من المال الذي لي عليه فاذا احال كذلك وله عند ذلك الرجل وديعة او مغصوبة او دين كان له ان يطالب به لانه اي الشأن لا تعلق لحق المحتال اي اي بذلك الدين او العين لوقوعها مطلقة عنه بل بذمة المحتال عليه وفي الذمة سعة فيأخذ دينه او عينه من المحتال عليه لا تبطل الحوالة وما عليه يرجع الى الدين او المغصوب او عنده يرجع الى الوديعة ومن المطلقة ان يحيل على رجل ليس له عنده ولا عليه شيء وتنقسم المطلقة الى حالة وموجلة فالحالة ان يحيل الطالب بالف وهي على المحيل حالة فتكون على المحتال عليه حالة لان الحوالة لتحويل الدين فيتحول بالصفة التي هي على الاصيل وليس للمحتال عليه ان يرجع على الاصيل قبل ان يؤدي

تال ويكره السفاتج وهي قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى الرسول عليه السلام عن قرض جر نفعا

كتاب ادب القاضي

ولكن له اذا لزم ان يلازمه واذا حبس ان يحبسه والمطالبة الموجلة له على رجل الف الى سنة فاحال الطالب عليه الى سنة كانت عليه الى سنة ولو حصلت الحوالة مبهمة لم يذكره محمد وقالوا ينبغي ان تثبت موجلة كما في الكفالة لانه يحتمل ما على الاصيل باي صفة كان فلو مات المحتال لم يحل المال على المحتال عليه لان حلول الاجل في حق الاصيل لاستغنائه عن الاجل بموته ولا يتاتى ذلك في حق المحتال عليه لانه حتى يحتاج الى الاجل ولو حل عليه انما يحل بناء على حلوله على الاصيل فلا وجه له لان الاصيل برئ عن الدين في احكام الدنيا والمحتال الاجنبي ولو مات المحال عليه قبل الاجل والمحيل حتى حل المال على المحتال عليه لاستغنائه عن الاجل بموته فان لم يترك وفاء يرجع الطالب على المحيل الى اجله لان الاصيل سقط حكما للحوالة وقد انتقضت الحوالة بموت المحتال عليه مفلسا فينتقض ما في ضمنها وهو سقوط الاجل كما لو باع المديون بدين موجل عبدا من الطالب ثم استحق العبد عاد الاجل لان سقوط الاجل كان بحكم البيع وقد انتقض كذا هنا **قوله** ويكره السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء وهو تعريب سفته وهو الشيء المحكم سمي هذا القرض به لاحكام امره وصورته ان يدفع في بلدة الى مسافر قرضا ليدفعه الى صديقه او وكيله مثلا في بلدة اخرى ليستفيد به امن اخطر الطريق لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض جر نفعا رواه الحارث بن ابي اسامة في مسنده عن حفص بن حمزة انبأنا سواد بن مصعب عن عمارة الهمداني قال سمعت عليا رضي الله عنه يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل قرض جر نفعا فهو ربا وهو ضعيف بسواد بن مصعب قال عبد الحق متروك وكذا قال غيره ورواه ابو الجهيم في جزئه المعروف عن سواد ايضا واخرج ابن عدي في الكامل عن جابر بن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم السفتجة حرام واعله بعمرو بن موسى بن وجيه ضعفه البخاري والنسائي وابن معين وذكره ابن الجوزي في الموضوعات واحسن ما هنا ما عن الصحابة والسلف ما رواه ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا خالد الاحمر عن حجاج عن عطا قال كانوا يكرهون كل قرض جر منفعة وفي الفتاوى الصغرى وغيرها ان كان السفتج مشروطا في القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد وان لم يكن مشروطا جاز وصورة الشرط ما في الواقعات رجل اقرض رجلا مالا على ان يكتب له بها الى بلد كذا فانه لا يجوز وان اقرضه بغير شرط وكتب جاز وكذا لو قال اكتب لي سفتجة الى موضع كذا على ان اعطيك هنا فلا خير فيه وروي عن ابن عباس ش ذلك الا ترى انه لو قضاه احسن مما له عليه لا يكره اذا لم يكن شرطا قالوا انما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهر فان كان يعرف ان ذلك يفعل كذلك فلا والذي يحكى عن ابي حنيفة انه لم يقع في ظل جدار عزيمة فلا اصل له لان ذلك لا يكون انتفاعا عليه بملكه كيف ولم يكن مشروطا ولا متعارفا وانما اورد القدوري هذه المسئلة هنا لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة والله اعلم

كتاب ادب القاضي

لما كان اكثر المنازعات في الديون والبياعات والمنازعات تحتاج الى قطعها اعقبها بما هو القاطع لها وهو القضاء والادب الخصال الحميدة والقاضي يحتاج اليها فافادها وهو ان يذكر ما ينبغي للقاضي ان يفعله ويكون عليه وسميت الخصال الحميدة ادبا لانها تدعو الى المحامد والادب في الاصل من المأدبة بسكون الدال هي الجمع والدعاء وهو ان تجمع الناس وتدعوهم الى طعامك فيقال هذا ادب زيد يأدب ادبا

وقال ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد اما الاول فلان حكم القضاء يستفاد من حكم
الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية الا ان من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء

بوزن ضرب يضرب ضربا اذا دعا الى طعامه فهو ادب والمادبة الصنوع المدعو اليه ومنه قول طرفة بن العبد يمدح قومه بني بكر بن وائل
ورثوا السود من ابائهم ثم زادوا سودا وانيسوا في الشتاء مدعوا بحفلا لا ترى الادب فيها ينقر ومنه ما ذكره ابو عبيد في قول
ابن مسعود ان هذا القرآن مادبة الله فمن دخل فيه فهو آمن وروي عنه ايضا ما دبة الله فتعلموا من مادبته بفتح الدال اي تاديبه فكان الامر
يحملها للغتين قال ابو عبيد لم اسمع احدا يقول هذا غيره واما القضاء فقال ابن قتيبة يستعمل لمعان كلها ترجع الى الختم والفراغ من الامر يعني
باكماله وفي الشرع يزاد به الزام يقال للحكم وهو منع الظالم عن الظلم من الحكمة التي تجعل في رأس الفرس واما وصف القضاء فقيل كفاية
فلو امتنع الكل اثموا والسلطان ان يكره من يقيم قدرته عليه لانه لا بد من الطيال الحقوق الى اربابها بالزام الممانعين منها ولا يكون ذلك
الا بالقضاء وقد امر الله به نبيه صلى الله عليه وسلم بقوله وان احكم بينهم بما انزل الله اليك وقبله صلى الله عليه وسلم داود بقوله تعالى فاحكم
بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى وبعث صلى الله عليه وسلم عليا قاضيا على اليمن ومعاذا وقال لهم تقضيان فقال له بكتاب الله قال فان
لم تجد قال فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فان لم تجد قال اجتهد رائي فاقره وعليه اجماع المسلمين قوله لا تصح ولاية القاضي
حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد هذا لفظ القدوري وذكر المولى على لفظ المعقول للاشعار بانه الفي عليه الفعل
من غير طالب له منه كما هو الاولى اما الاولى وهو انه لا بد ان يكون من اهل الشهادة فلان حكم القاضي يستفاد من حكم الشهادة يعني كلا من القضاء
والشهادة يعتمد من امر واحد هو شروط الشهادة من الاسلام والبلوغ والعقل والحرية وكونه غير اعمى ولا محدود في قذف والكل فيه
ان يكون عدلا عفيفا عالما بالسنة وبطريق من كان قبله من القضاة فرع قلد عبد فعتق جاز ان يقضي بتلك الولاية من غير حاجة
الى تجديد كما لو تحمل الشهادة حال الرق ثم عتق كذا في الخلاصة في اول كتاب القضاء وذكر بعد ورقة ولو قلد قضاء مصر لصبي فادرك ليس
له ان يقضي بذلك الامر ولو قلد كافر القضاء فاسلم قال محمد هو على قضائه ولا يحتاج الى توليد ثانية فصار الكافر كالعبد والفرق ان كلا منهما
له ولاية وبه يلزم وبالعتق والاسلام يرتفع اما الصبي فلا ولاية له اصلا وما في الفصول لو قال لصبي او كافر اذا ادركت فصل بالناس او اقض
بينهم جاز ولا يخالف ما ذكر في الصبي لان هذا تعليق الولاية والمعلق معدوم قبل الشرط ولو تقدم تنجيز واذا لم تصح ولاية الصبي قاضيا لا يصح سلطانا
فما في زماننا من توليه ابن صغير للسلطان اذا مات ففي فتاوى النسفي صرح بعدم ولايته فان نعني ان يكون الاتفاق على والي عظيم يصير سلطانا ولا تقلد
القضاء منه غير انه يعزل نفسه تبعا لابن السلطان تعظيما وهو السلطان في الحقيقة انتهى ومقتضى هذا انه يحتاج الى تجديد بعد بلوغه وهذا لا يكون الا
اذا عزل ذلك الوالي العظيم نفسه من السلطنة وذلك لان السلطان لا يعزل الا بعزل نفسه وهذا غير واقع واما الذكورة فليست بشرط الا للقضاء في الحدود
والدماء فتقضي المرأة في كل شيء الا فيها وقد اختلف في قضاء الفاسق فاكثر الائمة على انه لا يصح ولايته كالشافعي وغيره كما لا تقبل شهادته وعن علمائنا
الثلاثة في النوادر مثله لكن الغزالي قال اجتماع هذه الشروط من العدالة والاجتهاد وغيرها متعذر في عصرنا فخلوا العصر عن المجتهد والعدل
فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وان كان جاهلا فاسقا وهو ظاهر المذهب وعندنا فلو قلد الفاسق الجاهل
صح ويحكم بفتوى غيره ولكن لا ينبغي ان يقلد والحاصل انه ان كان في الرعية عدل عالم لا تحل توليته من ليس كذلك ولو ولي
صح مثال شهادة الفاسق لا تحل تحمله وان قيل نفذ الحكم بها وفي غير موضع ذكر الاولوية يعني الاولى ان لا تقبل شهادة

والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشائخنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمة الله عليه الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا يقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلثة رحمهم الله في النوادر انه لا يجوز قضاؤه

وان قبل جاز ومقتضى الدليل ان لا يحل ان يقضي بها فان قضى جاز ولقد لو كان عدلا قبل الولاية فولي ففسق وجاز باخذ الرشوة وغيرها من اسباب الفسق لا ينعزل ويستحق العزل هذا هو ظاهر المذهب وعليه مشائخنا البخاريون والسمرقنديون ومعنى يستحق العزل انه يجب على السلطان عزله ذكره في الفصولين وقيل اذا ولي عدلا ثم فسق انعزل لان عدالته في معنى المشروط في ولايته لانه حين ولاه عدلا واعتمد عدالته فكانت ولايته مقيدة بعدالته فيزول بزوالها ولا شك انه لو لزم ذلك انعزل فان الولاية تقبل التقييد والتعليق بالشرط كما اذا قال له اذا وصلت الى بلدة كذا فانت قاضيها واذا وصلت الى مكة فانت امير الموسم والاضافة بان يقول جعلتك قاضيا في رأس الشهر ويستثنى منها كما يقول جعلتك قاضيا الا في قضية فلان او لا تنظر في قضية كذا لكن لا يلزم ذلك اذ لا يلزم من اختيار ولاية لصلاحيته تقييدها به على وجه يزول بزواله فلا ينعزل وبهذا التقرير اندفع المورد من ان البقاء اسهل من الابتداء وفي الابتداء تجوز ولاية الفاسق وفي البقاء لا ينعزل واتفقوا في الامرة والسلطنة على عدم الانعزال بالفسق لانها مبنية على القهر والغلبة ثم الدليل على جواز تعليق الامارة واضافتها قوله صلى الله عليه وسلم حين بعث الناس الى موتة وامر عليهم زيد بن حارثة ان قتل زيد فجعفر امينكم وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة وهذه القصة مما اتفق عليها جميع اهل السير والمغازي ثم الرشوة اربعة اقسام منها ما هو حرام على الآخذ والمعطي وهو الرشوة على تقليد القضاء والامارة ثم لا يصير قاضيا الثاني ارتشاء القاضي ليحكم وهو كذلك حرام من الجانبين ثم لا ينفذ قضاؤه في تلك الواقعة التي ارتشى فيها سواء كان بحق او باطل اما في الحق فلانه واجب عليه فلا يحل اخذ المال عليه واما في الباطل فظاهر وحكي في الفصولين في نفاذ قضاء القاضي فيما ارتشى فيه ثلاثة اقوال لا ينفذ فيما ارتشى فيه وينفذ فيما سواه وهو اختيار شمس الائمة لا ينفذ فيهما ينفذ فيهما وهو ما ذكره البزدوي رحمه الله وهو حسن لان حاصل امر الرشوة فيما اذا قضى بحق ايجابها فسقه وقد فرض ان الفسق لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه بحق فلم لا ينفذ وخصوص هذا الفسق غير مؤثر وغاية ما وجه به انه اذا ارتشى عامل لنفسه او ولده يعني والقضاء عمل الله او ارتشاء القاضي او ولده او من لا تقبل شهادته له او لبعض اعوانه سواء اذا كان بعلمه ولا فرق بين ان يرتشي ثم يقضي او يقضي ثم يرتشي وفيه لو اخذ الرشوة ثم بعث الى شافعي ليقضي لا ينفذ قضاء الثاني لان الاول عمل في هذا النفس حين اخذ الرشوة وان كان كتب الى الثاني ليسمع الخصومة واخذ مثل اجر الكتاب صح حكم المكتوب اليه والذي قلد بواسطة الشفعاء كالذي قلد احتسابا في انه ينفذ قضاؤه وان كان لا يحل طلب الولاية بالشفعاء الثالث اخذ المال ليسوي امره عند السلطان دفعا للضرر او جلبا للنفع وهو حرام على الآخذ لا الدافع وحيلة حلها للاخذ ان يستأجره يوما الى الليل او يومين فتصير منافعه مملوكة ثم يستعمله في الذهاب الى السلطان للامر الفلاني وفي الاقضية قسم الهدية وجعل هذا من اقسامها فقال حلال من الجانبين كالاهداء للمتودد وحرام من الجانبين كالاهداء ليعينه على الظلم حلال من جانب المهدي حرام على الآخذ وهو ان يهدي

فهو حد الاجتهاد وكلام عرف في اصول الفقه حاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل ان يكون صاحب قريحة مع ذلك يعرف بها عادات الناس لان من الاحكام ما يبتنى عليها

قال ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدي فرضه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف

بإنه ضعيف وضعف العقيلي وقال انما يعرف هذا من كلام عمر بن الخطاب رضي الله عنه واخرجه الطبراني من غير طريق حسين بن ذكوان عن ابن عباس رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تولى من امر المسلمين شيئا فاستعمل رجلا وهو يعلم ان فيهم من هو اولى بذلك واعلم منه بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وروى ابو يعلى الموصلي في مسنده عن حذيفة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل استعمل رجلا على عشرة انفس وعلم ان في العشرة من هو افضل منه فقد غش الله ورسوله وجماعة المسلمين والذي له ولاية التقليد الخليفة والسلطان الذي نصبه الخليفة واطلق له التصرف وكذا الذي ولاه السلطان ناحية وجعل خراجها واطلق له التصرف فان له ان يولي ويعزل كذا قالوا ولا بد من ان لا يصرح له بالمنع او يعلم ذلك بعرفهم فان نائب الشام وحلب في ديارنا يطلق لهم التصرف في الرتبة والخراج ولا يولون القضاة ولا يعزلون ولو ولى فحكم المولى ثم جاء بكتاب السلطان لا يكون ذلك امضاء للقضاء والحرية شرط في السلطان وفي التقليد بالاصالة لا بطريق النيابة فان السلطان اذا امر عبده على ناحية وامره بنصب القاضي جاز فان نصبه كنصب السلطان بنفسه **قوله** وفي حد الاجتهاد وكلام عرف في اصول الفقه وحاصل ذلك الكلام ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث ليلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه والفرق بين القولين ان على الاول نسبة الى معرفة الحديث اكثر من معرفته بالفقه وفي الثاني عكسه ثم ان المصنف رتب على الاول كونه يعرف معاني الآثار والمراد بمعاني الآثار المعاني التي هي مناطات الاحكام الدالة عليها الفاظ الحديث وعلى الثاني سلامته من القياس مع معارضة النص وقد وقع التصريح بانهما قولان ولا شك في ذلك لانهما متضادان لان كونه ادرى بالحديث من الفقه يضاد كونه ادرى بالفقه من الحديث وانت تعلم ان المجتهد يحتاج الى الامرين جميعا وهي تحذره من القياس في معارضة النص ومعرفة معاني الآثار ليتمكن من القياس فالوجه ان يقال صاحب حديث وفقه ليعرف معاني الآثار ويمتنع عن القياس بخلاف النص والحاصل ان العلم الكتاب والسنة باقسامهما من عباراتهما واشاراتهما ودلالتهما واقتضائهما وباقي الاقسام ناسخهما ومنسوخهما ومناط احكامهما وشروط القياس والمسائل المجمع عليها لئلا يقع في القياس في مقابلة الاجماع واقوال الصحابة لانه قد يقدمه على القياس فلا يقيس في معارضة قول الصحابي ويعلم عرف الناس وهذا قوله وقيل ان يكون صاحب قريحة الخ فهذا القيد لا بد منه في المجتهد فمن اتقن هذه الجملة فهو اهل للاجتهاد فيجب عليه ان يعمل باجتهاده وهو ان يبذل جهده في طلب الظن بحكم شرعي عن هذه الادلة ولا يقلد احدا **قوله** ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه ان يؤدي فرضه لان الصحابة رضوان الله تعالى عليهم تقلدوا ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف اما ان الصحابة تقلدوا فحديث معاذ معروف وكذا علي رضي الله عنه لما روى ابو داود عن علي رضي الله عنه قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن قاضيا فقلت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ترسلني وانا حديث السن ولا علم لي

قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شريكا لمباشرته التقبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه ولا يوفق له أو لا يعينه عليه شرطه ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو الاهل للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد ولاعلاء للعالم عن الغش

بالقضاء فقال ان الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك فاذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الاول فانه احرى ان يتبين لك القضاء قال فما زلت قاضيا وما شككت في قضاء بعد ورواه احمد واسحق بن راهويه والطيالسي والحاكم وقال صحيح الاسناد واخرج ابن ماجه وفيه ضرب صدري وقال اللهم اهد قلبه وثبت لسانه قال فما شككت الحديث وصححه ايضا الحاكم في المستدرك ايضا عن ابن عباس قال بعث النبي صلى الله عليه وسلم عليا رضي الله عنه الى اليمن فقال علمهم الشرائع واقض بينهم الحديث وصححه ثم قلد علي شريحا الامام واما انه فرض كفاية فقد قدمنا غير ان مقتضاه ان يكون الدخول فيه مستحبا وعبارة لا باس اكثر استعمالها في المباح وتركه اولى وحاصل ما هنا انه ان لم يأمن على نفسه الحيف اي الجور او عدم اقامة العدل كره له الدخول كراهة تحريم لان الغالب الوقوع في مخطور وح وان امن ايح رخصة والترك هو العزيمة لانه وان امن فالغالب هو خطأ ظن من ظن من نفسه الاستدلال فظهر منه خلافه فيؤخر عن الاستحباب هذا اذا لم تنحصر الاهلية فيه وان انحصر صار فرض عين عليه وعليه ضبط نفسه الا ان كان السلطان ممن يمكن ان يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك وحديث من ولي القضاء فكأنما ذبح بغير سكين اخرجه اصحاب السنن الاربعة من حديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين حسنه الترمذي واخرجه ابن عدي في الكامل من حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من استقضي فقد ذبح بغير سكين وحكي ان بعض القضاة استجاب بهذا الحديث ثم دعي من يسوي لحيته فبينما هو يحلق تحت لحيته في حلقه اذ اعطس القاضي فالقى الموسى راسه وقد جاء في التحذير من القضاء آثار وقد اجتنبه ابو حنيفة رح وصبر رح على الضرب والسجن حتى مات في السجن وقال البحر عميق فكيف اعبره بالسباحة فقال ابو يوسف رح البحر عميق والسفينة وثيقة والملاح عالم فقال ابو حنيفة رح كما في بك قاضيا وقوله ابي حنيفة رح كقوله ابي قلابة ما وجدت القاضي الا كسابح في بحر فكم يسبح حتى يغرق وكان دعي للقضاء فهرب حتى اتى الشام فوافق موت قاضيها فهرب حتى اتى اليمامة فاجتنبه كثير من السلف وقيد محمد بن الحسن رح نيفا وثلاثين يوما او نيفا واربعين يوما ليتقلده وقد اخرج مسلم عن ابي ذر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له يا ابا ذر اني احب لك ما احب لنفسي لا تأمرن على اثنين ولا تولين مال اليتيم واخرج ابو داود عن ابي بريدة عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاة ثلثة اثنان في النار وواحد في الجنة رجل عرف الحق فقضى به فهو في الجنة ورجل عرف الحق فلم يقض به وجار في الحكم فهو في النار ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو في النار وفي صحيح ابن حبان عن عائشة رضي الله عنها قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يدعى بالقاضي العادل يوم القيمة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى انه لم يقض حكما بين اثنين في عمره واخرج الحاكم عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ولي عشرة فحكم بينهم بما احبوا او كرهوا جيء به يوم القيمة مغلولة يده الى عنقه فان حكم بما انزل الله ولم يرتش في حكمه ولم يحيف فك الله عنه غلته وان حكم بغير ما انزل الله وارتشى في حكمه وخان فيه

قال وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسأل لما قوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل ملك يسدده ولان
من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيكرم ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا من معاوية
والحق كان بيد علي رضي الله عنه وتوبة التابعين تقلدوا من الحجاج وهو كان جائرا الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان القضاء لا يحسن بالتقلد بخلاف ما اذا كان

سئلت يسارا الى يمينه ثم رمي به في جهنم وروى النسائي عن مكحول لو خيرت بين ضرب عنقي وبين القضاء لاخترت
ضرب عنقي واخرج ابن سعد في الطبقات قال استعمل ابو الدرداء على القضاء فاصبح الناس يهنونه بالقضاء فقال اتهنوني بالقضاء
وقد جعلت على رأسي هودج منزلتها الجمر من عدن ابين واما في البخاري سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل
الا ظله امام عادل فلا ينافي مجيئه اولا مغلولة يدوا الى ان فكها عدله فيظله في ظله فلا تعارض **قوله** وينبغي ان
لا يطلب الولاية ولا يسأل لما قوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضاء وكل الى نفسه الخ اخرجه ابو داود
والترمذي وابن ماجه من حديث انس رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن
اجبر عليه نزل اليه ملك يسدده ولفظ ابي داود من طلب القضاء فاستعان عليه واخرجه الترمذي ايضا عن انس
مرفوعا من ابتغى القضاء وسأل فيه شفعاء وكل الى نفسه ومن اكره عليه انزل الله عليه ملكا يسدده وقال حسن غريب وهو
اصح من حديث اسرائيل يريد سند الاول واصح من الكل حديث البخاري قال صلى الله عليه وسلم يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل
الامارة فانك ان اوتيتها عن مسألة وكلت اليها وان اوتيتها من غير مسألة اعنت عليها واذا كان طلب الولاية ان يوكل
الى نفسه وجب ان لا يجعل لرجل معلوم وقوع الفساد منه لانه مخذول **قوله** ويجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل
لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا من معاوية رضي الله عنه والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوا من الحجاج هذا
تصريح بجور معاوية والمراد في خروجه لا في القضية ثم انما يتم اذا ثبت انه ولي القضاء وقبل تسليم الحسن له واما بعد
تسليم فلا ويسمى ذلك العام عام الجماعة واستقضى معاوية ابا الدرداء بالشام وبها مات وكان معاوية استشار فيمن يولي
بعده فاشار عليه بفضالة بن عبيد الانصاري فولاه الشام بعده وقوله في نوبته على التي ذكرها المصنف كونه رابعا
بعد زمان وقيد بنوبته احترازا عن قول الروافض انه كان احق بها في سائر النوب حتى من ابي بكر وانما كان الحق معه في
تلك النوبة لصحة بيعته وانعقادها فكان على الحق في قتال اهل الجمل وقتال معاوية بصفين وقوله عليه الصلوة والسلام لعمار تقتلك
الفئة الباغية وقد قتله اصحاب معاوية يصرح بانهم بغاة لقد اظهرت عائشة رضي الله عنها الندم كما اخرجه ابن عبد البر في الاستيعاب
قال قالت عائشة رضي الله عنها لابن عمر يا ابا عبد الرحمن ما منعك ان تنهاني عن سيري قال رأيت رجلا غلب عليك يعني ابن الزبير
فقالت له اما والله لو نهيتني ما خرجت واما الحجاج فحاله معروف في تاريخ البخاري بسنده عن ابي اسحق قال كان ابو بردة بن ابي موسى
الاشعري على قضاء الكوفة فعزله الحجاج وجعل انا مكانه واسنده في موضع آخر عن شعبة قال استقضى الحجاج ابا بردة بن ابي موسى
واجلس معه سعيد بن جبير ثم قتل سعيد بن جبير ومات الحجاج بعده بسنة اشهر وفي تاريخ اصبهان للحافظ ابي نعيم عبد الله
بن ابي مريم الاسدي ولي القضاء باصبهان للحجاج ثم عزله الحجاج واقام محبوسا بواسط فلما هلك الحجاج رجع الى اصبهان
فتوفي بها قال ابن القطان في كتابه في باب الاستسقاء طلحة بن عبد الله بن عوف ابو محمد الذي يقال له طلحة الندى ابن اخي
عبد الرحمن بن عوف تقلد القضاء من يزيد بن معاوية على المدينة وهو تابعي يروي عن ابن عباس وابي هريرة وابي بكر رضي الله عنهم

قال ومن قلد القضاء يسأل عن ديوان القاضي الذي كان قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه قديما لاغراضه ويبعث امينين يستقصيانها بحضرة المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام

وقوله الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق استثناء من قوله يجوز التقليد من السلطان الجائر لان المقصود لا يحصل من التقليد وهو ظاهر وهو اذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقليد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار في بلاد المغرب كقرطبة الآن وبلنسية وبلاد الحبشة وافرد المسلمين عندهم على مال يوخذ منهم يجب عليهم ان يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا يولي قاضيا او يكون هو الذي يقضي بينهم وكذا ان نصبوا لهم اماما يصلي بهم الجمعة **فروع** في العزل للسلطان عزل القاضي بريبة بلا ريبة ولا يعزل حتى يبلغه العزل ويعزل نائبه بعزله بخلاف ما اذا مات القاضي لا يعزل نائبه وكثير من المشايخ على ان النائب لا ينعزل بعزل القاضي لانه نائب السلطان وينعزل القاضي بعزل نفسه اذا بلغ السلطان وما لم يبلغه لا ينعزل كعزل الوكيل نفسه لا ينعزل حتى يبلغ الموكل وقيل لا ينعزل القاضي بعزل نفسه لان قضاءه صار حقا للعامة فلا يملك ابطاله وعن ابي يوسف رح لا ينعزل بعزل السلطان حتى ياتي قاض آخر صيانة لحقوق الناس ومثله وصي القاضي اذا عزل نفسه يشترط علم القاضي ويجوز تعليق العزل بالشرط ومن صورة اذا كتب الخليفة اليه اذا وصل اليك كتابي هذا فانت معزول لا ينعزل حتى يصل اليه الكتاب ولم يجز ظهير الدين تعليق العزل وليس بشيء وينعزل خلفاء القاضي بموته ولا ينعزل امراء الخليفة وقد قلد رجل قضاء بلدة لها قاض هل ينعزل الاول عن ابي الليث لا ينعزل قال في الخلاصة وهو الاشبه ولو شرط في القضاء شرطا مثل ان لا يتمثل امر احد فخالف انعزل وعن ابي حنيفة لا يترك القاضي على القضاء اكثر من سنة ثم يعزله ويقول له شغلناك اذهب فاشتغل ثم اتينا **قوله** ومن قلد القضاء يسأل اي اول ما يبدأ به من الاعمال هذا وهو ان يسأل ان يطلب من القاضي المعزول ديوانه ثم فسر ديوانه بانه الخرائط التي فيها السجلات وغيرها من كتب الاوقاف وكتب نصب الوصايا والمحاضر والصكوك وتقدير النفقات للايتام وغيرهم مما اقتضاه الحال وانما يطلبه لانها انما وضعت عند القاضي ليكون حجة وثيقة محفوظة عند القاضي اذا وقعت الحاجة الى الحجة ومعرفة الاحوال فتجعل عند من له ولاية النظر في امورهم وما كانت عند الاول الا لانه كذلك ثم ان كان القاضي الذي كتب فيه ورقا من بيت المال او من باب ارباب القضايا فظاهر في بيت المال وكذا الآخر في الصحيح لانه رضي به لانه القاضي لا لانه تلك الذات وقد انتقل الى القاضي وان كان ملك القاضي فكذلك في الصحيح لانه اتخذه قديما ليحفظ به امور الناس وحاجاتهم لا لهوى ويبعث المولى اثنين او واحدا امينا ليقبضاها بحضرة المعزول او من امينه ويسألان اعني الامينين المعزول شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة مثلا الصكوك في خريطة والنفقات في خريطة وكتب الاوقاف في خريطة ليكون اسهل علينا وان يجعلا ما لا يخلط بالكل فان في الكشف عن شرح عسر اشد اذ في عرف ديارنا ليس عند القاضي صكوك الناس ولا كتب اوقافهم بل اذا كان القاضي هو ناظر الوقف وهذا السؤال لكشف الحال لا يلزم العمل بمقتضى الجواب من القاضي فانه التحق بسائر الرعايا بالعزل ثم اذا قضاه حتما عليه خوفا من طرق التغيير والا ما قيل يكتبان عدد ضياع الوقوف وصفتها فليس الى ذلك حاجة فان كتب الاوقاف

قال وينظر في حال المحبوسين لانه نصب ناظرا فمن اعترف بحق لزمه اياه لان الاقرار ملزم ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لاسيما اذا كانت على فعل نفسه فان لم تقم لم يحل تخليته حتى ينادي عليه وينظر في امره لان فعل القاضي المعزول حق ظاهر افلا يحل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير وينظر في الودائع وارتفاع الاوقاف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة او يعترف به من هو في يده لان كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول لما بينا الا ان يعترف الذي في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال الا اذا بدأ بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضي فيسلم ما في يده الى المقر له الاول لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلمه الى المقر له من جهة القاضي

مشتملة على عدد الضياع الموقوفة والدور والحوانيت محدودة قوله وينظر في حال المحبوسين فيبعث الى السجن من يحصيهم ويأتيه باسمائهم واخبارهم ويسأل المحبوس عن سبب حبسه لان القاضي ناظر في امور المسلمين وهؤلاء مسلمون محبوسون ولا بد ان يثبت عنده سبب يوجب حبسهم وثبوته عند الاول ليس حجة يعتمدها الثاني في حبس هؤلاء لان قول الاول لم يثبت حجة فمن اعترف بحق لزمه اياه ورد الى السجن الا ان يبلغ المقدار الذي يخرج من السجن عنده واذا لم يثبت له مال وكذا من انكر وشهد الشهود عليه والقاضي يعرف هؤلاء الشهود بالعدالة فان لم يعرف عدالتهم اخذ منهم كفيلا واطلقهم حتى ينظر في حالهما فان ظهرت عدالة الشهود رده الى السجن اذا طلب الخصم ولو اخبر القاضي المعزول بسبب حبسهم لا يقبل لانه التحق بواحد من الرعايا وشهادة الفرد ليست حجة موجبة للعمل لاسيما وهو على فعل نفسه وبهذا قال الشافعي ومالك وقال احمد يقبل قوله بعد العزل كما قبل العزل لانه امين الشرع وعند مالك لا يقبل قوله قبل العزل ايضا الا بحجة واذا لم يقبل قول المعزول عليه ولم تقم بينة بما يوجب حبسه لا يعجل باطلاقه لان فعل القاضي ظاهرا ما كان الا بحق فيحتاط لخصمه الغائب فينادي عليه وصفته ان يأمر كل يوم اذا جلس مناديا ينادي في محلته من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق فليأت الى القاضي ليفعل ذلك اياما فاذا حضر وادعى وهو على جحوده ابتداء الحكم بينهم وان لم يحضر اخذ منه كفيلا بنفسه اذا علم محبوس بحق الغائب واماره انه في حبس قاضي والظاهر انه بحق فان قال لا كفيل لي وابى ان يعطي كفيلا وجب ان يحتاط نوعا آخر من الاحتياط فينادي شهرا فان لم يحضر احد اطلقه وقيل اخذ الكفيل هنا قولهما اما على قول ابي حنيفة فلا كما قال في اصحاب الميراث اذا اقتسموا على ما سيأتي والمختار ان اخذ الكفيل هنا اتفاق والفرق لابي حنيفة ان المال ظاهرا حق لهذا الوارث وفي ثبوت وارث آخر شك فلا يجوز تأخير حقه الى زعان حصول الكفيل لامر موهوم وهنا الظاهر ان حبسه بحق لظهور ان فعل القاضي بحق ولكنه مجهول فليس اخذ الكفيل لموهوم ولو قيل فيما ينظر الى هذا الظاهر يجب ان لا يطلقه بقوله اني مظلوم حتى تمضي مدة يطلق فيها مدعي الاعسار كان جيدا قوله وينظر في الودائع وارتفاع الاوقاف الكائنة تحت ايدي امناء القاضي والذي في ديارنا من هذا الزمان اموال الاوقاف تحت ايدي جماعة يوليهم القاضي النظر والمباشرة فيها وودائع الناس تحت يد الذي يسميه امين الحكم فيعمل فيها على حسب ما تقوم به البينة انه لفلان او غير ذلك او يعترف الذي هو في يده ولا يقبل قول المعزول على من هو في يده اذا انكر وقال هي لي الا ببينة لما بينا انه التحق بواحد من الرعايا بخلاف القاضي لانه هو المخصوص بان يحتفظ بقوله في الالزام حتى ان الخليفة الذي قلد القاضي لو اخبر القاضي انه شهد عنده الشهود بكذا لا يقضي به حتى يشهد عنده الخليفة مع آخر والواحد لا يقبل قوله الا ان يعترف الذي في يده ان القاضي المعزول سلمها الي فح اما ان يقول سلمها الي ولا ادري لمن هي او يقول سلمها الي وقال هي لفلان بن فلان وهو الذي دفعه القاضي المعزول ففي هذين يقبل قول المعزول فيها لا ثبت باقرار من في يده ان اليد فيها كانت للقاضي فيقبل اقرار القاضي فيها كما لو كانت في يده حال اخباره او يقول دفعه الى القاضي المعزول وهو لفلان وقال المعزول بل لفلان رجل آخر فالقول

قال ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال الشافعي رح يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه السلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخرج بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد ويبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة

ما قال المعزول ويدفع الى من اقر به له لانه اقر باليد للقاضي فصار المال في يده ثم اقر انه لفلان فلا يصح اقراره ابتداء بالاقرار لفلان وقال هو لفلان بن فلان ثم قال رفعه الى القاضي ففي هذا يؤمر بالتسليم الى من اقر له الامين ويضمن مثله اذا كان مثليا او قيمته للمعزول فيدفعه المعزول الى من اقر به لانه لما بدأ بالاقرار صح اقراره ولزم لانه اقر بما هو في يده فلما قال دفعه الى القاضي فقد اقر ان اليد كانت للقاضي والقاضي يقر به لغيره من اقر هو به له فيصير هو متلفا لذلك على من اقر له القاضي باقراره لغيره فلا يضمنه هذا واما لو شهد قوم انهم سمعوا القاضي الاول يقول استودعت فلانا مال فلان اليتيم وجحد من في يده او شهدوا على بعينه مال فلان اليتيم فانه يقبل ويؤخذ المال ممن ذكره وكذا لو مات الاول واستقضي غيره فشهد بذلك يناسب هذا او شهدوا ان ان القاضي قضى لفلان على فلان بكذا او قال القاضي لم اقض بشيء لا تجوز شهادتهما عندهما ويعتبر قول القاضي وعند محمد تقبل وينفذ ذلك قوله ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين في الخلافة ولا يتعب نفسه في طول الجلوس ولكن يجلس في طرف النهار وكذا المفتي والفقيه والمسجد الجامع اولى لانه اشهر ثم الذي تقام فيه الجماعات وان لم تصل فيه الجمعة قال فخر الاسلام هذا اذا كان الجامع في وسط البلد اما اذا كان في طرف منها فلا لزيادة المشقة على اهل المشقة لمقابلته له فالاولى ان يختار مسجدا في وسط البلد وفي السوق ويجوز ان يحكم في بيته وحيث كان الا ان الاولى ما ذكرنا بقولنا قال مالك واحمد في الصحيح عنه وقال الشافعي يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه اي القضاء يحضره المشرك وهو نجس بالنص قال تعالى انما المشركون نجس والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولان المساجد بنيت للصلوة والذكر والخصومات تقترن بالمعاصي كثيرا من اليمين الغموس والكذب في الدعاوى ولنا ما في الصحيحين من حديث اللعان من حديث سهل بن سعد وفيه فتلاعنا في المسجد ولا بد من كون احدهما كاذبا حانثا في يمين غموس وفي الصحيحين من حديث اللعان ايضا عن كعب بن مالك انه تقاضى ابن ابي حدرد دينا كان له عليه في المسجد فارتفعت اصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيته فخرج اليهما حتى كشف سجف حجرته فنادى يا كعب فقال لبيك يا رسول الله فاشار بيده ان ضع الشطر من دينك قال كعب قد فعلت يا رسول الله قال قم فاقضه واخرج الطبراني الى ابن عباس قال بينا رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب يوم الجمعة اذ اتى رجل فتخطى الناس حتى قرب اليه فقال يا رسول الله اقسم على الحد فقال اجلس فجلس وقام الثانية فقال يا رسول الله اقسم على الحد فقال اجلس فجلس ثم قام الثالثة وقال يا رسول الله اقم علي الحد فقال وما حدك قال اتيت امرأة حراما فقال صلى الله عليه وسلم لعلك وابن عباس وزيد بن حارثة وعثمان بن عفان رضوان الله عليهم اجمعين الفلقوا به فاجلدوه ولم يكن تزوج فقيل يا رسول الله الاتجلد التي فعلت بها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم من صاحبتك قال فلانة فدعاها ثم سألها فقالت يا رسول الله كذب علي والله اني لا امرأة فقال صلى الله عليه وسلم من شاهدك قال يا رسول الله مالي شاهد فامر به فجلد حد الفرية ثمانين واما ان الخلفاء الراشدين كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات فنقل بالمعنى

قال ولا يقبل هديته الا من ذي رحم محرم او ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما وراء ذلك يصير كالرشوة حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء فيتحامى

وقع منهم هذا والايكاد يشك في ان عمر او عثمان وقع لهما ذلك ومن تتبع السير رأى من ذلك شيئا كثيرا ففي البخاري لا عن عمر عند سير رسول الله صلى الله عليه وسلم واسند الامام ابو بكر الرازي الى الحسن انه رأى عثمان يقضي في المسجد وذكر القصة وذلك فيما قيل انه غريب مبني على ان المراد رواية هذا اللفظ وليس كذلك وفي الطبقات لابن سعد بسند والى ربيعة بن ابي عبد الرحمن انه رأى ابا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم يقضي في المسجد عند القبر وكان على القضاء بالمدينة في ولاية عمر بن عبد العزيز واسند الى سعد بن مسلم بن بابك قال رأيت سعد بن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف يقضي في المسجد وكان قد ولي القضاء بها فكان يقضي في المسجد وقال ابو المولاة ثقة يروي عن انس والى اسماعيل بن ابي حالة قال رأيت شريحا يقضي في المسجد والى اسود بن سفيان يقول قال رأيت الشعبي هو يلزمه قاضي الكوفة يقضي في مسجد وكل قضاة صدر من هؤلاء كان بين السلف مشهورا ولم ينكره الصحابة والتابعون ولم يرد انكاره على احد واما الحديث الذي ذكره المص انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم فلم يعرف وانما اخرج مسلم حديث الاعرابي الذي قام يبول في المسجد فقال اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم مه مه فقال صلى الله عليه وسلم لا تزرموه ودعوه فتركوه حتى بال ثم دعا صلى الله عليه وسلم فقال ان هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول والقذر وانما هي لذكر الله تعالى والصلوة وقراءة القرآن قال وامر رجلا من القوم فدعا بدلو من ماء فشنه عليه وانما نجاسة الشرك ففي الاعتقاد على معنى التشبيه والحائض تتجنب مجالها فيخرج اليها القاضي او يرسل نائبه كما لو كانت الدعوى في دابة ولو جلس في داره فحسن بشرط ان يأذن للناس على العموم ولا يمنع احدا من الناس لان لكل احد حقا في مجلسه على قياس ما ذكرنا في المسجد ان الاولى ان يكون في وسط البلد وفي المبسوط ولا يقضي وهو يمشي او يسير على دابة لا يفاذ ذلك غير معتدل الحال ولما فيه من الاستخفاف بالقضاء ولانه مشغول بما هو فيه ولا بأس بان يتكئ لانه نوع جلسة كالتربع وغيره وطباع الناس في الجلوس مختلفة وينبغي ان لا يقضي وهو غضبان او فرحان او جائع او عطشان او مهموم او ناعس او في حال برد شديد او حر او بدافع الاخبثين او به حاجة الى الجماع والحاصل لا يقضي حال شغل قلبه وصله حديث لا يقضي القاضي وهو غضبان معلول ولا ينبغي ان يتطوع بالصوم في اليوم الذي يريد الجلوس ولا يسمع من رجل حجتين فاكثر الا ان يكون الناس قليلا ولا يقدم رجلا جاء الآخر قبله ولا يضرب في المسجد حدا ولا تعزيرا وينبغي ان يجلس معه من كان يجالسه قيل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة الرشوة او الظلم وروي عن عثمان ما كان يحكم حتى يحضر اربع من الصحابة ويستحب ان يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم وكان ابو بكر يحضر عمر وعثمان وعليا حتى قال احد يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم فيما يشكل عليه وفي المبسوط فان دخل حصر في قوم هم عنده او شغلوا عن شيء من امور المسلمين جلس وحده فان طباع الناس تختلف فمنهم من يتهيأ من حشمة الفقهاء من فصل القضاء ومنهم من يزداد قوة على ذلك فاذا كان من يدخله حصر جلس وحده وفي المبسوط ما حاصله انه ينبغي للقاضي ان يعتذر للمقضي عليه ويبين ويتحقق له وجه قضائه ويبين له انه لم يحبسه ولكن الشرع كذا يقتضي القضاء عليه فلم يمكن غيره ليكون ذلك ادفع لشكايته للناس ونسبته اياه الى انه جاز عليه ومن يسمع بخلافه فربما يفسد العامة عرضه وهو بريء واذا امكن اقامة الحق مع عدم الايذاء والصدور كان اولى

قوله ولا يقبل الهدية الحاصل ان المهدي اما له خصومة او لا فان كانت لا يقبله منه وان كان له عادة بمهاداته او ذو رحم محرم وان لم تكن خصومة فان كان له عادة بذلك قبل القضاء بسبب قرابة او صداقة قبل وان لم يكن لا ينبغي

ولا يحضر دعوة الا ان تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء فيتهم بالاجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد رحمه الله يجيبه وان كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لم يضيف ان القاضي لا يحضرها ولا يتخذها

ان يقبل وان كان جاز بشرط ان لا يزيله على المقدار المتعارف قبل القضاء بسبب قرابة او صداقة فان زاد لا تقبل الزيادة وذكر فخر الاسلام الا ان يكون مال المهدي قدرا وقدر ما زاد مالا اذا زاد في الهدية لا باس بقبولها وهذا يقتضي ان لا يقبل الهدية من القريب الا اذا كان له عادة بالمهاداة كغيره فان لم يكن للقريب قبل القضاء عادة فاهدى بعد القضاء لا تقبل وعبارة الهداية مع القدوري حيث قال ولا تقبل الهدية الا من ذي رحم محرم او من له عادة قبل القضاء يفيد قبولها من القريب الذي ليس له عادة بالمهاداة قبل القضاء اذا لم يكن الخصومة والوجه هو ظاهر النهاية ثم صرح في مسئلة الدعوة عن شيخ الاسلام بانه لا فرق بين القريب والبعيد في انه لا تقبل هدية الا اذا كان له عادة نعم يمكن ان يقال في القريب الذي ليس له عادة بمهاداة قبل القضاء ان كان ذلك لفقر ثم ايسر بعد ذلك ولاقاه قريب فصار يهدي اليه جاز لان الظاهر ان المانع ما كان الا الفقر وهذا على شعبة قوله فخر الاسلام في الزيادة اذا كثر ماله ثم اذا اخذ الهدية في موضع لا يباح اخذها قيل يضعها في بيت المال لانها بسبب عملهم وعاشتهم على انه يردها على اربابها ان عرفهم والا يشارك في السير الكبير وان لم يعرفهم او كانوا بعيدا حتى تعذر الرد ففي بيت المال ويكون حكمها حكم اللقطة فان جاء المالك يوما يعطاها وكل من عمله للمسلمين عملا حكمه في الهدية حكم القاضي وفي شرح الاقطع الفرق بين الرشوة والهدية ان الرشوة يعطيه بشرط ان يعينه والهدية لا يشترط معها انتهى والاصل في ذلك ما في البخاري عن ابي حميد الساعدي قال استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الازد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا لي قال عليه السلام هل جلست في بيت ابيه او بيت امه فينظر اليهدى له ام لا قال عمر بن عبد العزيز كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة ذكره البخاري واستعمل عمر ابا هريرة فقدم بماله فقال له من اين لك هذا قال تلاحقت الهدايا فقال له عمر اي عدو الله هلا قعدت في بيتك فتنظر اليهدى لك ام لا فاخذ ذلك منه وجعل في بيت المال وتعليل النبي صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التي سببها الولاية ولهذا لو اهدى على المتعارف او كانت له خصومة كره عندنا وعند الشافعي هو محرم كالرشوة هذا ويجب ان يكون هبة المستقرض للمقرض كالهدية للقاضي ان كان المستقرض له عادة قبل استقراضه عنه فاهدى الى المقرض فللمقرض ان يقبل منه قدر ما كان يهديه بلا زيادة قوله ولا يحضر دعوة الا اذا كانت عامة يعني ولا خصومة لصاحب الوليمة العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه فلا يجيب دعوته الا اذا كانت عامة ولا خصومة له وعن محمد يجيب قريبه وان كانت خاصة هكذا حكى الخلاف من الطحاوي وقال الخصاف يجيب الخاصة لقريبه بلا خلاف لصلة الرحم وعلى تقدير الخلاف طولب بالفرق في القريب بين الهدية قال يقبل منه مطلقا ولم يفصل بين جري العادة وغيره وفي الدعوة فصل بين العامة والخاصة كما ذكر في المتن قال شيخ الاسلام قالوا ما ذكر في الضيافة محمول على ما اذا كان المحرم لا يجري بينهما الدعوة والمهاداة وصلة القرابة وابتدأ به بعد القضاء ذلك فاذا كانت الحالة هذه فهو كالاجنبي سواء وما في الهداية محمول على انه كان جرى بينهما المهاداة وصلة القرابة الرحم قبل القضاء فاذا اهدى بعد القضاء لا باس بقبوله انتهى فقد آل الحال الى انه لا فرق بين القريب والبعيد في الهدية والضيافة سوى ذلك الامكان الذي قدمناه واختلف

قال ویشهد الجنازة ویعود المریض لان ذلك من حقوق المسلمین قال علیه السلام للمسلم علی المسلم ستة حقوق وعد منها هذین ولا یضیف احد الخصمین دون خصمه لان النبی علیه السلام نهی عن ذلك ولان فیه تهمة قال واذا حضر اسوی بینهما فی الجلوس والاقبال لقوله علیه السلام اذا ابتلی احدکم بالقضاء فلیسو بینهم فی المجلس والاشارة والنظر

فی الخاصة والعامة فقیل ما دون العشرة خاصة والعشرة وما فوقها عامة وقال المصنف الخاصة هی التی لو علم الضیف ان القاضی یحضرها لا یتخذها والعامة هی التی یتخذها حضرها القاضی او لا وعندی ان ما حکی عن القاضی ابی علی النسفی وهو ان العامة دعوة العرس والختان وما سواهما خاصة حسن فان الغالب هو کون الدعوة العامة باثنین وربما مضی عمر ولم یعرف من اصطنع طعاما ابتداء لعامة الناس بل لیس الا لهاتین الخصلتین او لخصوص من الناس لانه اضبط فان معرفة کون الرجل لو لم یحضره القاضی لم یصنع او یصنع غیره محقق فانه امر مبطن وان کان علیه لوائح لیس کضبط هذا ویکفی عادة الناس فی ذلك وعادة الناس هی ما ذکر النسفی والله اعلم وعند الشافعی واحمد یحضر الولائم مطلقا لانه صلی الله علیه وسلم کان یحضر وهو الذی یقتضی قلنا کان صلی الله علیه وسلم معلوم العصمة عند الکل لا یضره حضوره ولا قبول هدیته فلقد ابعدت قوله ویشهد الجنازة

ویعود المریض المراد من المریض مریض لا ضرورة له والا لا یعود وانما وجب ذلك لما روی مسلم عن ابی هریرة قال قال رسول الله صلی الله علیه وسلم حق المسلم علی المسلم خمس رد السلام وتشمیت العاطس واجابة الدعوة وعیادة المریض واتباع الجنازة واذا استنصحك فانصح له هذه هی السادسة ورواه ابن حبان وقال فیه واذا عطس فحمد الله فشمته وروی البخاری فی کتابه المفرد فی الادب من حدیث عبد الرحمن بن زیاد بن انعم الافریقی قال کنا غزاة فی البحر فمر معاویة فانضم مرکبنا الی مرکب ابی ایوب الانصاری فلما حضر غداؤنا ارسلنا الیه فاتانا فقال دعوتموونی وانا صائم فلم یکن لی بد من ان اجیبکم لانی سمعت رسول الله صلی الله علیه وسلم یقول ان للمسلم علی اخیه ست خصال واجبة ان ترك منها شیئا فقد ترك حقا واجبا علیه لاخیه یسلم علیه اذا لقیه ویجیبه اذا دعاه ویشمته اذا عطس ویعوده اذا مرض ویحضره اذا مات وینصحه اذا استنصحه ولا بد من حمل الوجوب فیه علی الاعم من الوجوب فی اصطلاح الفقهاء الحادث فان ظاهره وجوب الابتداء بالسلام وکون الوجوب وجوب عین فی الجنازة فالمراد به امر ثابت علیه اعم من کونه ندبا او وجوبا بالاصطلاح

قوله ولا یضیف احد الخصمین دون خصمه الآخر لما روی اسحق بن راهویه فی مسنده عن الحسن قال جاء رجل فنزل علی علی فاضافه فلما قال انی اریدان اخاصمه قال له علی رض تحول فان النبی صلی الله علیه وسلم نهانا ان نضیف الخصم الا ومعه

خصمه وکذا رواه عبد الرزاق ثم الدارقطنی ولان فیه تهمة المیل قوله واذا حضر اسوی بینهما فی الجلوس والاقبال لما رواه اسحق بن راهویه فی مسنده انا بقیة بن الولید عن اسمعیل بن عیاش ثنی ابو بکر الیمانی عن عطاء بن یسار عن ام سلمة قالت قال رسول الله صلی الله علیه وسلم من ابتلی بالقضاء بین المسلمین فلیسو بینهم فی المجلس والاشارة والنظر ولا یرفع صوته علی احد الخصمین اکثر من الآخر واخرجه الدارقطنی فی سننه عن عباد بن کثیر عن ابی عبیدة الله عن عطاء بن یسار عن ام سلمة عن النبی صلی الله علیه وسلم من ابتلی بالقضاء بین المسلمین فلیعدل بینهم فی لحظه واشارته ومقعده وروی عن ابن عمر انه کتب الی ابی موسی عبد الله بن قیس الاشعری ان سو بین الناس فی وجهك وعدلك ومجلسك حتی لا یطمع شریف فی حیفك ولا ییأس ضعیف من عدلك والاشارة الیه ولا تلقنه حجة للتهمة

ولا يسارّ احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء

ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ بذلك على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء والمستحب باتفاق اهل العلم ان يجلسهما بين يديه ولا يجلس واحدا عن يمينه والآخر عن يساره لان لليمين فضلا ولذا كان صلى الله عليه وسلم يخص به ابا بكر دون عمر وفي سنن ابي داود ان عبد الله بن الزبير خاصمه عمر وابن الزبير الى سعد بن ابي وقاص وهو على السرير قد اجلس عمر وابن الزبير على السرير فلما جاء عبد الله بن الزبير وسع له سعد من شقته الآخر فقال هنا فقال عبد الله الارض الارض فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم او قال منه رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يجلس الخصمان بين يدي القاضي وفي النوازل والفتاوى الكبرى خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي ان يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الارض ثم يقضي بينهما وهذه المسألة تظهر ان القاضي يصلح قاضيا على السلطان الذي ولاه والدليل عليه قصة شريح مع علي رضي الله عنه فانه قام واجلس عليا مجلسه وينبغي للخصمين ان يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا يتقيان ولو فعلا ذلك منعهما القاضي تعظيما للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له وبعد ما يجلسهما قدر ذراعين او نحو ذلك من غير ان يرفعا صوتهما ويسند القاضي ظهره الى المحراب وهو مستحب عند الائمة الثلثة ويقف اعوان القاضي بين يديه ليكون اهيبا واذا حضرا فالقاضي بالخيار ان شاء ابتدأ فقال مالكهما وان شاء تركهما حتى يبتدئهما بالنطق وبعض القضاة يختار السكوت ولا يكلمهما بشيء تخييرا بينهما فاذا تكلم المدعي اسكت الآخر حتى منهم حجته لان في تكلمهما معا تشويشا وقلة حشمة لمجلس القضاء ثم يستنطق الآخر وان لم يسأل المدعي ذلك وقيل لا الا بعد سؤال المدعي بان يقول اسأله لكن تفكر في الدعوى لتظهر لك صحتها والا قال له قم فصح دعواك واذا صحت الدعوى يقول فما ذا تريد ان اصنع فان قال اريد جوابه سأله والاصح عندنا انه يستنطقه ابتداء للعلم بالمقصود واذا كانت الخصومة بين النساء والرجال فلابد من تقديمهن واختار محمد ان يقدم الدعوى الاولى فالاولى ويقطع على ذلك مبتدئا لا يرى شيء يعرفه السابق وليبكر على باب القاضي ولا يكون عنده وطمع ولو اشكل السابق يقرع بينهم ولا يستعجل على الخصوم بل يتمهل معهم فان بالعجلة تنقطع الحجة ويذهل عنها ولهذا لا يخوفهم فيكون مهيبا لا يخافه الناس وانكر الائمة ما رأوا من اتخاذ بواب القاضي شيئا ليمكنه من الدخول وهو لعلم قالوا هو فساد عظيم ليس لاحد ان يمنع احدا من التقدم الى القاضي في حاجته والمأخوذ على ذلك رشوة محرمة وعلى هذا القياس حال الذي يسمى في زماننا نقيب القاضي قيل ينبغي ان يقوم بين يديه اذا جلس للحكم رجل يمنع الناس من التقدم اليه معه صوت يقال له الجلوا وصاحب المجلس يقيم الخصوم بين يديه على البعد والشهود تقرب من القاضي واعلم ان القيام بين يدي القاضي للخصومة لم يكن معهودا قبل ان يجلسهم على ما ذكرنا فهذه ايضا من المحدثات لما فيه من الحاجة اليه وعن ابن عمر انه كان اذا سافر استصحب رجلا يسمى الادب فقيل له في ذلك فقال اما علمت ان الله بالشر يدفع والمقصود ان الناس مختلفوا الاحوال والادب وقد حدث في هذه الازمان امور وسفهاء فيعمل بمقتضى الحال يراد به الخير لا حشمة النفس المؤدي الى الاعجاب ولا حول ولا قوة الا بالله

قال ویکرہ تلقین الشاہد ومعناہ ان یقول لہ اتشہد کذا وکذا وھذا لانہ اعانۃ لاحد الخصمین فیکرہ کتلقین الخصم واستحسنہ ابو یوسف رح فی غیر موضع التہمۃ لان الشاہد قد یحضر لغیبۃ المجلس فکان تلقینہ احیاء للحق غیر مرۃ الاشخاص التکفیل **فصل فی الحبس**

ویستحب ان تکون فیہ علیہ بلا غضب وان یلتزم التواضع فی غیر وہن ولا ضعف ولا یترک شیئا من الحق ویتخذ کاتبا امینا صالحا یکتب المحاضر والسجلات عارفا بہا کیلا یقع فی السجل فاسد اما بالاخلال ببعض الشروط کما ہو مذکور فی کتاب السجلات والمحاضر ویقعدہ حیث یری الناس ویکتب ویکتب خصومۃ کل منہما وشہادۃ شہودہما فی صحیفۃ وہی المحضر فی عرف الفقہاء بخلاف عرف العادۃ الیوم **قولہ** ویکرہ تلقین الشاہد وہو ان یقول لہ القاضی کلاما یستفید بہ الشاہد علما علیہ الائمۃ الثلثۃ وعن ابی یوسف رح وہو قول الشافعی لا باس بہ لمن استولتہ الحیرۃ او الہیبۃ فترک شیئا من شرائط الشہادۃ وتعیینہ بقولہ اتشہد بکذا وکذا الشرط کونہ فی غیر موضع التہمۃ اما فیہا بان ادعی المدعی الفا وخمسمائۃ والمدعی علیہ ینکر الخمسمائۃ وشہد الشاہد بالف فیقول القاضی یحتمل انہ ابرأہ من الخمسمائۃ واستفاد الشاہد بذلک علما فوفق بہ فی شہادتہ کما وفق القاضی فہذا لا یجوز بالاتفاق کما فی تلقین احد الخصمین وفی المبسوط ما قالاہ عزیمۃ لان القاضی منہی عن اکتساب ما یجر الیہ تہمۃ المیل وتلقین الشاہد لا یخلو منہ وقول ابی یوسف رخصۃ فانہ لما ابتلی بالقضاء وشاہد الحسبۃ عند اداء الشہادۃ لان مجلس القضاء مہاب فیضع الحق اذا لم یعینہ علی اداء الشہادۃ ویحضر مضارع حصر من باب علم اذا امتنع علیہ وضاق صدرہ بہ وتقدمت ہذہ اللغۃ فی کتاب الصلوۃ وایضا امر باکرام الشہود فان اللہ یحیی بہم الحقوق وہذا التلقین اعانۃ واکرام حیث لا ینسب الیہ القصور وقولہ بمنزلۃ الاشخاص ہو ارسال شخص لیاتی بخصمہ یقال شخص من البلد الی بلد اذا ذہب من حد منع قیل وتاخیر قول ابی یوسف وتسمیتہ بالاستحسان دلیل علی انہ مختار المص وہذا بناء علی ان قولہ استحسنہ معناہ دلیل الاستحسان الاصطلاحی وقد لا یلزم ویکفی کونہ آخر دلیلہ فی ذلک وفی فتاوی قاضی خان لا ینبغی للقاضی ان یبیع ویشتری بنفسہ بل یفوض ذلک الی غیرہ وبہ قالت الائمۃ الثلثۃ وعن احمد رح یتخذ وکیلا لا یعرف انہ وکیل القاضی تحرزا عن المباہاۃ وشرط شریح علی عمر رض ولا ان لا ابیع ولا اشتری ولا ارتشی وقال بعض المشایخ المالکیۃ ینبغی للقاضی ان یرتفع عن طلب العواری من الماعون والدابۃ وما اشبہ ذلک وعن محمد رح لا باس ان یبیع ویشتری فی غیر مجلس القضاء وینبغی للخصوم اذا وصلوا ان لا یسلموا علی القاضی فان سلموا لا یجیب علی القاضی رد سلامہم فان رد تقیہ علی قولہ وعلیکم ویخرج فی احسن ثیابہ واللہ الموفق

فصل فی الحبس

احکام القضاء کثیرۃ فذکر منہا الحبس الا انہ اختص باحکام کثیرۃ فافردہ بفصل علی حدۃ والحبس مشروع بالکتاب لانہ المراد بالنفی المذکور بقولہ تعالی او ینفوا من الارض وبالسنۃ علی ما سلف انہ صلی اللہ علیہ وسلم حبس رجلا فی تہمۃ وذکر الخصاف ان ناسا من اہل الحجاز اقتتلوا فقتل منہم قتیلا فبعث الیہم رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم فحبسہم ولم یکن فی عہدہ صلی اللہ علیہ وسلم وابی بکر رض سجن انما کان یحبس فی المسجد او الدہلیز حتی اشتری عمر رض دار اسجنۃ باربعۃ آلاف درہم واتخذہ محبسا وقیل بل لم یکن فی زمن عمر رض ولا عثمان رض ایضا الی زمن علی رض فبناہ وہو اول سجن بنی فی الاسلام قال فی الفائق ان علیا رض بنی سجنا سمی نافعا فنقبہ اللصوص

قال واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره **قال** فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناؤه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله

وتسبب الناس سنة ثم بني سجنا من مدر فسماه مخيسا وفي ذلك يقول علي رضي الله عنه ؎ الا ترانى كيسا مكيسا بنيت بعد نافع مخيسا + باحصينا وامينا كيسا + والمخيس موضع التخييس وهو التذليل والكيس حسن الثاني في الامور والمكيس المنسوب الى الكيس واراد بالامين السجان الذي نصبه فيه والمحبوس في الدين لا يخرج لصوم رمضان ولا لعيد ولا لجمعة ولا لصلوة جماعة ولا لحج فريضة ولا لحضور جنازة بعض اهله ولو اعطى كفيلا بنفسه لانه شرع لتضجر قلب فيسارع للقضاء ولهذا قالوا ينبغي ان يكون موضعا خشنا ولا يبسط له فراش ولا وطاء ولا يدخل له احد يستانس به وقيل يخرج بكفيل لجنازة الوالدين والاجداد والجدات والاولاد وغيرهم وعليه الفتوى وفيه نظر لانه ابطال حق آدمي بلا موجب وموت الاب ونحوه غير مبطل بنفسه نعم اذا لم يكن له من يقوم بحقوقه وفيه فعل ذلك وسئل محمد عما اذا مات والده او اخرج فقال لا ولو مرض في السجن فاصبناه ان كان له خادم لا يخرج حتى يموت وان لم يكن له خادم يخرج لانه قد يموت بسبب عدم المرض ولا يجوز ان يكون الدين مقتضيا للتسبب في هلاكه ولو احتاج الى الجماع تدخل زوجته او جاريته فيطأها حيث لا يطلع عليه وقيل يمنع منه لان الجماع ليس من الحوائج الاصلية ولا يمنع من دخول اهله وجيرانه للسلام عليه لانه قد يفضي الى المقصود من الايفاء بمشورتهم ورأيهم ويمنعون من طول المكث والمال غير مقدر في الحبس فيحبس في الدرهم وما دونه لان ظلمه يتحقق بمنع ذلك **قوله** واذا ثبت الحق

عند القاضي وطلب صاحبه حبس غريمه لم يعجل بحبسه حتى يامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة لقوله صلى الله عليه وسلم في الواجد يحل عرضه وعقوبته رواه ابو داود وفسر عبد الله بن المبارك احلال عرضه باغلاظ القول له وعقوبته بالحبس فلا بد من ظهوره المماطلة ولم يحبسه بمجرد ثبوت الحق بالاقرار اذ لعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال وانما يظهر اذا امره بعد اقراره امتنع اما واظهر بالبينة فيحبسه كما ظهر لظهور المماطلة بانكاره وفي الفوائد الظهيرية وعن شمس الائمة السرخسي عكس هذا وهو انه اذا ثبت بالبينة لا يحبسه لاول وهلة لانه يعتذر بانى كنت اعلم ان علي دينا له سخلافه بالاقرار لانه كان عالما بالدين ولم يقضه حتى احوجه الى شكواه وعلى قول الخصاف لا يحبسه حتى يامره في الاقرار والبينة

قوله فان امتنع اي بعد امره بقضاء حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كالقرض وثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا ثبت المال في يده ثبت غناؤه والمراد بالغنى القدرة على الايفاء والا فالدين قد يكون دون النصاب ويحبس به يعني اذا دخل المال في يده ثبت قدرته على ايفائه ولم يكن بدل مال لكنه لزمه عن عقد التزمه كالمهر والكفالة لان اقدامه على مباشرة ما يلزم ذلك المال دليل القدرة عليه فيحبسه ولا يسمع قوله انى فقير لانه كالمناقض لوجود دلالة اليسار ولا يحبسه فيما سوى هذين النوعين اذا قال انى فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه وجد دلالة اليسار اي قدرته على الدين المدعى به هكذا ذكر في الكتاب ويروى ان القول لمن عليه في جميع ذلك اي فيما كان بدل مال او لزمه بعقد او حكما لفعله لا بعقده كالاتلاف وضمان الغصب وهو قول الخصاف

قال لا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال اني فقير لان ثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعي اثبات غناه ويروى ان القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول له الا فيما يدل على النفقة فالقول قول الزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق وللمسئلتين تؤيدان القولين الاخيرين والتخريج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه الا عتاق ثمة فيما كان القول قول المدعي ان له مالا اذا قبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين او ثلثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من ان تمتد المدة ليفيد هذا الثلثة فقدر بما ذكره ويروى غير ذلك من التقدير بشهر او اربعة الى ستة اشهر

لان الاصل هو العسرة في حق كل احد لانه عدم المال ولهذا قال اذا ثبت الحق فلا يحبسه حتى يسأله الك مال ولا فان قال لا استحلفه فان نكل حبسه وان حلف اطلقه الا ان يقيم المدعي البينة على قدرته وعندنا يحبسه ولا يسأله فان قال انا فقير خلي سبيله ويروى ان القول له للمديون الا فيما بدله مال كالقرض وثمن المبيع بخلاف المهر والكفالة فان القول فيهما قول المدعي ونسب الخصاف هذا القول لابي حنيفة وابي يوسف ومن العلماء من قال يحكم الزي ان كان بزي الفقراء فالقول قول في الفقر الا ان يثبت المدعي قدرته وان كان بزي الاغنياء فالقول للمدعي الا في الفقهاء والعلوية والعباسية لان الزي فيهم لانهم يتكلفون في لباسهم مع فقرهم وجاههم وعلى هذا القول لو كان على المطلوب بزي الفقراء فادعى المدعي انه غير زيه وقد كان عليه زي الاغنياء قبل ان يحضر مجلس الحكم فان القاضي يسأله المدعي البينة على ذلك فان اقام البينة انه كان عليه زي الاغنياء جعل القول قول المدعي فان لم يقدر على البيان حكم زيه في الحال فيجعل القول قول المديون وكلما تعارضت بينتا اليسار والاعسار قدمت بينة اليسار لان معها زيادة علم اللهم الا ان يدعي المدعي انه موسر وهو يقول اعسرت بعد ذلك واقام بذلك بينة فانها تقدم لان معها علم بامر حادث وهذا احدوث ذهاب المال ثم ذكر المص مسئلتين مخطوطتين نصا عن اصحابنا بلا خلاف احدهما ان المرأة اذا ادعت انه موسر تأخذ نفقة اليسار وقال انه معسر يعطى نفقة الاعسار ان القول للزوج والثانية احد الشريكين اذا اعتق نصيبه وزعم انه معسر فلا يضمن للساكت شيئا ولكن يستسعي العبد وقال شريكه بل موسر يضمنه كان القول قول المعتق قال المص والمسئلتان تؤيدان القولين الاخيرين يعني قول القائل القول لمن عليه في جميع ذلك وقول القائل القول لمن عليه الا فيما بدله ماله اما تأييدهما الاول فلانه جعل القول قول الزوج والمعتق فلو كان الصحيح المذكور اولا كان القول للمرأة والشريك الساكت في دعوى اليسار واما تأييدهما الثاني فلانه لما لم يكن بدل المهر وبدل العتق مالا جعل القول قول من عليه وعلم بهذا ان الصحيح هو القولان الاخيران كذا في النهاية ومنهم من استروح في الاول فقال انما يؤيدهما القول من قال القول له في جميع ذلك فظاهر وذكر في الثاني ما ذكر في النهاية ولا يخفى انهما يبطلان القول المفصل في الكتاب بين كون الدين ملتزما بالعقد فلا يكون القول للمطلوب وكونه بخلافهما فالقول للمطلوب فان البدل فيهما التزم بعقد او شبهه وهو الفعل الحسن الموضوع سببا اعني العتق ويوهم ان القول الاخير وهو ان القول للمديون الا فيما بدله مال فان البدل في المسئلة ليس مالا ويجعل القول للمديون فائدة القول بان ما بدله ليس مال يكون القول فيه للمطلوب وان التزمه بعقد ثم هذه الثانية باعتبار صدقها مع حيز كل من القولين بمطابقة كل منهما يوهم انه يفيد الشمول والا فلم يلزم من كون القول للمطلوب فيما اذا التزم بعقد كون القول له في جميع الديون مما في النهاية والدراية وغيرهما من قوله بعد توجيه التأييد وكان الصحيح هما القولان تأمل ظاهر وكيف يمكن ان يجمع بينهما في الصحة وهما متباينان فان كون القول للمطلوب في الكل اذا كان هو الصحيح لا يكون المفصل بين كون الدين مالا فالقول للمدعي او غير مال فالقول للمطلوب صحيحا فلا شك لا شبهة فيه انما يبطلان القول المذكور

والصحيح ان التقدير مفوض الى رأي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه فان لم يظهر له مال خلي سبيله يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية وفي رواية لا يقبل وعلى الثانية عامة المشايخ ره قال في الكتاب خلي سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا لا يحبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة فظهرت مماطلته والحبس اولا ومدته قد بينا فلا نعيده **قال** ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع

في الكتاب ليس غيره واجاب المص عن الابطال المذكور بان دين النفقة وضمان العتق ليس بدين مطلق بل هو صلة واجبة ولذا سقطت النفقة بالموت بالاتفاق وكذا ضمان الاعتاق عند ابي حنيفة وهذا قوله والتخريج على ما قال في الكتاب الى آخره فلم يرد القضاء فيرجع قول الكتاب المفصل على قوته وثبوته ثم فيما اذا كان القول قول المدعي او ثبت ذلك بالبينة يحبس المديون شهرين او ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور المماطلة ثم انما يحبس لتظهر ماله فيؤدي ما عليه فلا بد ان تمتد المدة لتظهر والفائدة مقدرة بما ذكره وهو شهران او ثلاثة وهو رواية محمد عن ابي حنيفة في كتاب الحوالة والكفالة ويروى غيره ذلك من التقدير بشهر وهو اختيار الطحاوي لان ما ذكر على الشهر في حكم الآجل وما دون الشهر في حكم العاجل فصار ادنى الآجل شهرا والاقصى لا غاية له فيقدر بشهر وروي اربعة اشهر وهو رواية الحسن ما بين اربعة اشهر الى ستة اشهر عن ابي حنيفة قوله والصحيح الخ ذكر هشام عن محمد نحوه وكذا الصدر الشهيد فالتقدير في هذا غير معتبر بل هو مفوض الى رأي القاضي اذ المقصود بالحبس ان يضجر قلبه فيقضيه ان كان له مال فرج عن نفسه بسؤال غريمه واهل الخبرة فان شهد عنده شاهدان انه قادر على قضاء الدين يحبسه وان قالوا انه ضيق الحال اطلقه ولو رأى ان يسأل قبل القضاء مدة الحبس كان له ذلك واما السؤال قبل الحبس وقبول بينة الاعسار ففيه اختلاف الرواية عن محمد في رواية يقبل قبل الحبس وبه افتى محمد بن الفضل واسمعيل بن حماد بن ابي حنيفة ونصير بن يحيى وهو قول الشافعي واحمد والاكثر على انها لا تقبل قبل الحبس وهو قول مالك وهو الاصح فان بينة الاعسار بينة على النفي فلا تقبل حتى تتأيد بمؤيد وبعد مضي المدة تأيدت اذ الظاهر انه لو كان له مال لم يتحمل ضيق السجن ومرارته واعلم ان سؤال القاضي بعد المدة للاحتياط والا فبعد مضي المدة التي يغلب ظن القاضي انه لو كان له مال دفعه وجب اطلاقه ان لم يقم المدعي بينة يساره من غير حاجة الى سؤال واليه يشير قوله فان لم ينكشف له مال خلى سبيله ولو طلب المديون يمين المدعي انه ما يعلم انه معسر حلف فان نكل اطلقه ولو قبل الحبس وان حلف ابد حبسه لا لشك ان يمينه وما لم يقم بينة على حدوث عسرته قال ابو القاسم في كيفية شهادة الاعسار ان يقول اشهد انه مفلس لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليلته وقد اخبرنا امرؤ حرا او علانية بخلاف ما اذا مضت المدة فسأل فانه يكفي الواحد العدل في اختياره بالعسرة والاثنان احوط ولا يشترط فيها الشهادة ذكر في باب الحبس من كفالة شيخ الاسلام

قوله في الجامع الصغير رجل اقر بدين عند القاضي فانه يحبسه ثم يسأله عن حاله انما ذكره لما في ظاهره من المخالفة لما تقدم من قوله اذا ثبت الدين بالاقرار لا يحبسه في اول الوهلة فان هذا ظاهر في فصل الحبس باقرار وقد ذكره فيما اوله بقوله ومراده واذا اقر عند غير القاضي او عنده ومرة وظهر مماطلته فترافعا الى القاضي فانه يحبسه بحبسه وجوابه انه لم يعقبه الى الآن تشبيها كالدائق اذا رأى القاضي ذلك فانه يحبسه وفرضنا لو طلبت حبسه لحبسه لان العقوبة تستحق بالظلم والظلم بالمنع بعد الوجوب

قوله ويحبس الرجل في نفقة زوجته فانه ظالم وتحقيق ذلك بان تقدم في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة وامكان مقدار النفقة قليلا كالدانق اذا رأى القاضي ذلك فانه يحبسه وفرضنا لو طلبت حبسه لحبسه لان العقوبة تستحق بالظلم والظلم بالمنع بعد الوجوب

ولا يحبس الوالد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء لولده ولانه لا يتدارك بسقوطها فيمضي الزمان وادا اعلم

باب كتاب القاضي الى القاضي

قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجوب الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وان شهدوا بغيبة خصمه لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي

ولم تحبس وهذا يقتضي انه اذا لم يفرض لها ولم ينفق الزوج عليها في يوم ينبغي ان قدمته في اليوم الثاني ان يامره بالانفاق فان رجع فلم ينفق اوجبه عقوبة وان كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فهو ظالم لها وهو قياس ما اسلفناه في باب القسم من قولهم اذا لم يقسم لها فرفعته يامره بالقسم وعدم الجواز فان ذهب ولم يقسم فرفعته اوجب عقوبة وان كان ما ذهب لها من الحق لا يتقضى ويحصل بذلك ضرر كبير **قوله** ولا يحبس الوالد في دين ولده لانه عقوبة ولا يستحق عقوبة الوالد لاجل الولد لان التاديب لما حرم كان الحبس حراما لانه فوقه وكذا الا يحد له اذا قذفه ولا يقتص منه اذا قتله اما اذا امتنع من الانفاق عليه فانه يحبس وكذا كل وجبت عليه النفقة فابى عن الانفاق لا يتدارك لسقوطها اي لسقوط النفقة بمضي الزمان بخلاف الدين فانه لا يسقط وفي الذخيرة والعبد لا يحبس لمولاه ولان المولى لا يستوجب عليه دينا ولا المولى لعبده والماذون غير المديون لان كسبه لمولاه فكيف يحبس له فان كان عليه دين يحبس لانه للغرماء وفي التحقيق يحبس مولى المكاتب للمكاتب اذا لم يكن دينه من جنس بدل الكتابة لان في الحبس له حق اخذه فاذا اخذه يتقيان قصاصا وفي غير جنسه لا يقع المقاصة والمكاتب في اكسابه كالحر فله حق المطالبة فيحبس لمطله اما المكاتب فلا يحبس بدين الكتابة لمولاه لانه بالامتناع لا يصير ظالما ولو كان عليه دين غير بدل الكتابة يحبس فيه لانه لا يتمكن من فسخ ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وعن بعض مشايخنا هما سواء لانه يتمكن من اسقاطه بتعجيز نفسه فيسقط الدين عنه لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وفي ظاهر الرواية ان بدل الكتابة صلة من وجه بخلاف سائر الديون

باب كتاب القاضي الى القاضي هذا ايضا من احكام القضاء غير انه لا يتحقق في الوجود الا بتقدير فهو كالمركب بنسبة الى فعل قاض واحد وفي التجنيس والعمل بكتاب القاضي الى القاضي على خلاف القياس لانه لا يزيد على اخبار رجل والقاضي لو اخبر قاضي البلد الآخر بانه ثبت عنده بينة قبلها انه حق فلان الكائن في بلد القاضي الآخر لم يجز العمل به لان اخبار القاضي لا يثبت حجة في غير محل ولايته فكتابته اولى ان لا يعمل به لكنه جاز باجماع الصحابة والتابعين لحاجة الناس الى ذلك فان الانسان قد لا يقدر على ان يجمع بين شهوده والمدعى عليه بان كانا في بلدتين فجوز رعاية على ايصال الحقوق لمستحقيها واما وجه القياس بما فيه من شبهة التزوير فان الخط والختم يشبه الخط والختم فليس بذلك لان هذه الشبهة منتفية باشتراط شهادة الشهود على نسبة ما فيه الى القاضي المرسل وانه ختمه وقيل ما روى الضحاك بن سفيان انه عليه السلام كتب ان ورث امراة اشيم الضبابي من ديته زوجها رواه ابو داود والترمذي واجمع الفقهاء عليه لا يقال لا نسلم مساس الحاجة الى كتاب القاضي لان الشاهدين على الكتاب يجوز ان يشهدا على شهادة الاصول ويؤديان عند القاضي الثاني فلم يحتج اليه لانا نقول في الشهادة على الشهادة يحتاج القاضي الثاني الى تعديل الاصول وقد يتعذر ذلك في بلده وبالكتاب يستغنى عن ذلك لانه يكتب بعدالة الذين شهدوا عنده **قوله** ويقبل كتاب القاضي في الحقوق اي التي تثبت مع الشبهات بخلاف الحدود والقصاص اذا شهد به اي بالكتاب عند القاضي المكتوب اليه ما يبين من ان المشهود فيه ما هو عن قريب ثم

وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص شرائط نذكرها ان شاء الله وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة

فقال فان شهدوا على خصم حاضر يحكم بالشهادة ويريد بالخصم الحاضر ان كان وكيلا من جهة المدعى عليه او مسخرا وهو من نصبه القاضي وكيلا عن الغائب ليسمع الدعوى عليه والا لو اراد بالخصم المدعى عليه لا وكيله لم تبق حاجة الى الكتاب الى القاضي الآخر لان الخصم حاضر عند هذا القاضي وقد حكم عليه واذا حكم كتب يحكمه الى قاضي البلدة التي فيها الموكل ليقضي منه الحق وهذا الكتاب المتضمن للحكم هو المدعو سجلا في عرفهم وان شهدوا بلا خصم حاضر لم يحكم لانه قضاء على غائب وانما يكتب بالشهادة الى القاضي الآخر ليحكم هو بها وهذا هو الكتاب الحكمي في عرفهم نسبوه الى الحكم باعتبار ما يؤول وهو في الحقيقة نقل الشهادة الى ذلك القاضي وسنذكر شروط الحكم من القاضي الثاني به والفرق بين الكتابين ان السجل يلزم العمل وان كان المكتوب اليه لا يرى ذلك الحكم لصدوره في محل مجتهد فيه والكتاب الحكمي لا يلزم اذا كان يخالفه لانه لم يقع حكم في محل اجتهاد فله ان لا يقبل ولا يعمل به ويندرج في الحقوق الدين والنكاح والنسب والمغصوب والاب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة ما يعرف بالوصف غير محتاج الى الاشارة واستشكل بان دعوى النكاح لا بد من الاشارة الى الرجل والى المرأة وكذا في الامانة والمغصوب وكانت هذه بمنزلة الاعيان واجيب بان المدعى بها نفس النكاح الذي هو الفعل والغصب وذلك لا يحتاج الى الاشارة لانها من الافعال وان كان يلزم في ضمنه الاشارة الى الرجل والمرأة او كل خصم والاشارة الى الخصم شرط ولا يخفى ما فيه لان الاشارة اذا لزمت بأي طريق كان ضمنا او قصدا تتعذر على شهود القاضي الكاتب فالحق ان الاشارة لا تلزم من الاصول الى الخصم الغائب بل يشهدون على مسمى الاسم الخاص والنسب والشهرة فاذا وصل الكتاب هناك يقع التعيين كما سنذكر ان شاء الله تعالى فكتب فيها كما يكتب في الدين والعبد ويقبل في العقار ايضا اذا بين حدودها الاربع لان التعريف يحصل به ولا يقبل في الاعيان المنقولة كالحمار والثوب والعبد للحاجة الى الاشارة فيها وعن ابي يوسف انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق في العبد لانه يتمكن من خارج البيت فاباقه متيسر لمساس الحاجة فيه بخلاف الامة لانها داخل البيت فلا يتمكن اما تيسر له وعن محمد انه يقبل في جميع ما ينقل من الدواب والثياب والاواني وعليه المتأخرون وفصل الاسبيجابي على ان الفتوى عليه وهو قول مالك واحمد والشافعي في قوله فان المانع منه اذا كان الحاجة الى الاشارة في الاعيان وهي ثابتة في العبد المكتوب اليه ولا شك ان في الدين ايضا لا بد من الاشارة الى المديون ليقضي عليه ومع ذلك اكتفي باسمه وشهرته في الاثبات عليه وقبول القاضي الكاتب الشهادة عليه وما ذاك الا لان عند القضاء من الثاني يتحقق معنى الاشارة والتعيين وتعيين ذلك بايراد الصورة فصورة الدين اذا شهدوا على فلان بن فلان الفلاني ان يكتب كما ذكره الحسن في المجرد من فلان قاضي كورة كذا الى فلان قاضي كورة كذا السلام عليك فاني احمد اليك الله الذي لا اله الا هو اما بعد فان رجلا اتاني يقال له فلان بن فلان وذكر ان له حقا على رجل في كورة كذا ولم يذكر في المجرد ويقال له فلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني ولا بد منه كما سنذكره وسألني ان اسمع بينته واكتب اليك بما يستقر عندي من ذلك فسألته البينة فاتاني بعدة منهم فلان وفلان وفلان يحليهم ويسميهم فشهدوا عندي ان لفلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني كذا كذا درهما

ويقبل في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف رحمه الله يقبل في العقار وفي الامة المعلمة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما اشارة لتعرف في موضعه وعن محمد رحمه الله يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتاخرون رحمهم الله

حالا وسألني ان احلفه بالله ما قبض منها شيئا ولا قبضه له قابض بوكالة ولا احتال بشيء منها وحلفته بالله الذي لا اله الا هو ما قبض من هذا المال الذي قامت البينة عندي ولا قبضه له وكيل ولا احاله ولا قبضه له قابض وانها عليه نسألك ان اكتب له كتابا اليك بما استقر عندي من ذلك فكتبت اليك هذا الكتاب واشهدت عليه شهودا انه كتابي وخاتمي وقرأه علي الشهود وقال ثم يطوي الكتاب ويختم عليه فان ختم عليه شهود فهو اوفق ثم يكتب عليه عنوان من فلان قاضي كورة كذا الى فلان قاضي كورة كذا ثم يدفعه الى المدعي فاذا اتى به المدعي الى القاضي الذي بالكورة فذكر ان هذا كتاب القاضي اليه سأله البينة على كتاب القاضي ولا ينبغي ان يسمع بينة المدعي حتى يحضر الخصم فاذا حضر واقر انه فلان بن فلان بن فلان الفلاني قبل بينة وسمع منه فان انكر قال له احضر بالبينة ان هذا فلان بن فلان الفلاني فاذا جاء بها وعدلوا سمع بينة المدعي على ان هذا كتاب القاضي الذي ذكر فيقول لهم اقرأ عليكم ما فيه فاذا قالوا اقرأه علينا واشهدنا ان هذا كتابه وختمه فاذا سمع منه لا يفك الخاتم حتى يسأل عنهم فاذا عدلوا لم يفكه حتى يحضر الخصم فاذا حضر فكه وقرأه عليهم وعليه فان اقر الزمه اياه وان انكر قال الك حجة والا قضيت عليك فان لم يكن له حجة قضى عليه وان كانت له حجة قبلها وان قال لست انا فلان بن فلان الذين شهدوا عليه بهذا المال يريد به هو آخر قال له هات بينة ان في تلك الصناعة او القبيلة رجلا ينتسب بمثل ما تنتسب به الا ان يشهد به فان جاء ببينة على ان في تلك الصناعة والقبيلة من ينتسب بمثل ما نسب اليه ابطل الكتاب وان لم يكن في تلك القبيلة او الصناعة احد على اسمه واسم ابيه قضى عليه انتهى فقد علمت ان التعيين الذي هو المقصود بالاشارة يحصل باخرة الامر قبل القضاء عليه وفي هذه الصورة مواضع وان كانت ظاهرة ينبه عليها منها قوله في شهود الكاتب منهم فلان وفلان وتحليتهم وتعديلهم لم يذكر كتب عدالتهم ولا بد منها وقالوا لو كتب واقام شهودا عدولا ولم يعرفهم بالعدالة او سكت عنهم فعدلوا كفى عن تسميتهم وتعديلهم عندي لا بد ان يقول احرار عدول اذ لم يسمهم والذي يظهر من كلام محمد غير انه لا بد من تسميتهم تسمية كل منهم ومصلاه وحرفته ان تاجرا فتاجر وفلاحا فلاح والمقصود تمييزهم تعريف الشهود ثم يذكر انه عرفهم بالعدالة او عدلوا الان الخصم اذا حضره الثاني قد تكون له مطعن فيهم او في احدهم فلا بد من تعيينهم له ليتمكن من الطعن انكان والا فيقول سموهم لي فانه قد يكون فيهم طعن ومنها قوله الى فلان قاضي كورة كذا انما يصح اذا كان القاضي واحدا فان كان لها قاضيان لا يصح ومنها قوله في المدعي يقال له فلان بن فلان ثم التعريف في قولهما وعنده لا بد من ذكر الجد وكذا الخلاف لو ذكر قبيلته او صناعته وان ذكر اسمه ولم يذكر اسم الاب لكن نسبه الى قبيلته او فخذه فقال فلان التميمي وما اشبهه لا يكون تعريفا بالاتفاق وان كان مشهورا الا يحتاج بهذا الى هذا وقيل لا بد ان يذكر ادعى المدعي انه غائب عن هذا البلد مسيرة سفر لان بين العلماء اختلافا في المسافة التي يجوز فيها كتاب القاضي الى القاضي فجماعة من مشائخنا قالوا لا يجوز فيما دون المسيرة السفر وبه قال الشافعي واحمد وفي وجه وحكى الطحاوي عن ابي حنيفة واصحابه انه يجوز فيما دون مسافة القصر وقال بعض المتأخرين هذا قول ابي يوسف

قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية

ومحمد به قال مالك والذي يقتضيه مذهب ابي حنيفة انه لا يجوز كالشهادة على الشهادة ومنها ختم الشهود ليس بلازم بل هو اولى كما قالا وتعليله وعدلوا ظاهر في انه لو ختم يقبل الشهود الكتاب وفيه خلاف سيذكر وان كانت دارا قال ادعى ان له دارا في بلد كذا في محلة كذا وذكر حدودها في يد رجل يقال له فلان بن فلان يعرفه على وجه التمام ولو ذكر واثلاثة حدود وكفى استحسانا خلافا لزفر وهو غلط وفي بعض الحدود وبطل الكتاب وصورة كتاب العبد الآبق من قاضي مصر بعد العنوان والسلام شهد عندي فلان وفلان بان العبد الهندي الذي يقال له فلان حليته كذا وقامته كذا وقيمته كذا ملك فلان المدعي وقد ابق الى الاسكندرية وهو اليوم في يد فلان بغير حق واشهد على كتابه شاهدين مسافرين الى الاسكندرية على ما فيه وعلى ختمه كما سيذكر فاذا وصل وفعل القاضي ما تقدم وفتح الكتاب دفع العبد الى المدعي من غير ان يقضي له به لان الشهود الذين شهدوا بملك العبد للمدعي لم يشهدوا بحضرة العبد ويأخذ كفيلا بنفس العبد الذي من المدعي ويجعله خاتما من القاضي في كتف العبد ولا حاجة الى هذا الا لدفع من يتعرض له ويتهمه بسرقته فاذا لم يكن لا حاجة ويكتب كتابا الى قاضي مصر يشهد على كتابه على ما عرف فاذا وصل الكتاب اليه فعل بالفصل المكتوب اليه ثم يأمر المدعي ان يحضر شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد انه ملكه فاذا شهدوا قضى له وكتب الى قاضي الاسكندرية ما ثبت عنده اليه ليسير كفيله وفي بعض الروايات ان قاضي مصر لا يقضي للمدعي لان الخصم غائب لكن يكتب كتابا آخر الى قاضي الاسكندرية فيه ما جرى عنده ويشهد على كتابه وختمه ويرد العبد معه اليه ليقضي به بحضرة المدعى عليه فيفعل ذلك ويبرأ الكفيل وصورته في الجواري كما في العبد الا ان القاضي المكتوب اليه لا يدفع الجارية الى المدعي بل يبيعها على يد امين لاحتمال انه اذا ارسلها مع المدعي يطأها لاعتقاده انها ملكه قال في المبسوط ولكن ابو حنيفة ومحمد قالا هذا في بعض القبح فانه اذا وقع العبد يستخدمه قهرا ويستغله فيأكل من غلته قبل ان يثبت ملكه فيه بالقضاء وربما يظهر العبد لغيره ولا يخفى ان قول محمد مع ابي حنيفة بناء على ظاهر الرواية عنه وكلامنا على الرواية عن محمد المختار للفتوى الموافقة للوجه والائمة الثلثة واذا عرفت هذا فالزوجة المدعي باستحقاقها في بلد القاضي المكتوب اليه لا بد ان يجعل من قبيل الامة فيجري فيها ما يجري فيها لانه يبعد ان يجري مجرى الديون لانها اذا قالت لست انا فلانة الشهود على انها زوجة المدعي المذكور ولم يقدر على بينة ان في قبيلتها من هو على اسمها ونسبها ان يدفع الى المدعي يطأها **قوله** ولا يقبل الكتاب اي لا يقبل المكتوب اليه الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين على انه كتاب القاضي فلان الكاتب وانه ختمه وان فيه كذا وكذا لا بد من اسلامها خلافا لمحمد في قبول شهادة المسلمين على كتاب قاضي المسلمين ولو كان الكتاب لذمي لا ثم يشهدون على فعل المسلم وهذا لان قبول شهادة بعضهم على بعض كان للحاجة وهي مندفعة اذ قلما يحضر المسلمون معاملة الذمي خصوصا الانكحة والوصايا وعند الاستحسان في كتاب القاضي وختمه وما تضمنه ما يشترط الشهادة عليه وكذا الحسن عند الخصاف الى عمر بن ابي زائدة او عمر قال جئت بكتاب من قاضي الكوفة الى الحسن بن معاوية وقد عزل واستقضى الحسن فدفعت كتابي اليه فقبله ولم يسألني البينة عليه فقلت ثم نشره فوجد في فيه شهادة شاهدين على رجل من اهله ابصرته ومعه كذا درهم فقال الرجل تقوم على رأسه او تذهب بهذا الى زيادة فقال له ارسله الى فلان

قال ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير وقد عن ابي حنيفة ومحمد رح لان علم ما في الكتاب والختم يحضر تحت شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف رح آخر شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وخاتمه وعن ابي يوسف رح ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسي رح قول ابي يوسف رح

فخذ منه بجميعه درهم وادفعها الى فلان وبه قال ابو ثور والاصطخري من الشافعية وابو يوسف في رواية فالشرط عندهم ان يكون المكتوب اليه يعرف خط القاضي الكاتب وختمه قياسا على كتاب الاستيمان وعلى رسول القاضي الى المزكين ورسول المزكين الى القاضي قلنا الفرق ان هذا نقل يلزم اذ يجب على القاضي المكتوب اليه ان ينظر فيه ويعمل به ولا بد للملزوم من الحجة وهو البينة بخلاف كتاب اهل الحرب فانه ليس بملزم اذ للامام ان يعطيهم ما طلبوه وله ان لا واما الرسول فلان الشرعية ليست بلازمة وانما الملزم هو البينة واما الفرق بين رسول القاضي وبين كتابه حيث يقبل كتابه ولا يقبل رسوله فلان غاية رسوله ان تكون كنفسه وقد منا انه لو ذكر ما في كتابه لذلك القاضي نفسه لا يقبل وكان القياس في كتابه كذلك الا انه اجمع التابعين على خلاف القياس فاقتصر عليه فان قلت فكيف عمل الحسن بالكتاب وهو لم يكتب الى قاض آخر غيره فالجواب يجوز ان يكون قال لا اياس القاضي بالبصرة والى كل قاض برا من قضاة المسلمين فانه اذا كتب كذلك كان لكل قاض رفع اليه ان يعمل به بلا خلاف بخلاف ما لو كتب من الاول الى من يبلغه كتابي هذا من قضاة المسلمين فانه لا يجوز العمل به لواحد من القضاة وان يعمل به واجازه ابو يوسف ايضا قال في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم فروع يجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة كما جاز فيه شهادة النساء لانه ثبت مع الشبهات ولو كتب القاضي الى الامير الذي ولاه واصلح الله الامير ثم فص الفصة وهو معه في المصر فجاء به ثقة يعرفه الامير ففي القياس لا يقبل لان ايجاب العمل بالكتابة ولانه لم يذكر اسمه واسم ابيه وفي الاستحسان يجوز للامير ان يمضيه لانه متعارف ولا يليق بالقاضي ان يأتي في كل حادثة الى الامير ليحضره ولانه لو ارسل اليه بذلك رسولا ثقة كان عبارة رسوله كعبارته في جواز العمل به فكذا اذا ارسل كتابه ولم يجر الرسم في مثله من مصر فشرطنا هناك شروط كتاب القاضي الى القاضي قوله ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم شروع في بيان الشروط الموعود بذكرها في قوله ويختص بشرائط نذكرها والحاصل ان شهد الشهود على ما في الكتاب فلا بد من ان يقرأ عليهم او يعلمهم ما فيه اي باخباره لانه لا شهادة بلا علم المشهود به كما لو شهدوا بان هذا الصك مكتوب على فلان لا يفيد ما لم يشهدوا بما تضمنه من الدين واشتراط علمهم بما في الكتاب قول ابي حنيفة ومحمد والشافعي واحمد ومالك في رواية ومن ان يشهدوا انه ختمه ذلك بان يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم وهذا عند ابي حنيفة ومحمد لا بد ان يكون الكتاب معنونا اي مكتوبا فيه العنوان الذي قدمناه وهو اسم الكاتب واسم المكتوب اليه ونسبهما والشرط العنوان الباطن فان لم يوجد وكان معنونا في الظاهر لا يقبله لتهمة التغيير وعن هذا قيل ينبغي ان يكون معهم نسخة اخرى مفتوحة ليستعينوا بها على حفظ الكتاب فانه لا بد من التذكر من وقت الشهادة الى وقت الاداء عندهما وقال ابو يوسف آخر شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه بعينه ما كان ولا يقول كقول ابي حنيفة وعن ابي يوسف ايضا ان الختم ليس بشرط ايضا رخص في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة وهذا اختار شمس الائمة السرخسي ولا شك عندي في صحته فان الفرض اذا كان عدالة الشهود وهم حملة الكتاب فلا يضره كونه غير مختوم مع شهادتهم انه كتابه نعم اذا كان الكتاب مع المدعي ينبغي ان يشترط الختم لاحتمال التغيير الا ان يشهدوا

قال فاذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكتاب لانه للنقل لا للحكم **قال** فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقضائه واقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما فيه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كما ذكره الخصاف رح لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود فانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم

بما فيه حفظا فالوجه ان كان الكتاب مع الشهود ان لا يشترط معرفتهم لما فيه ولا الختم بل يكفي شهادتهم انه كتابه مع عدالتهم وان كان مع المدعي اشترط حفظهم بما فيه فقط ومن الشروط ان يكتب فيه التاريخ فلو لم يكتب لا يقبل وذلك لينظر هل هو كان قاضيا في ذلك الوقت او لا وكذا الشهود على اصل الحادثة ولم يكن مكتوبا لا يقبل وفي خزانة الفقه يجوز كتاب القاضي الى القاضي في المصرين ومن قاضي مصر الى قاضي رستاق ولا يجوز من قاضي رستاق الى قاضي مصر انتهى والذي ينبغي ان بعد عدالة شهود الاصل والكتاب افرق ولو كان العنوان من فلان الى فلان او من ابي فلان الى ابنه فلان لا يقبل لان مجرد الاسم او الكنية لا يتعرف به الا ان تكون الكنية مشهورة مثل ابي حنيفة وابن ابي ليلى وكذلك النسبة الى ابيه فقط مثل عمر بن الخطاب وعلي بن ابي طالب وقد تقبل الكنية المشهورة كابي حنيفة على رواية ابي سليمان ولا يجوز في سائر الروايات لان الناس يشتركون في الكنية غير ان بعضهم يشتهر بها فالعلم المكتوب اليه ان المكتوب هو ذاك الذي اشتهر بها او غيره بخلاف ما لو كتب الى قاضي بلدة كذا فانه في الغالب يكون واحدا فيحصل التعريف بالاضافة الى محل الولاية ولم يشترط ابو يوسف العنوان اصلا اذا لم يكن معنونا وكان مختوما وشهدوا بالختم كفى قوله واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم وفي بعض النسخ لم يفتكه الا بحضرة من الخصم كما ذكرنا فيما تقدم والمراد به الاقراء الا بحضوره لا مجرد قوله فانه لا يتعلق به حكم ترتيب الحال انه اذا وصل المدعي الى القاضي جمع بينه وبين خصمه فان اعترف به استغنى عن الكتاب وان انكر قال له هل لك حجة فاذا قال في كتاب القاضي الي انك طالبه بالبينة عليه فاحضره واحضر خصمه ان لم يكن حاضرا فيشهدون بحضرته ان كتاب القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا في مجلسه وقرأه عليه وانما لم يقرأه الا بحضوره ولانه اي الكتاب في المعنى بمنزلة الشهادة على الشهادة ولان القاضي ينقل الفاظ الشهود بكتابه الى المكتوب اليه كما ان شاهد الفرع ينقل شهادة شاهد الاصل بعبارته بخلاف القاضي الكاتب فانه يسمع من الاصول الشهادة وان كان الخصم المدعى عليه غائبا لان سماعه ليس للحكم بل للنقل وكان سماعه بمنزلة تحمل الفرع بشهادة الاصل وفي التحمل لا يشترط حضور الخصم كذا هذا وهذا كله قول ابي حنيفة ومحمد وعلمت ان قول ابي يوسف الاكتفاء بشهادة انه كتابه وختمه ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة في شهود الكاتب للفتح حيث ما قال فاذا شهدوا انه فتحه ولم يقل فاذا شهدوا وعدلوا وقال المص الصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة ذكره الخصاف واحترز به عما ذكر في المغني فانه قال فيه فتحه ولم يقل فاذا شهدوا وعدلوا وقال المص اي وذكر الخصاف لا يفتح قبل ظهور العدالة ثم قال ما ذكر محمد اصح يجوز اي يجوز الفتح قبل ظهورها بعد الشهادة بانه كتابه ووجه المص بما ذكر الخصاف من انه ربما يحتاج الى زيادة الشهود بان ارتاب في هؤلاء فيقول زدني شهودا ولا يمكن اداء الشهادة من المزيدين الا حال قيام الختم **فروع** ولو سمع الخصم بوصول كتاب القاضي الى قاضي بلدة فهرب الى بلد اخرى كان للقاضي المكتوب اليه ان يكتب الى قاضي تلك البلدة

وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله او في غير عملهما وكذلك لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا او الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو معروف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشائخنا ولانه غير موقت ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناها على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتها

بما ثبت عنده ومن كتاب القاضي وكما جوزنا للاول الكتابة يجوز للثاني والثالث ولهم جرا للحاجة ولو كتب فلم يخرج من بلده حتى رجع الخصم لم يحكم عليه بتلك الشهادة التي سمعها من شهود المكاتب بل يعيد المدعي شهادتهم لان سماعة الاول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء وانما يستفيدها لو كان الخصم حاضرا وقت شهادتهم قوله وانما تقبل المكتوب اليه هذا شرط آخر لقبول الكتاب والعمل به وهو ان يكون القاضي الكاتب على قضائه الى ان يمضي آمر الكتاب فلو انه مات او عزل قبل ان يصل الى المكتوب اليه او خرج عن اهلية القضاء بجنون او عمى قالوا او فسق وانما يتخرج على القول بالعزل بالفسق لبطل الكتاب وقال ابو يوسف والشافعي يعمل به وبه قال احمد لان كتاب القاضي كالشهادة على الشهادة لانه ينقل به شهادة الذين شهدوا عنده الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتاب فكان كشهود الفرع اذا ماتوا بعد اداء الشهادة قبل القضاء او مات الاصل بعد اداء الفرع فانه لا يمنع القضاء وحاصل الجواب في الذخيرة ومنع تمام النقل بمجرد الكتابة بل حتى يصل ويقرأه لان هذا النقل بمنزلة القضاء ولهذا لا يصح الا من القاضي فلا يتم الا بوجوب القضاء ولا يجب الا بقراءته وبهذا تبين ان العبارة الجيدة ان يقال لو مات قبل قراءة الكتاب لا قبل وصوله لان وصوله قبل ثبوته عند المكتوب اليه وقراءته لا توجب عليه شيئا فقول المص التحق بواحد من الرعايا يعني قبل تمام القضاء ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر غير المكتوب اليه في غير عمله او غير عملهما ولو كان على قضائه لانه بالنسبة الى العمل الآخر كواحد من الرعايا غير ان الكتاب خص من ذلك بالاجماع ولو مات بعد وصول الكتاب وقراءته عمل به المكتوب اليه هكذا ذكر في ظاهر الرواية وكذا لو مات المكتوب اليه او عزل وولي غيره ولا يعمل الذي قام مقامه عندنا الا اذا كان كتب الى فلان قاضي بلد كذا او الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وقد قدمنا ما هنا وقال الشافعي واحمد يعمل به لان المعول عليه شهادة الشهود على ما تحملوه ومن تحمل وشهد وجب على كل قاضي الحكم بشهادته وصار كما لو كتب والى كل قاض وصل اليه واجيب بان الكتاب لما خص الاول بالكتابة فقد اعتمد عدالته وامانته والقضاة متفاوتون في اداء الامانة فصح التعيين بخلاف ما اذا اورد فيه بقوله والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان هناك اعتمد على علم الكل وامانتهم فكان الكل مكتوبا اليهم معينين ما لو كتب ابتداء الى كل من يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم فقد قدمنا انه اجازه ابو يوسف وهو مذهب الشافعي واحمد ومنعه ابو حنيفة والظاهر ان محمدا مع ابي حنيفة والقول قول ابي يوسف لان اعلام المكتوب اليه وان كان شرطا فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الاجمال والتجهيل فصار قصدية وتبعية سواء ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه سواء كان تاريخ الكتاب قبل موته المطلوب او بعده ولا خلاف فيه قوله ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص وهو قول للشافعي وفي قول آخر يقبل وهو قول مالك واحمد لان الاعتماد على الشهود وقد شهدوا قلنا ان فيه اي في كتاب القاضي شبهة البدلية وصار كالشهادة على الشهادة لا يقام بها الحد لان مبنى الحدود والقصاص على الاسقاط بالشبهات وفي قبول الكتاب سعي واحتياط في اثباتها وعرف من تقديرنا ان المعنى على عدم الواو وفي قوله ولان

فصل آخر ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها فيهما وقد مر الوجه وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا في الاستخلاف دلالة وكذلك القضاء ولو قضى الثاني بمحضر من الاول او قضى الثاني فاجاز الاول جاز كما في الوكالة وهذا لانه حضره رأي الاول وهو الشرط واذا فوض اليه ملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله الا اذا فوض اليه العزل هو الصحيح

مبناها الى آخره والله اعلم انك ربما تطلع على فروع كثيرة في الكتب فيها تصريح بمنع الكتاب فيها مثل ما ذكر في الخلاصة وغيرها في رجل وامرأة ادعيا ولدا وقالا هو معروف النسب منا هو في يد فلان استرقه في بلد كذا فطلب الكتاب لا يكتب في قول ابي حنيفة ومحمد وان ادعيا النسب ولم يذكرا الاسترقاق يكتب بالاتفاق لانه دعوى النسب مجردا فكان كدعوى الدين بخلاف المسئلة الاولى لانه يريد دفع الرق فهو كدعوى انه عبدي **فرع** هل يكتب القاضي بعلمه في الخلاصة هو كالقضاء بعلمه والمتفاوت هنا ان القاضي يكتب بالعلم الحاصل قبل القضاء بالاجماع كذا قال بعضهم ولو اقام شاهدا واحدا عند القاضي وسأل ان يكتب بذلك كتابا الى قاض آخر فعل فانه قد يكون له شاهد في محل المكتوب اليه ويكتب في الدين المؤجل ويبين الاجل ليطالبه اذا اجل هناك ولو كان استوفى غريمي دينه وابرأني به واقام عليه بينة وانا اريد ان اقدم البلدة التي هو فيها واخاف ان ياخذني فيعنت محمد يكتب وعند ابي يوسف لا يكتب واجمعوا انه لو قال جحد في الاستيفاء والابراء مرة يكتب وكذا اذا ادعى ان الشفيع الغائب سلم الشفعة واقام بينة وطلب ان يكتب له هل يكتب هو على الخلاف بين ابي يوسف ومحمد وكذا امرأة ادعت الطلاق على زوجها الغائب واشهدت فطلبت الكتاب هو على الخلاف ولو قالت طلقني ثلاثا وانقضت عدتي وتزوجت بآخر واخاف ان ينكر الطلاق فاحضره وقالت للقاضي سل حتى انا انكر اقمت عليه البينة فالقاضي يسأله بلا خلاف والقياس في الكل هذا الاحتياط

فصل آخر قوله ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص وقالا الائمة الثلاثة لا يجوز لان المرأة ناقصة العقل ليست اهلا للخصومة مع الرجال في محافل الخصوم وقال صلى الله عليه وسلم لن يفلح قوم ولوا امرهم امرأة رواه البخاري قال المص وقد مر الوجه يعني جواز قضائها وهو ان القضاء من باب الولاية كالشهادة والمرأة من اهل الشهادة فتكون من اهل الولاية وقيل هو قوله قبل ولان فيه شبهة البدلية ولا يخفى ان هذا انما يخص وجه استثناء الحدود والقصاص والاحسن ان يجعل كلامنا والمص لم يعين الخلاف فيحتاج الى الجواب عن الدليل المذكور والجواب ان ما ذكر غاية ما يفيد منع ان يستقضى وعدم حله والكلام لو وليت واثم المقلد بذلك او حكمها خصمان فقضت قضاء موافقا لدين الله كان ينفذ امره ولم ينهض الدليل على نفيه بعد موافقته ما انزل الله الا ان يثبت شرعا سلب اهليتها وليس في الشرع سوى نقصان عقلها ومعلوم انه لم يحصل الى حد سلب ولايتها بالكلية الا ترى انها تصلح شاهدة وناظرة في الاوقاف وصية على اليتامى وذلك النقصان بالنسبة والاضافة ثم هو منسوب الى الحسن فجاز في الفرد فكذا الا ترى ان تصريحهم بصدق قولنا الرجل خير من المرأة مع جواز كون بعض افراد المنثاخير من بعض افراد الرجال ولذلك النقص الغريزي نسب صلى الله عليه وسلم لمن يوليهن الى عدم الفلاح وكان الحديث متعرضا للمتولين ولمن لنقص الحال وهذا حق لكن الكلام فيما لو وليت فقضت بالحق لما لا يبطل ذلك الحق **قوله** وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء اي صحة ولا مرضا الا ان يفوض ذلك اليه فيملكه كما انه اذا صرح فيه بالمنع فيمتنع منه وهذا لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كالوكيل ليس له ان يوكل بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث جعل له

قال واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه

ان يستخلف لانه لتوقته بحيث لو عرض في وقته ما يمنعه كان لا الى خلف ومعلوم ان الانسان عرضة الاعراض فكان المولى اذنا في استخلافه دلالة بشرط ان يكون المستخلف سمع الخطبة اما اذا لم يكن سمعها فلا لانها من شرائط افتتاح الجمعة بخلاف ما لو سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد الخطبة حيث يجوز لان المأمور هناك بان يبني بمفتتح والخطبة شرط الافتتاح وقد وجد في حق الاصل ولذا لو اقتدى بهذا الخليفة واستفتح يجوز وان لم يشهد الخطبة لان شروعه فيها صحيح وهذا الشروع التحق بمن شهد الخطبة حكما بخلاف المستعير فان له ان يعير بشرطه لانه يملك المنافع لنفسه فكان له تمليكها بخلاف ولاية القضاء فانما هي اذن في ان يعمل لغيره وهذا ما قالوا ان من قام مقام غيره ولغيره لا يكون له اقامة غيره مقام نفسه ومن قام مقام غيره لنفسه كان له ذلك بخلاف الوصي يملك الايصاء والتوكيل بطريق الدلالة ايضا لان ثبوتها بعد الموت وربما يعجز القاضي عن المباشرة بنفسه والموصي قد مات فلا يمكن رجعه الى رأيه فتضمن الايصاء الاذن بالاستخلاف قوله ولو قضى الثاني بحضرة من الاول او قضى بغيبته فبلغه فاجاز جاز كما في الوكالة اذا وكل الوكيل غيره فتصرف بحضرته او بغيبته فاجازه نفذ لانه حضره رأي الاول وهو الشرط لانه المقصود بتوكيله وتحقق حاله انه فضولي ابتداء وكيل انتهاء ولا يمتنع اذ قد يجوز في الانتهاء والبقاء ما لا يجوز في الابتداء خصوصا وقد فرض زوال المانع من الصحة في الابتداء وهو كونه ليس مما حضره رأيه واذا فوض اليه الاستخلاف بملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصيل يعني السلطان حتى لا يملك الاول عزله الا اذا كان المقلد قال له وله من شئت واستبدل من شئت فح يملك عزله وقال جلبتك قاضي القضاة هو الذي يتصرف فيهم مطلقا وتقليده او عزلا وفيه خلاف الشافعي واحمد قوله واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة المشهورة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه وفي بعض نسخ القدوري او يكون قولا لا نص وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه وقالوا انما اعاده لان في عبارة الجامع فائدتين ليستا في القدوري احدهما تقييده بالفقهاء وافاد انه لو لم يكن عالما بالخلاف لا ينفذ قال شمس الائمة وهو ظاهر المذهب لا ينفذ على قول الاكثر ولا يخفى ان لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالما بالخلاف وانما مفاده ان ما اختلف فيه الفقهاء في نفس الامور فقضى القاضي بذلك الذي اختلف فيه عالما بانه مختلف فيه او غير عالم فانه اعم من كونه عالما ثم جاء قاض آخر يرى خلاف ذلك الذي حكم به هذا امضاه فربما يفيد ان الثاني عالم بالخلاف وليس الكلام فيه فان هذا هو المنفذ والكلام في القاضي الاول الذي ينفذ هذا الآخر حكمه وليس فيه دليل على انه كان عالما بالخلاف بطريق من طرق الدلالة نعم في الجامع التنصيص على انه ينفذ اذا كان خلاف رأيه وكلام القدوري يفيده ايضا فانه قال اذا رفع اليه حكم حاكم امضاه وهو اعم منتظم ما اذا كان موافقا لرأيه او مخالفا فانما في الجامع التنصيص عليه اذا كان مخالفا وقوله الا ان يخالف الخ حاصله بيان شرط جواز الاجتهاد ومنه يعلم كون المحل مجتهدا فيه حتى تجوز مخالفته اولا فشرط حل الاجتهاد ان لا يكون مخالفا للكتاب والسنة يعني المشهورة مثل البينة على المدعي واليمين على من انكر فلو قضى بشاهد

وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي

ويبين لا ينفذ ويتوقف على امضاء قاض آخر ذكره في قضية الجامع وفي بعض المواضع ينفذ مطلقا ثم يراد بالكتاب الجمع على مراده او ما يكون مدلول لفظه ولم يثبت نسخه ولا تاويله بدليل مجمع عليه فالاول مثل حرمت عليكم امهاتكم الآية لو قضى قاض بحل ام امرأته كان باطلا لا ينفذ والثاني مثل ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ولا ينفذ الحكم بحل متروك التسمية عمدا وهذا لا ينضبط فان النص قد يكون مأولا يخرج عن ظاهره فاذا امتنعنا ويجاب بانه ماول بالمذاهب للانصاب ايام الجاهلية فيقع الخلاف في انه ماول او ليس بماول فلا يكون حكم احد المناظرين بانه غير ماول قاضيا على غيره ومع الاجتهاد فيه نعم قد يترجح بعد احد القولين على الآخر بثبوت دليل التاويل فيقع الاجتهاد في بعض افراد هذا القسم انه مما يسوغ فيه الاجتهاد او لا ولذا تمنع نحن نفاذ القضاء في بعض الاشياء ويجيزونه بالعكس ولقد نقل الخلاف في الحل عندنا ايضا وان كان كثيرا لم يحك الخلاف نفي الخلاف في رابع جنس من الفصل الرابع من ادب القاضي قال واما القضاء بحل متروك التسمية عمدا فجائز عندهما وعند ابي يوسف لا يجوز انتهى واما عدم تسويغ الاجتهاد فلكونه مخالفا للاجماع وسواء كان على الحكم وعلى تاويل السمعي او نقيل عدم تسويغ فقهاء العصر اجتهاده وذلك مثل اجتهاد ابن عباس رضي في جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة منه فلو قضى به قاض لا ينفذ حتى روي انه رجع عنه وهذا هو مراد المص بقوله وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض يعني انه لا يعتبر في انعقاد الاجماع بل لا يعتبر في جواز الاجتهاد ولم يرد بالبعض ما دون النصف او ما دون الكل لا الواحد والاثنين والا لم يعتبر قضاء في محل مجتهد فيه اصلا اذ ما من محل اجتهاد وفيه الا واحد الفريقين اقل من له الفريق الآخر اذ لا ينضبط تساوي الفريقين ولذا لم يشتهر قط الا بخلاف ابن عباس ونحوه وهو خلاف رجل واحد فالمراد اذا اتفق اهل الاجماع على حكم مخالفهم واحد لا يصير المحل بذلك محل اجتهاد حتى لا ينفذ القضاء بقول ذلك الواحد مقابلة قول الباقين ثم هذا اعم من كونهم سوغوا اجتهاد ذلك او لا والذي صححه شمس الائمة واختاره ان الواحد المخالف لو سوغه له لا يثبت حكم الاجماع وان لم يسوغه لم يكن المحل مجتهدا فيه قال واليه اشار ابو بكر الرازي لان ذلك كما قال المص خلاف لا اختلاف ثم قال المص المعتبر الاختلاف في الصدر الاول يعني ان كون المحل محل اجتهاد يتحقق الخلاف فيه بين الصحابة وقد يحتمل بعض العبارات ضم التابعين وعليه فرع الخصاف ان للقاضي ان ينقض القاضي ببيع ام الولد لانه مخالف لاجماع التابعين وقد حكي في هذا الخلاف عندنا فقيل هذا قول محمد اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فيجوز قضاؤه ولا يفسخ وفي النوازل عن ابي يوسف لا ينفذ القضاء به فاختلف الرواية عن ابي يوسف وقال شمس الائمة السرخسي هذه المسئلة تبتني على ان الاجماع المتاخر يرفع الخلاف المتقدم عند محمد وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا يرفع يعني اختلفت الصحابة في جواز بيعهن فمن على الجواز وعمر وغيره على منعه ثم اجمع التابعون على عدم جواز بيعهن فكان قضاء القاضي به على خلاف الاجماع عند محمد فيبطله الثاني وعندهما لما لم يرفع خلاف الصحابة وقع في محل الاجتهاد فلا ينقضه الثاني ولكن قال القاضي ابو زيد في التقويم ان محمدا روى

شهادة قاض آخر يرى غير ذلك امضاه

عنهم جميعا ان القضاء ببيع ام الولد لا يجوز فقد علمت ما هنا من تشعب الاختلاف في الرواية وبناء على اشتراط كون الخلاف في الصدر الاول في كون المحل اجتهاديا قال بعضهم ان للقاضي ان يبطله ما قضى به القاضي المالكي والشافعي رأيه يعني انما يلزم اذا كان قول مالك والشافعي وافق قول بعض الصحابة والتابعين المختلفين فلا ينقض باعتبار انه مختلف بين الصدر الاول لا باعتبار انه قول مالك والشافعي فلو لم يكن فيها قول الصدر الاول بل الخلاف متعصب فيها بين الامامين للقاضي ان يبطله اذا خالف رأيه وعندي ان هذا لا يعول عليه فان صح ان مالكا والشافعي وابا حنيفة مجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهاديا والا فلا ولا نسلم اهل اجتهاد ورفعته ولقد ترى في اثناء المسائل جعل المسئلة اجتهادية بخلاف بعض المشائخ حتى ينفذ القضاء باحد القولين فكيف لا يكون كذلك اذا لم يعرف الخلاف الا بين هؤلاء الائمة يؤيده ما في الذخيرة عن الحلواني ان الاب اذا خالع الصغيرة على صداقها ورآه خيرا لها بان كانت لا تحسن العشرة مع زوجها فان على قول مالك يصح ويزول الصداق عن ملكها ويبرأ الزوج عنه فاذا قضى به قاض نفذ وفي حيض منهاج الشريعة عن مالك فيمن طلقها فمضى عليها ستة اشهر لم تر دما فانها تعتد بعده بثلثة اشهر فاذا قضى بذلك قال ينبغي ان ينفذ لانه مجتهد فيه الا انه نقل مثله عن ابن عمر رض قال وهذه المسئلة يجب حفظها فانها كثيرة الوقوع ثم ذكر في المنتقى ان العبرة في كون المحل مجتهدا فيه اشتباه الدليل لا حقيقة الخلاف قال الا يرى ان القاضي اذا قضى بابطال طلاق المكره نفذ لانه مجتهد فيه لانه موضع اشتباه الدليل اذ اعتبار الطلاق لسائر تصرفاته ينفي حكمه وكذا لو قضى في حد او قصاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع الى قاض آخر يرى خلاف ذلك ينفذ وليس طريق القضاء الاول كونه في مختلف فيه لانه لا اختلاف فيه وانما طريقه ان القضاء الاول حصل في موضع اشتباه الدليل لان المرأة من اهل الشهادة اذ ظاهر قوله تعالى فرجل وامرأتان يدل على جواز شهادتهن مع الرجال مطلقا وان وردت في المداينة لان العبرة لعموم اللفظ ولم يرد نص قاطع في ابطال شهادة النساء في هذه الصورة ولو قضى بجواز النكاح بلا شهود نفذ لان المسئلة مختلف فيها فمالك وعثمان البتي يشترطان الاعلان لا الشهود وقد اعتبر خلافهما لان الموضع موضع اشتباه الدليل اذ اعتبار النكاح لسائر التصرفات يقتضي ان لا يشترط الشهادة انتهى ولا يخفى انه اذا كان معارضة معنى للدليل السمعي النص توجب اشتباه الدليل فيصير المحل محل اجتهاد ينفذ القضاء فيه فكل خلاف بين الشافعي ومالك او بيننا وبينهم او احدهم محل اشتباه الدليل ح اذ لا يخلو عن مثل ذلك فلا يجوز نقضه من غيره توقف على كونه بين الصدر الاول ولا باس بذكر مواضع نص فيها اهل المذهب بعينها اذا قضى القاضي بالقصاص بحلف المدعي ان فلانا قتله وهناك لوث من عداوة ظاهرة كقول مالك لا ينفذ لمخالفة السنة المشهورة البينة على المدعي واليمين على من انكر مع ان معنى ظاهر في حديث محيصة وحويصة نذكره في القسامة انشاء الله تعالى رب العالمين ولو قضى بحل المطلقة ثلاثا بمجرد عقد الثاني بلا دخول كقول سعيد بن المسيب لا ينفذ لذلك ايضا وهو حديث العسيلة وفي السير من الجامع الكبير اذا قضى ان الكفار لا يملكون ما استولوا عليه لا ينفذ لانه لم يثبت في ذلك اختلاف الصحابة ولو قضى بشهادة الزوج لزوجته نفذ وفي الفصول نقلا من فتاوى رشيد الدين

والاصل ان القضاء على الاتي فصله مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رواية وان كان عامدا ففيه روايتان

الزوج الثاني اذا طلقها بعد الدخول ثم تزوجها ثانيا وهي في العدة ثم طلقها قبل الدخول ثم تزوجها الاول قبل انقضاء العدة وحكم الحاكم بصحة هذا النكاح ينفذ لان الاجتهاد فيه سائغ وهو صريح ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها وهو ايضا مذهب زفر ولو قضى في الماذون في نوع انه ماذون فيه فقط كمذهب الشافعي يصير متفقا ولو قضى بصحة الجهاد فيمن طلقت قبل الدخول وقد تبينت الحمل وتجهزت لا ينفذ لانه خلاف الجمهور وينفذ القضاء بجواز بيع المدبر ولو قضى بعدم جواز عتق الزوجة عن وديعة العمد بناء على قول البعض انه لا حق لها في القصاص لا ينفذ ولو زنى بام امرأته فقضى باقرار البنت معه نفذ وحكي في الفصول فيمن اذا زنى بامرأة ثم تزوج بنتها فقضى بجوازه خلافا عند ابي يوسف لا ينفذ للنص عليه وعند محمد يجوز وبصحة السلم في الحيوان ينفذ وينفذ بالقرعة في رقيق اعتق الميت واحد منهم بالشهادة لا بيه وعكسه ينفذ عند ابي يوسف ولا ينفذ عند محمد وبالشهادة على الشهادة فيما دون مدة السفر نفذ وبشهادة شهود على وصية مختومة من غير ان يقرأها عليهم الميت امضاء الآخر وبصحة النكاح الموقت بايام نفذ ولو عقد امرأة بلفظ المتعة نحو متعتني نفسك عشرة ايام لا ينفذ ولو قضى بردها بالعيوب من العمى والجنون نفذ لان عمر يقول بردها بالعيوب الخمسة وكذا بصحة رد الزوجة له ولو قضى بسقوط المهر بالتقادم بلا اقرار ولا بينة لم ينفذ وكذا اذا قضى ان لا يؤجل العنين هذا في القضاء بمجتهد فيه فاما اذا كان نفس القضاء مجتهدا فيه فهذه فرعيات منه واصله ان الخلاف اذا كان في نفس القضاء الواقع توقف على امضاء قاض آخر فان امضاه يعين للثالث نقضه لان قضاء الثاني هو الذي وقع في مجتهد فيه اعني قضاء الاول وعليه فرع اذا قضى بالحجر على المفسد للفساد لا ينفذ لتحقق الخلاف في القضاء فيتوقف على امضاء قاض آخر وقيل ان يمضيه للثاني نقضه لانه ليس قضاء في مجتهد فيه وكذا لو قضى لامرأة بشهادة رجلين فالقاضي الثاني مخير بين ان يجيزه او يرده لان الخلاف وقع في نفس القضاء ومنه لو قضى المحدود في قذف والاعمى واما قضاء السلطان في امر الاصح انه ينفذ وقيل لا ينفذ فعلى القول بانه لا ينفذ محتاج في نفاذه الى ان ينفذه قاض آخر وقيل في مسئلة الحجر في صحة نقض الثاني ان قضاء الاول ليس بقضاء لعدم المقضي له وعليه فينفذ قضاء الثاني باطلاقه عن الحجر قوله والاصل حاصل توجيه ان القاضي الثاني ينفذ خلاف رأيه في المرفوع اليه وهو ان اجتهاد الثاني في البطلان كاجتهاد الاول في الصحة مثلا فتعارض اجتهادهما وترجيح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض الثاني باجتهاد دونه قوله ولو قضى في المجتهد فيه الخ مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رواية واحدة وان كان عامدا ففيه روايتان عنه وجه النفاذ انه ليس بخطأ بيقين لان رأيه يحتمل الخطأ وان كان الظاهر عنده الصواب وراء غيره يحتمل الصواب وان كان الظاهر عنده خطأه فليس واحد منهما خطأ بيقين فكان حاصله قضاء في محل مجتهد فيه فينفذ ووجه عدم النفاذ ان قضاءه مع اعتقاده انه غير حق عبث فلا يعتبر كمن

ووجه النفاذ انه ليس بخطأ يقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطاء عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة من ذهب اجمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خارج ليس باختلاف في المعتبر الاختلاف في الصدر الاول

اشتبهت عليه القبلة فوقع تحريه على جهة فصلى لغير ها لا يصح لاعتقاد خطاء نفسه فكذا هذا وبه اخذ شمس الائمة الاوزجندي وبالاول اخذ الصدر الشهيد وفرع بعضهم عليه ان ما يفعل القضاة من الارسال الى شافعي ليحكم ببطلان اليمين المضافة لا يجوز الا بشرط كون القاضي المرسل يرى بطلانه كالشافعي والا كان مقلدا لغيره ليفعل ما هو الباطل عنده وهو باطل قال الشيخ ابو المعين هذا خلاف ما عليه السلف فانهم يتقلدون القضاء من الخلفاء ويرون ما يحكمون به نافذا وان كان يخالف راي الخلفاء انتهى وادخل الامور وليها في هذا حكم شريح بما يخالف راي علي كثيرا وهو يعلم ويوافقه كما علم في رد شهادة الحسن له وعمر قبله فقيل صح عن عمر انه قلد ابا الدرداء القضاء فاختصم اليه رجلان فقضى لاحدهما ثم لقي المقضي عليه عمر فسأله عن حاله فقال قضى علي فقال لو كنت مكانه قضيت بكذا قال فما يمنعك فقال عمر ليس هنا نص والراي مشترك وغير ذلك وتحقيقه ان القاضي المرسل يقطع بان ما يفعله القاضي المرسل اليه مامور به من عند الله فظنه بطلانه معنا وظنه عدم مطابقته لحكم الله تعالى الثالث في نفس الامر لكن لا يقطع بان المكلف به تعالى ليس اصابة ذلك بل العمل بمظنونه وان خالف حكمه تعالى فقد اوجب عليه ان يعمل بخلاف حكمه تعالى فكان ارسال الحنفي اليه ارسالا لان يحكم بما امره الله تعالى ولا حاجة عليه في ذلك مع علمه ان الله جوز له ان يقول هذا القول وان يعمل به من افتى به او حكم به عليه واقتصار المص على وجه النفاذ دليل انه المرجح عنده هذا عند ابي حنيفة وعندهما لا ينفذ في الوجهين يعني وجه النسيان والعمد لانه قضى بما هو خطأ عنده وقد تضمن وجه ابي حنيفة جوابه بيسير تامل ومع ذلك ذكر المص كصاحب المحيط ان الفتوى على قولهما وذكر في الفتاوى الصغرى ان الفتوى على قول ابي حنيفة فقد اختلف الفتوى والوجه في هذا الزمان ان يفتى بقولهما لان التارك لمذهبه عمدا لا يفعله الا لهوى باطل لا لقصد جميل واما الناسي فلان المقلد ما قلده الا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره وهذا كله في القاضي المجتهد فاما المقلد فانما ولاه ليحكم بمذهب ابي حنيفة مثلا فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم هذا وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حل الاقدام على القضاء بخلاف مذهبه وقال وجه من قال بالجواز ان القاضي مامور بالمشاورة وقد يقع على خلاف رايه ووجه المنع قوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله اليك الآية واتباع غير رايه اتباع هواه غيره والوجه الصحيح ان المجتهد مامور بالعمل بمقتضى ظنه اجماعا وهذا بخلاف مقتضى ظنه وعلمه ليس الا فرضا بخلاف المرسل الى من يرى خلاف رايه ليحكم به فانه لم يعمل فيه بشيء هذا ومن ثمة اليمين المضافة انه اذا فسخ اليمين المضافة بعد التزوج لا يحتاج الى تجديد العقد ولو وطئها الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسخ حكي عن برهان الائمة يكون الوطء حلالا ولو كان اليمين كل امرأة فسخت اليمين ثم تزوج باخرى هل يحتاج الى الفسخ في كل امرأة ذكر فيه خلاف عند ابي يوسف يحتاج وعند محمد لا وفي المنتقى ذكر ان عند ابي حنيفة يحتاج وعند ابي يوسف لا يحتاج واختلف فيه المشائخ ايضا وجعله ان لا يحتاج في كل امرأة وان يقضي القاضي عند تزوج امرأة ببطلان اليمين الواقعة مطلقا من غير قيد فسخها في حق تلك المرأة وسنذكر في امر الفتوى فيها كلاما آخر

قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر تجريه فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة رح وكذا اذا قضى باحلال وهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مرت في النكاح قال ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رح يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق

في باب التحكيم قوله وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر تجريه فهو في الباطن كذلك اي هو عند الله حرام وان كان الشهود الذين قضى بهم كذبة والقاضي لا يعلم ذلك وكذا اذا قضى باحلاله يكون حلالا عند الله تعالى وان كان بشهادة زور وهذا عند ابي حنيفة رح وهو شرط بما اذا كانت الدعوى بسبب معين للحل والحرمة كالبيع والنكاح والطلاق وهذه المسئلة هي التي تقدمت في النكاح المعنونة بان القضاء بالعقود والفسوخ بشهادة الزور يغير علم القاضي نافذ عند ابي حنيفة رح خلافا لصاحبيه وباقي الائمة ومن المثل ادعى على امرأة نكاحا وهي جاحدة واقام بينة زور فقضى بالنكاح بينهما حل للمدعي وطؤها ولها التمكين خلافا لهم وكذا اذا ادعت نكاحا على رجل وهو يجحد ومنها قضى ببيع امة بشهادة زور بان ادعى على رجل انه باعها منه او انك اشتريتها حل للمنكر وطؤها اذا اقامت البينة الزور وقضى بها وكذا في الفسوخ بالبيع والاجارة وفي البينة روايتان ومنه ادعت ان الزوج طلقها ثلثا وهو ينكر فاقامت بينة زور فقضى بالفرقة فتزوجت بآخر حل له وطؤها عند الله تعالى وان علم بحقيقة الحال ولا يحل عند الائمة اذا كان عالما بكذب الشهود ومن صور التحريم صبي وصبية سبيا فكبرا واعتقا ثم تزوج احدهما بالآخر فجاء حربي مسلما واقام بينة انهما ولداه فقضى القاضي بينهما بالفرقة فان رجع الشهود او تبين انهم شهود زور لا يحل للزوج وطؤها عنده لان القضاء بالحرمة نفذ باطنا وظاهرا ومحمد في هذه الفروع مع ابي حنيفة لانه لا يعلم حقيقة كذب الشهود واجمعوا في الاملاك المرسلة عن تعيين سبب انه لا يحل باطنا والوجه في الاصل والفرق تقدم قبيل باب الاولياء والاكفاء ومن الاوجه لابي حنيفة رح انه لو فرق بينهما بامر الزوج نفذ ظاهرا وباطنا فيما امر الله اولى والقاضي مامور بذلك من جل وعلا واما الاستشهاد بتفريق الملاعنين ينفذ باطنا وان كان احدهما كاذبا فليس بشيء وفي الخلاصة واجمعوا على انه لو اقر بالطلقات الثلاث ثم انكر وحلف فقضى لها لا يحل وطؤها وان الشهود لو ظهروا عبيدا او كفارا او محدودين لا ينفذ باطنا وفيها رجل قال لامرأته انت طالق البتة ونوى واحدة بائنة او رجعية فقضى القاضي بانها ثلاثا اخذا بقول علي رض نفذ القضاء ظاهرا وباطنا بعد ذلك ان كان الزوج مجتهدا يتبع رأي القاضي عند محمد وعند ابي يوسف رح يتبع رأي القاضي ان كان مقضيا عليه وان كان مقضيا له يتبع اشد الامرين عليه وان كان عاميا فان استفتى فما افتاه به المفتي صار كالثابت بالاجتهاد عنده وان لم يستفت اخذ بما قضى به انتهى والوجه عندي قول محمد لان اتصال القضاء بالاجتهاد الكائن للقاضي يرجحه على اجتهاد الزوج والاخذ بالراجح متعين وكونه لا يراه حلالا انما يمنعه من القرب بعد القضاء اما بعده وبعد نفاذه باطنا كما فرضت المسئلة فلا قوله ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي يجوز اذا كان غائبا عن البلدة او فيها وهو مستتر لا واحد او هو قول مالك واحمد وان كان في البلد غير مختف فله قولان اصحهما لا يحكم عليه بدون حضوره وهو قول مالك والفرق ان في المستتر تضييع الحقوق لو لم يحكم وفي غيره لا احتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي

ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة بدون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء

واليمين على من انكر فاشتراط حضور الخصم زيادة عليه بلا دليل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين استقضاه على اليمن لا تقض لاحد الخصمين بشيء حتى تسمع كلام الآخر وقد مناه من رواية ابي داود وغيره وتصحيح الحسينة فعلم ان جهالة كلامه مانعة من القضاء وذلك ثابت مع غيبته وغيبة من يقوم مقامه ولان حجية البينة على وجه توجب العمل بها موقوف على عجز المنكر عن الدفع والطعن فيها والعجز عنه لا يعلم الا مع حضوره او نائبه ولان شرط العمل بها الانكار حتى لا تسمع على مقر ولا يقضى لها اذا اعترض الاقرار قبل القضاء وبغيبته يفوت العلم بوجود شرط العمل بها وهو الانكار ما لم يعلم بوجود الشرط لا يحكم بثبوت المشروط وهو صحة الحكم عليه ولا يكفي في الحكم بثبوته كونه الاصل لانه يترتب عليه وجود امر فلا بد من ثبوت وجوده ولذا قلنا جميعا فيمن قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم وقال السيد دخلت وقال العبد لم ادخل لا يحكم بوجود العتق بوجود الشرط بناء على ان الاصل عدم الدخول لما ذكرنا انه جعل شرط الحدوث امرا آخر فلم يحكم بوجوده بناء على الاصل فان قيل الخلاف ثابت فيما لو حضر وانكر ثم غاب قلنا لان بقاء الانكار شرط القضاء بالبينة وهو محتمل بجواز الرجوع عنه الا بالنظر الى الاصل ولا عبرة به انما يقضى عليه بالبينة اذا حضر وسكت لانزال الشرع اياه منكرا الا لانه غير منكر وما قيل وقف البينة على حضوره غير مفيد لانه اما ان يقر او ينكر وعلى الوجهين الدعوى لازمة عليه فليس بشيء لان مع حضوره يحتمل ان يقر فيبطل حكم البينة او لا فيطعن في البينة ويشبه او لا الطعن فيقضى عليه بالبينة ومع غيبته يشتبه وجه القضاء فلا يجوز وهذا لان حكم الحكم بالبينة ان ينفذ في حق سائر الناس وبالاقرار يقتصر على المقر ونظير ذلك فيمن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة ياخذها وولدها ولو اقر بها الرجل لم ياخذ ولدها ولا يرجع بالثمن على بائعها وبالبينة ترجع النائبة بعضهم على بعض وما ذكرنا فيما لو انكر ثم غاب قول ابي حنيفة رح لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف فانه قال يحكم بها لان انكاره سمع نصا فوجد شرط حجيتها كما لو اقر ثم غاب يقضى بالاقرار وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رح انه لا يقضى بالبينة ويقضى بالاقرار وهو قول ابي حنيفة لان في البينة للمدعى عليه حق الطعن في البينة والقضاء عليه حال غيبته يبطل هذا الحق اما ليس له حق الطعن في اقراره وبالقضاء عليه لا يبطل حقه وبه قال ابو يوسف اولا ثم رجع حين ابتلي بالقضاء وقال بعضهم فيهما جميعا واستحسنه حفظا لاموال الناس واذا علمت انه لا بد من حضوره او حضور من يقوم مقامه فمن يقوم مقامه احد ثلاثة نائب بانابة كوكيله او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما يعني شخصا يقوم مقامه حكما اي يكون قيامه عنه حكما لا مرلازم واقتصر المص عليها نفيا للسخر من جهة القاضي فان فيه اختلاف الروايتين وهو الذي ينصبه القاضي ليسمع عليه الدعوى وكذا لو احضر المدعي رجلا غير خصمه ليسمع القاضي الخصومة والقاضي يعلم انه ليس بخصم لا يسمع الخصومة عليه ولا على المسخر من جهته وانما يجوز نصب القاضي الوكيل عن خصمه ليقضي في بيته ولا يحضر مجلس الحكم ولكن بعد ان يبعث اليه الى باب

لان احكامهما مختلفة ولو انكر ثم غاب فكذلك الجواب لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف ومن يقوم مقامه

دار فينادي على باب داره ويقول احضر مجلس الحكم والا يحكم عليك اما في غير ذلك الموضع فلا وذكر محمد في الجامع
رجل غاب وجاء رجل فادعى على رجل ذكر انه غريم الغائب وكله بطلب كل حق له على غريمه بالكوفة والمدعى عليه ينكر
وكالته فاقام بينة على وكالته قضى عليه بالوكالة يعني على الغائب قال شيخ الاسلام فيه دليل على جواز الحكم على المستحضر
فانه قال ذكر انه غريم الغائب ولم يقل هو غريم الغائب قال الصدر الشهيد هذا محمول على ما اذا لم يعلم القاضي انه مستحضر
فالوجه ان يحمل على احدى الروايتين كما ذكر ظهير الدين في فتاواه انه في نفاذ قضاء القاضي على الغائب روايتين
وذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام انه ينفذ وغيرهما من المشايخ قالوا لا ينفذ وفي مفقود جواهر زاده ولا ينبغي للقاضي
ان يقضي للغائب من غير خصم كما لا ينبغي ان يقضي على الغائب الا ان منع الوكيل وكيلا والفذ خصومة بينهم فهو جائز وعليه الفتوى
انتهى والذي يقتضيه النظر ان نفاذ القضاء على الغائب موقوف على امضاء قاض لان نفس القضاء هو المجتهد فيه فهو
كقضاء الحدود في قذف ونحوه وحيث قضى على غائب فلا يكون عن اقرار عليه ومن فروعه مسئلة محيسة في الفصل الاول من
الفتاوى الصغرى عين في يد رجل ادعى آخر انه ملكه اشتراه من فلان الغائب وصدقه ذو اليد فالقاضي لا يأمر ذا اليد ان
يسلمها الى المدعي حتى لا يكون قضاء على الغائب بالشراء باقراره وهي محيسة لانه اعترف بالملك للمدعي ولا يقضي عليه بالتسليم
قال واحال الصدر الشهيد هذه المسئلة الى باب اليمين من ادب القاضي ولم اجد بها اثرا واما الثالث فانه اذا كان ما يدعيه
على الغائب سبب لا محالة لما يدعيه على الحاضر بحيث لا ينفك عنه وهو في غير صورة في الكتب بخلاف ما اذا كان ما يدعيه على الغائب شرطا
محضا لا سببا لا محالة اذ قد يكون سببا وقد لا يكون فانه لا معتبر به في جعل الحاضر خصما عن الغائب قال المصنف وقد عرف تمامه في الجامع مثال السبب اللازم
لا محالة في ست مسائل ثلاث فيما يكون المقضي شيئين وثلاث فيما يكون واحدا اما ثلاث الواحد فاحدها ادعى رجل في يد رجل انها ملكه وانكر ذو اليد
فاقام البينة انها دار اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فانه يقضي بها في حق الحاضر والغائب لان الشراء سبب ثبوت ما يدعيه
على الحاضر لان الشراء من المالك سبب لا محالة للملك والثانية ادعى على آخر انه كفل عن فلان الغائب بما يجب له عليه فاقر المدعى عليه بالكفالة
وانكر الدين فاقام المدعي البينة انه دين له على فلان الف يقضي بها على الكفيل والغائب حتى لو حضر وانكر لا يلتفت الى انكاره والثالثة
ادعى الشفعة في دار في يد انسان فقال ذو اليد هذه الدار دار اشتريتها من احد فاقام المدعي البينة ان ذا اليد اشتراها من فلان الغائب بالف
وهو يملكها فانه يقضي بالشفعة بالشراء في حق ذي اليد والغائب ومثال ثلاث الشيئين احدها قذف محصنا فادعى عليه الحد فقال القاذف انا
عبد وعلى حد العبيد فقال المدعي المقذوف بل اعتقك مولاك ولي عليك حد الاحرار والمولى غائب واقام البينة على ذلك تقبل البينة
ويقضي بالعتق في حق الحاضر والغائب جميعا حتى لو حضر وانكر العتق لا يلتفت الى انكاره فالعتق سبب كمال الحد وهو
المدعى على الحاضر منهما سببان والثانية شاهدان شهدا على رجل بمال فقال الشهود عليه هما عبدان لفلان الغائب فاقام الشهود
البينة ان مولاهما اعتقهما قبل ذلك وهو يملكهما تقبل وثبت العتق في حق الشهود عليه والمولى الغائب لان العتق لا ينفك عن الشهادة والثالثة
رجل قتل رجلا عمدا وله ابنان غائب احدهما وادعى الحاضر على القاتل ان الغائب عفا عن نصيبه والقاتل نصيبه بالارث انكر القاتل

قد يكون نائبا بانابته كالوكيل او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعي على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب اما اذا كان شرطا لحقه فلا يعتبر به في جعله خصما عن الغائب قد عرفت في الجامع

فاقام المدعي البينة على ذلك تقبل ويقضي بها على الحاضر والغائب جميعا فان قيل هذا منتقض بما اذا كان العبد بين حاضر وغائب فادعى العبد على الحاضر منهما ان الغائب اعتق نصيبه وهو موسر وادعى تصديق الحاضر عن نفسه لصيرورته مكاتبا عند ابي حنيفة واقام البينة على الحاضر بذلك لا تقبل هذه البينة اصلا مع ان اعتاق الغائب نصيبه سبب لتصديق الحاضر عنه لا محالة اجيب بان عدم القبول عنده في هذه لا لعدم الخصم عن الغائب بل لجهالة المقضي عليه بالكتابة لان الساكت ان اختار تضمين المعتق لنصيبه العبد مكاتبا من جهة المعتق وان اختار الاستسعاء يصير مكاتبا من جهة الساكت فكان المقضي عليه بالكتابة مجهولا فلم تقبل واما ما لا يكون فيه ما يدعى به على الغائب سببا لا محالة لما يدعيه على الحاضر بل قد يكون وقد لا يكون فقد يكون ايضا شيئين وقد يكون واحدا وبيانه في المسئلتين احدهما قال لعبد رجل مولاك وكلني بمملك اليه فاقام العبد البينة ان مولاه اعتقه تقبل في حق تصديق الحاضر ولا تقبل في حق العتق على الغائب حتى لو حضر الغائب وانكر العتق يحتاج العبد الى اعادة البينة والثانية رجل قال لامرأة غائب وكلني زوجك بمملك اليه فاقامت بينة انه طلقها ثلثا تصدق الوكيل عنها دون الطلاق فلو حضر وانكر الطلاق يحتاج الى اعادتها او بينة اخرى فالمدعي العتق وقصر اليد والطلاق وقصر اليد لان العتق والطلاق قد تحقق ولا يوجب العزال الوكيل بان لا يكون هناك وكالة وقد تحقق موجبا للانعزال بان وجد بعد الوكالة فليس انعزال الوكيل حكما اصليا للطلاق والعتاق فمن حيث انه ليس سببا لحق الحاضر في الجملة لا يكون الحاضر فيه خصما عن الغائب ومن حيث انه قد يكون سببا قبلت البينة فيما يرجع الى حق الحاضر في تصديقه وانعزاله عن الوكالة لانه ليس من ضرورة انعزال الوكيل تحقق الطلاق والعتاق ولا من ضرورة تحقق الطلاق والعتاق انعزال الوكيل فلا يقضي بالطلاق والعتاق ومن هذا القسم وهو دعوى شيئين الا ان ما يدعيه على الغائب ليس سببا لما يدعيه على الحاضر الا باعتبار البقاء فبيانه في مسائل احدها قالوا فيمن اشترى جارية فادعى المشتري على البائع انه كان زوجها من فلان الغائب ولم يعلمه المشتري ويريد ان يردها بهذا العيب وانكر البائع فاقام المشتري على ذلك بينة فانه لا يقضي بها لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لان المدعي شيئان الرد بالعيب على الحاضر والنكاح على الغائب والنكاح المدعى به على الغائب ليس سببا لما يدعي على الحاضر الا باعتبار البقاء لجواز ان يكون تزوجها ثم طلقها وان اقام البينة على البقاء بان شهدوا انها امرأته للحال لا تقبل ايضا لان البقاء تبع للابتداء والثانية المشتري شراء فاسدا اذا اراد البائع الاسترداد فاقام البينة انه باع من فلان الغائب لا تقبل لابطال حق الاسترداد لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لان نفس البيع ليس سببا لبطلان حق البائع في الاسترداد واذا لم يكن خصما في اثبات نفس البيع لم يكن خصما في اثبات البقاء لان البقاء تبع للابتداء كما ذكرنا الثالثة رجل في يده دار بيعت بجنبها دار فاراد ذو اليد ان ياخذ المشتراة بالشفعة فقال المشتري له الدار التي في يدك ليست لك انما هي لفلان فاقام الشفيع البينة انها داره اشتراها من فلان الغائب لا يقضي بالشراء لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لان المدعي شيئان والمدعى على الغائب من شراء الدار ليس سببا لثبوت حقه في الشفعة ما لم يثبت البقاء لانه لو فسخ بعد الشراء او ازالها عن ملكه

قال ویقرض القاضی اموال الیتامی ویکتب ذکر الحق لان فی الاقراض مصلحتهم لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضی یقدر علی الاستخراج والکتابة لتحفظه وان اقرض الوصی ضمن لانه لا یقدر علی الاستخراج والاب بمنزلة الوصی فی اصح الروایتین لعجزه عن الاستخراج

سبب من الاسباب لا تکون له شفقة وانما یکون له الشفقة باعتبار البقاء ولا بینة علیه ولو اقام علی البقاء لم یقبل ایضا لما ذکرنا واما ما یکون شرطا فعامة المشائخ فیه علی انه لا ینصب الحاضر خصما عن الغائب فیما یدعیه وصورته قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق فادعت ان فلانا طلق زوجته واقامت البینة علی ذلک لا یقضی بوقوع الطلاق بها لانه ابتداء القضاء علی الغائب وقد افتی بعض المتأخرین کفخر الاسلام والاوزجندی فیه بانتصاب الحاضر خصما ویقضی بوقوع الطلاق کما لو قال ان دخل فلان الدار فانت طالق فبرهنت علی دخول فلان حیث یصح وان کان فلان غائبا والجواب انه لیس فی هذا قضاء علی الغائب بشیء اذ لیس فیه ابطال حق له فصار الاصل ان ما کان شرطا لثبوت الحق للحاضر من غیر ابطال حق للغائب قبلت البینة فیه اذ لیس فیه قضاء علی الغائب وما تضمن ابطالا علیه لا تقبل **قوله** ویقرض القاضی اموال الیتامی ویکتب ذکر الحق وهو المسمی فی عرفنا حجة وهو الصک والحق هنا هو الاقراض وهذا لان فی الاقراض مصلحتهم ولان بقاءه علی وجه الارض لا یؤمن معه السارق والغاصب المکابر وفی القرض بقاؤها محفوظة عن ذلک مضمونة والقاضی یقدر علی الاستخراج فکان النظر فی الاقراض بخلاف الوصی فانه لا یقدر علی الاستخراج اذ ربما لا یوافقه المشهود او لا یجدهم ولو وجدهم فلیس کل بینة تعدل ولا کل قاض یعدل وفی الحبس بین یدی القضاة ذل وصغار فکان اضرارا بالصغار علی هذا الاعتبار والاب کالوصی فی اصح الروایتین لا یقدر علی الاستخراج وجه الاخری انه اعم ولایة من الوصی لانها فی المال والنفس کولایة القاضی ویزید علیها بزیادة الشفقة المانعة من ترک النظر فالظاهر انه انما یقرض ممن یأمن جحوده وعلی هذا قالوا لو اخذه الاب قرضا لنفسه یجوز وان روی الحسن عن ابی حنیفة انه لا یجوز والجواب ان الاعتبار فی جواز القرض وعدمه لیس لقرب القرابة ولا لزیادة الولایة بل لتمام القدرة علی الاسترجاع بعد وجود اصل الولایة ولا قدرة للاب علیه بخلاف القاضی فانه لو لم یجد الشهود لموت او غیبة قضی بعلمه واستخرج ولا یخفی ان قدرته هذه انما تفید مع وجود الملاءة اما لو اعسر المستقرض صار القاضی کغیره فی عدم القدرة وعن هذا قال الخصاف ینبغی للقاضی ان یتفقد احوال الذین اقرضهم المال حتی لو اختل حال احدهم یأخذ منهم المال قبل ان یعسر فلا یقدر وکذا لو کان مستقرض معسرا فی الابتداء لا یجوز القاضی اقراضه وقد انتظم ما ذکرنا حکم القاضی بعلمه لنفسه لها فعندنا وفی قول الشافعی انه یجوز وظاهر مذهب مالک واحمد لا یجوز وعن کل منهما روایة بالجواز کقولنا لانه صلی الله علیه وسلم قال لهند بنت عتبة خذی من ماله ما یکفیک وولدک بالمعروف فهذا قضاء بعلمه وشرطه عند ابی حنیفة ان یعلم فی حال قضائه فی المصر الذی هو قاضیه بحق غیر حد خالص لله من قرض او بیع او غصب او تطلیق رجل امرأته او قتل عمد او حد قذف واما اذا علم قبل القضاء فی حقوق العباد ثم ولی فرفعت الیه تلک الحادثة او علمها فی حال قضائه فی غیر مصره ثم دخله فرفعت الیه لا یقضی عنده وقالا یقضی وفی التجرید جعل قول محمد مع ابی حنیفة ولو علم فی رستاق مصره عندهما یقضی واختلف المشائخ علی قول ابی حنیفة رحمه الله سواء

باب التحكيم

واذا اختار رجلان رجلا يحكمه بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام اهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في الولوالجية ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا واذا حكم لزمهما الحكم ولا ولاية عليهما

وكان مقلدا للرسائل او لم يكن واصل هذا ان قضاء القاضي في القرية والمفازة لا ينفذ عند ابي حنيفة ومحمد ونص اصحاب الاملاء عن ابي يوسف انه ينفذ قضاؤه في السواد وهكذا في النوادر عن محمد ولو علم بحادثة وهو قاض في مصره ثم عزل ثم اعيد الى القضاء فعند ابي حنيفة لا يقضي وعندهما يقضي واما في حد الشرب والزنا فلا ينفذ قضاؤه بعلمه اتفاقا والله الموفق

باب التحكيم

هذا ايضا من فروع القضاء والحكم احاطة من القاضي فان القاضي يقضي فيما لا يقضي المحكم فاخر عنه ولهذا قال ابو يوسف انه لا يجوز تعليق التحكيم بالشرط واضافته بخلاف القاضي لان حكمه بمنزلة الاصلاح والواقع منه كالصلح او هو صلح من وجه فلا يكون مثله بالشك والتحكيم جائز بالكتاب قوله تعالى فابعثوا حكما من اهله الآية وفيه نظر واما السنة فما قال ابو شريح يا رسول الله ان قومي اذا اختلفوا في شيء فاتوني فحكمت بينهم فرضي بحكمي الفريقان فقال عليه الصلوة والسلام ما احسن هذا رواه النسائي واجمع على انه صلى الله عليه وسلم عمل بحكم سعد بن معاذ في بني قريظة لما انفقت يهود على الرضى بحكمه فيهم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وروي انه كان بين عمر وابي بن كعب منازعة في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت فاتياه فخرج زيد وقال لعمر هلا بعثت الي فاتيتك يا امير المؤمنين فقال عمر في بيته تؤتى الحكم فدخلا بيته فالقى لعمر وسادة فقال عمر هذا اول جورك وكانت اليمين على عمر فقال زيد لابي لو اعفيت امير المؤمنين فقال عمر كيمين لزمتني فقال ابي نعفي امير المؤمنين ونصدقه وليعلم انه لا يظن باحد منهما في هذه الخصومة الا انتباه الحادثة عليهما فقد ما الى الحكم للتبيين ولا للتلبيس وفي الحديث جواز التحكيم وان زيدا كان معروفا بالفقه وقد روي ان ابن عباس كان يختلف اليه ويأخذ بركابه عند ركوبه وقال هكذا امرنا ان نصنع بفقهائنا فقبل زيد يده وقال هكذا امرنا ان نصنع بآل نبينا وفيه ان الامام لا يكون قاضيا في حق نفسه وانه ينبغي ان من احتاج الى العلم يأتي الى العالم في بيته ولا يبعث اليه ليأتيه وان كان اوجه الناس واما القاء زيد الوسادة اجتهادا لمن قوله صلى الله عليه وسلم اذا اتاكم كريم قوم فاكرموه وبسط النبي صلى الله عليه وسلم رداءه لعدي بن حاتم وان التحليف ليس كغيره واجتهاد عمر على تخصيص هذا الحال من عموم الاول وانه لا بأس بالحلف صادقا واستدعاء عثمان حين لزمته كان لامر آخر وان اليمين حق المدعى له ان يستوفيها وتسقط باسقاطه قوله واذا حكم

رجلان رجلا او امرأة فحكما بينهما ورضيا بحكمه الى ان حكم جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وسنذكر لهذا التخصيص ان لهما قوله وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم بان يكون اهلا للشهادة فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي الا ان يحكمه ذميان لانه من اهل الشهادة عليهم فهو من اهل الحكم عليهم وكذا المحدود في القذف والفاسق لا يجوز حكم احد من هؤلاء لعدم اهلية القضاء لعدم اهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في الولوالجية الفاسق ينفذ حكمه وقوله وينفذ حكمه عليهما عطف على جواب الشرط اعني قوله جاز وهذه شروط التحكيم تقدمت على الجواب ولو قدم الجواب وقال وعليهما ينفذ حكمه كان مفيدا للحصر فيفيد انه لا ينفذ

واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه قاض في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وان خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لانه لا ولاية له على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة فلا يستباح بتحكيمهما قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيرهما وهو صحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام فيه وان حكما في دم خطاء فقضيا بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف لرأيه ومخالف للنص ايضا الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع

فلو كان في عيب بالمبيع فقضى برده على بائعه ليس للبائع ان يرده على بائعه الا ان يتراضى البائع الاول والثاني والمشتري على تحكيمه فيرده على الاول ولو اختصم الوكيل بالبيع مع المشتري من في العيب فحكم برده على الوكيل لم يلزم الموكل الا اذا كان العيب يحدث مثله رواية واحدة الا ان يرضى الموكل بتحكيمه معهما وان كان العيب لا يحدث مثله ولم يدخل الموكل معهم في التحكيم ففي لزومه للموكل روايتان وانما اقتصر حكمه ولم يتعد لانه كالمصالح ثم تشترط هذه وقت التحكيم ووقت القضاء جميعا حتى لو حكما عبدا فعتق او صبيا فبلغ او كافرا فاسلم ثم حكم لا ينفذ كما في المقلد وكذا لو كان مسلما وقت التحكيم ثم ارتد لا ينفذ حكمه ثم الاضافات في قوله ولا يجوز تحكيم العبد الى آخره من اضافة المصدر الى المفعول ولو اعتبرت الى الفاعل جاز في بعضها دون بعض وفي المعنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كما يجوز تحكيم الذمي ذميا ليحكم بينه وبين ذمي يجوز لما ذكرنا ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه معلق من جهتهما اذ هما المولیان له فلهما عزله قبل ان يحكم كما ان للسلطان ان يعزل القاضي قبل ان يحكم ولو حكم قبل عزله نفذ وعزله بعد ذلك لا يبطله فكذا هذا واذا نفذ حكمه لزمهما الصدور حكمه عن ولاية كاملة عليهما فقط لانه تقليد لا يكون دون الصلح وبعد ما تم الصلح ليس لواحد ان يرجع

قوله واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم ابرامه على ذلك الوجه بعينه وان خالفه ابطله وقال مالك وابن ابي ليلى هو كالمقلد فلا يبطله الا ان يكون جورا بينا لم يختلف فيه اهل العلم وسنحقق ان ولاية القاضي عامة على الناس لعموم ولاية الخليفة المقلد له بخلاف المولين له لانه لهما ولاية على انفسهما فقط لا على القاضي فلا يلزم حكم القاضي لانه لم يحكمه ولان تقليدهما بمنزلة اصطلاحهما على شيء في المجتهدات وكان للقاضي ان يبطله او ينفذه فكذا هذا وبذا يتبين لك ان المراد من قوله وان خالفه ابطله ليس ما يعطيه ظاهره من لزوم ابطال القاضي اياه بل جواز ان يبطله وان ينفذه وعبارة المبسوط بعد ان ذكر الوجه فلا يجب ينفذ حكمه على القاضي **قوله** ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص وهذه احدى الروايتين في القصاص وهي رواية الخصاف قال شمس الائمة في شرح ادب الخصاف من اصحابنا من قال هذا في الحدود الخالصة حقا لله تعالى لان الامام هو المتعين لاستيفائها وليس لهما ولاية على سائر النكاح فاما القصاص وحد القذف فيجوز التحكيم فيهما ولكن صاحب الكتاب يريد الخصاف اطلق وقال لا يجوز وهو الصحيح لان حكم الحكم بمنزلة الصلح ولا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف بالصلح ولانهما يندرآن بالشبهات وفي حكمه شبهة لانه حكم في حقهما لا في حق غيرهما واي شبهة اعظم من هذا قال المص قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو الصحيح وفي الخلاصة قضاء الحكم في الطلاق والعتاق والنكاح والكفالة بالمال والنفس والديون والبيوع والكفارات والقصاص وارش الجنايات وقطع يد عمدا ودم عمد بمبلغ عادله جائز اذا وافق رأي القاضي وعن ابي حنيفة لا يجوز في القصاص ونقل الناصحي عن ابي بكر الرازي في القصاص ينبغي ان يجوز لان ولي القصاص لو استوفى القصاص من غير ان يرفع الى السلطان جاز هكذا اذا حكم فيه لانه من حقوق بني آدم ولو جاز المص لانه للولاية لهما على دمهما فكذا لا يملكان الاباحة يعني لو قال الشخص اقتلني لا يصح امره ولا يحل للآخر قتله يرفعه وهذا لان المقتضي عليه هو الاصل في التحكيم والآخر اعني الطالب تبع فكون احدهما هو الذي حكمه ليس بشيء يملك ان يستوفيه بلا حكم لا يقتضي صحة التحكيم فيه بل حتى

ولو اخبر باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة ولو اخبر بالحكم لا يقبل قوله لانقضاء الولاية كقول المولى بعد العزل وحكم الحاكم لابويه وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه سواء وذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذا القضاء ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الرأي والله اعلم بالصواب

يرضى الآخر والآخر لا يملك ما حكم فيه فلا يصح التحكيم فيه وفي الفتاوى الصغرى حكم المحكم في الطلاق المضاف ينفذ لكن لا يقضى به وفيها ما روي عن اصحابنا ما هو اوسع من هذا وهو ان صاحب الحادثة لو استفتى فقيها عدلا فافتاه ببطلان اليمين المضافة وسعه الاتباع فتواه وامساك المرأة المحلوف بطلاقها وروي عنهم ما هو اوسع من هذا وهو انه اذا استفتى اولا فقيها آخر فافتاه ببطلان اليمين وسعه امساك المرأة فان تزوج اخرى وكان حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها فاستفتى فقيها آخر فافتاه بصحة اليمين فانه يفارق الاخرى ويمسك الاولى عملا بفتواهما وفي الذخيرة فيمن تزوج امرأة بغير ولي فطلقها ثلاثا فبعث القاضي الى شافعي ليحكم بينهما ببطلان ذلك النكاح ببطلان الثلث يجوز وكذا لو حكم بذلك حكما يجوز ولا يفتى به لما يعني ما قدره من خشية تجاسر العوام يعني على هدم المذهب قال وكذا من غاب عن امرأته غيبة منقطعة ولم يتخلف لها نفقة فبعث الى شافعي ليحكم بفسخ النكاح لعجز المنفق يجوز ثم قال المصنف وهو حكم في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ لانه لا ولاية على العاقلة اذا لم يحكموه وكذا لو حكم على القاتل بالدية في ماله فان القاضي يرده ويقضي بما هو الحق وهو كونه على العاقلة لانه يخالف لرأيه وللنص وهو حديث حمل بن مالك الا اذا ثبت القتل الى قتل الخطأ باقراره فح يجوز قضاؤه بالدية على القاتل لان العواقل لا تعقل القتل الثابت بالاقرار كما لا تعقل العمد والصلح على الدية لان اقراره لا ينفذ في حقهم اذ لا ولاية له عليهم فاقتصر على نفسه فوجب الدية في ماله وعلى هذا التفصيل ارش الجراحات ان كانت بحيث لا تعقلها العاقلة بل تجب في مال الجاني بان كانت دون ارش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار او النكول او كان عمدا وان بلغ خمسمائة فقضى الحكم على الجاني جاز لانه لا يخالف الشرع وان كان بحيث تحملها العاقلة لا يجوز قضاؤه بها اصلا لانه لو قضى على الجاني خالف الشرع او على العاقلة لا يجوز لانهم لم يحكموه **قوله** ولو اخبر يعني الحكم لو قال لاحدهما قد رت عندي او قامت عندي بينة عليك بهذا فعدلوا عندي وقد الزمتك ذلك وحكمت بهذا فانكر المقضي عليه ان يكون اقر واقامت البينة لم يلتفت الى قوله ومضى القضاء عليه ما دام المجلس باقيا لان الحكم ما دام يحكيها قائما كالقاضي المقلد ولو قال المقلد ذلك لا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا الحكم الا ان يخرج المخاطب عن الحكم ويعزله قبل ان يقول حكمت عليك ثم قال الحكم ذلك او قاله بعد ان قام من المجلس لانه بالقيام من المجلس ينعزل كما ينعزل احدهما قبل الحكم فصار كالقاضي اذا قال بعد العزل قضيت بكذا لا يصدق كذا هذا **قوله** وحكم الحاكم سواء كان قاضيا او محكما لابويه ولولده وزوجته وكل من لا تقبل شهادته له باطل لمكان التهمة بخلاف ما اذا كان حكم عليهم يجوز لانتفائها **قوله** ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لان الحكم امر يحتاج فيه الى الرأي وانما رضي الخصمان برأيهما فلا ينفذ واحدهما ثم لا يصدق الحكمان في اخبارهما عن الحكم اذا قاما لما ذكرنا من انعزالهما فالتحقا بسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشتراه حتى يشهد على ذلك غيرهما ولو شهد عند الحكمين شاهدان ثم مات الشاهدان او غابا فسأل المدعي الحكمين ان يشهدا له على شهادتهما لم يجز لانهما ما حملاها فلا يجوز ان يشهدا على شهادتهما واذا عزل احد الحكمين لا ينفرد فلو حكما عبدا وحرا لم يجز ولو حكم مسلم ومرتد رجلا فحكم بينهما ثم قتل المرتد او لحق بدار الحرب لم يجز حكمه عليهما ولو امر الامام رجلا ان يحكم بين الناس وهو ممن يجوز شهادته جاز ويصير كالقاضي ولو امر القاضي رجلا لم يجز الا باذن الامام الا ان يجيزه بعد الحكم او يتراضى بها الرجلان بعد الحكم ولو حكما رجلا فاخرجه القاضي من الحكومة فحكم بعده بينهما فاجازاه جاز

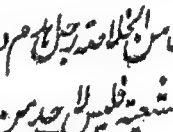
مسائل شتى من كتاب القضاء قال اذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند ابي حنيفة رح وقالا يغرم صاحب العلو ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه قيل ما حكى عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رح فانه خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه يتصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة بعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستاجر والاطلاق بعارض فاذا اشكل لا يزول المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه فيمنع عنه

وليس للحكم ان يفوض الى غيره ولو فوض وحكم الثاني بلا ارضائهما فاجاز القاضي لم يجز الا ان يجيزاه بعد الحكم وقيل ينبغي ان يكون كالوكيل الاول اذا اجاز فعل الوكيل الثاني وكو حكماه واحدا فحكم لاحدهما ثم حكما آخر ينفذ حكم الاول ان كان جائزا عنده وان كان جورا بطله وكتاب الحكم الى القاضي وقلبه لا يجوز فان كتب اليه قاض فرضي به الخصمان حكم بمقتضى الكتاب

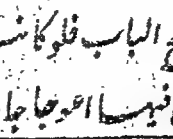
مسائل منثورة من كتاب القاضي قوله واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند ابي حنيفة رح اي بغير رضى صاحب العلو وكذا ليس له ان يدخل فيه جذعا والاتفاق على ان ليس له ان يهدم سفله لما فيه من ابطال حق صاحب العلو في سكناه العلو وقالا يضع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه او يضع عليه جذعا او يشرع كنيفا والكوة بفتح الكاف ويقال وتد بتد وتدا من حد ضرب قيل ما حكى عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رض لانه انما يمنع ما فيه ضرر ظاهر لا ما لا ضرر فيه فلا خلاف بينهم وقيل بل بينهما خلاف وهو في محل وقوع الشك فما لا شك في عدم ضرره كوضع مسمار صغير او وسط يجوز اتفاقا وما فيه ضرر ظاهر كفتح الباب ينبغي ان يمنع اتفاقا وما يشك في التضرر به كدق الوتد في الجدار او السقف فعندهما لا يمنع لان الاصل هو الاباحة لا تصرف في ملكه والحظر لعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع لان اليقين لا يزال بالشك كما لو باع نصيبه من العبد المشترك يجوز ولو كاتب نصيبه لا يجوز وللشريك حق فسخه وعنده الاصل الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير لهذا يمنع من هدمه اتفاقا وتعلق حق الغير بملكه يمنع تصرفه به كالمرهون والمستاجر تعلق به حق المرتهن فمنع الراهن من التصرف فيه وذكر شيخ الاسلام عن بعضهم ان على قول ابي حنيفة رح صاحب العلو لا يملك التصرف فيه وان لم يتصل بالسفل والا لا يملك بالاتفاق وقال الصدر الشهيد خلاف في الاشكال وذكر قاضي خان لو حفر صاحب السفل في ساحته بئرا وما اشبه ذلك عند ابي حنيفة رح له ذلك وان تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر وعلمت ان ليس لصاحب السفل هدمه فلو هدمه يجبر على بنائه لانه تعدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو كالراهن اذا قتل المرهون والمولى اذا قتل عبد المديون وهذا اصل كلي لكل من اجبر على ان يفعل مع شريكه فاذا فعل احدهما بغير امر شريكه فهو متطوع لان له طريق وهو المطالبة بالمشاركة في الفعل كنهر بينهما امتنع احدهما عن كريه وكري الاخر او سفينة تخوف الغرق او بيت او دار او حمام او طاحونة فاصلحها احدهما او عبد مشترك جنى فداه احدهما فهو متطوع لان الآخر يجبر وان كان لا يجبر لم يكن متطوعا كعلو لرجل وسفل لآخر سقط السفل فبناه الآخر لا يكون متطوعا لانه لا يجبر صاحب السفل على بنائه فكان في بنائه اياه مضطرا ليصل الى حقه واذا بناه وبنى عليه علوه له منع صاحب السفل من الانتفاع به والسكنى حتى يؤدي قيمته واختلف ان القيمة تعتبر وقت البناء او وقت الرجوع والصحيح وقت البناء وانما قلنا في الدار والبيت والطاحونة والحمام ما ذكرنا اذا كان يمكنه قيمة الساحة فيبني في نصيبه وفي الخلاصة في الفصل الثاني في الحائط وعمارته قال وذكر الخصاف انه يرجع بما انفق وهذا اعدل في غاية الحسن اذا كان بقضاء ويجب ان لا يضمن لو على بناء السفل على قدر ما كان عليه ذلك القدر اما اذا كانت الساحة صغيرة لا يمكن بناء فيها بعد القسمة فانه اذا بنى لا يكون متطوعا وكذا اذا انهدم بعضه لانه لا يمكن الانتفاع بنصيبه الا ببنائه فلا يكون متطوعا وفي فتاوى النسفي دار لجارين سطح احدهما اعلى وليس ماء العليا على الاخرى فاراد صاحب السفلى ان يرفع سطحه او يبني

قال واذا كانت زائغة مستطيلة تشعب منها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لأهل الزائغة الأولى ان يفتحوا بابا في الزائغة القصوى لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور اذ هو لأهلها خصوصا حتى لا يكون لأهل الأول فيما يسع فيها

عليه له ذلك وليس للجار منعه ولكن يطالبه بتسييل بابه الى طرف الميزاب وان انهدم السفل او ضعف لمالكه ليس للآخر ان يكلفه العمارة لاجل سالة الماء لكن يبني هو ويمنع صاحبه من الانتفاع انتهى ففرق بين التعلي وبين حق التسييل حيث لو هدم في الاول يجبر على البناء ولو هدم الثاني لا يجبر وفي الحائطين اثنين لو كان لهما عليه خشب يبنى احدهما للثاني ان يمنع الآخر من وضع الخشب على الحائط حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنيا وفي الاقضية حائط مشترك اراد احدهما نقضه وابى الشريك ان كان بحال لا يخاف سقوطه لا يجبر وان كان بحيث يخاف عن الامام ابي بكر محمد بن الفضل يجبر وان هدمه واراد احدهما ان يبنيه وابى الآخر ان كان اسس الحائط عريضا يمكنه ان يبني حائطا في نصيبه بعد القسمة لا يجبر الشريك وان كان لا يمكن يجبر كذا عن الامام ابي بكر محمد بن الفضل وعليه الفتوى وتفسير الجبر انه وان لم يوافقه الشريك واتفق على العمارة ورجع على الشريك بنصف ما انفق وفي شهادات فتاوى الفضلي لو بنى واحد واتفق احدهما يجبر ولو انهدم لا يجبر ولكن يمنع الانتفاع ما لم يستوف نصف ما انفق فيه ان فعل ذلك بقضاء القاضي وان كان بلا قضاء قيل نصف قيمة البناء انتهى فلو حمل ما تقدم من كون الرجوع بقيمة البناء على ما اذا كان بلا قضاء وقول الخصاف مع قول ابي الفضل ما انفق على ما اذا كان بقضاء ارتفع الخلاف الظاهري فليكن هو المحمل وهذا لانه لما كان مضطرا في البناء كان له تضمين ما صرفه لذلك غير انه ليس مضطرا في ترك مراجعته له الولاية على الشريك وهو الغائب فيرجع الى القيمة ولو كان الحائط صحيحا فهدم احدهما باذن الشريك لا شك انه لا يجبر الهادم على البناء ان اراد الآخر كما لو هدماه وان هدمه بغير اذن الشريك وفي كتاب الحيطان رجل اراد ان يهدم داره ولاهل السكة ضرر لانه تخرب السكة المختار انه يمنع فلو هدم مع هذا فانه يضربه الجدار ان كان قادرا على البناء يجبر على البناء قبل والصحيح انه لا يجبر وفي كتاب الغصب من الخلاصة رجل هدم داره فانهدم ارجاره لا ضمنه **قوله** واذا كانت زائغة مستطيلة تشعب منها زائغة اخرى مستطيلة وهي غير نافذة يعني المنشعبة فليس لاحد من اهل الزائغة الاولى اذا كان له جدار في الزائغة المنشعبة ان يفتح في جداره ذلك بابا يخرج منه الى الزائغة المنشعبة وهذه صورتها



والذي يمكنه ان يفتح بابا في الزائغة القصوى هو صاحب الدار التي في ركن الزائغة الثانية وانما قلنا ليس له ذلك لان فتحه للمرور ولا حق باهل الزائغة الاولى في الزائغة القصوى بل هو لاهلها على الخصوص وكذا لو بيعت دار في القصوى لم يكن لاهل الاولى شفعة فيها بخلاف اهل القصوى فان لاحدهم ان يفتح بابا في الاولى لان له حق المرور فيها وبخلاف النافذة فان المرور فيها حق العامة ولا خلاف ان له ان يفتح قال بعض المشايخ لا يمنع من فتح الباب بل من المرور لان فتح الباب رفع جداره وله ان يرفعه كله فكذا له ان يرفع بعضه والاصح ان يمنع من الفتح لانه منصوص عليه في الرواية بنص محمد في الجامع ولان المنع بعد الفتح لا يمكن اذ لا يمكن مراقبته ليلا ونهارا في الخروج فيخرج ولانه عساه يدعي بعد تركيب الباب وطول الزمان حقا في المرور ويستدل عليه بتركيب الباب فيكون تركيب الباب يجحد لنفسه دعوى حق المرور ويكون القول قوله لظاهر الذي معه وهو فتح الباب فلو كانت منشعبة مستديرة فلهم ان يفتحوا لان الكل منهم حق المرور اذ هي ساحة مشتركة غاية الامر ان فيها اعوجاجا ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها وهذه صورتها



وفي

حق الشفعة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قبل المنع من المرور لا من فتح الباب لانه رفع جداره والاصح ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعي

الحيطان رقاف غير نافذة اراد انسان يبني من الجه ان يتخذ طينا ان ترك من الطريق قدر المر للناس ويرفعه مربعا ويفعل في الاعلى مرة لا يمنع منه وكذا لو اراد ان يبني اربا طا او دكانا وهو الذي نسميه في عرفنا مصطبة ولو استاذن رجلا في وضع جذوع على حائطه او حفر رواب تحت دار ففعل ثم باع الاذن دار للمشتري ان يأخذه برفعها الا اذا شرط بقاؤها عند البيع وكذا لو كان نصب اعمدة ملاصقة لجدار الرجل مقابلة لبابه ونصب عليها وعلى وجه دار سقيفة للمشتري ان يطالبه بازالتها الا اذا شرطها ولو ان لرجل حائطا وجه في دار رجل فاراد ان يطين حائطه ولا سبيل اليه الا بدخول دار الرجل او انهدم الحائط فوقع نقضه في داره فاراد ان يدخل لنقل الطين وغيره فمنعه صاحب الدار وله مجرى ماء في دار فاراد حفره واصلاحه ولا يمكن الا بدخول دار الرجل وهو يمنعه يقال له اما ان تتركه يدخل ويصلح ويفعل او تفعل بماله كذا روي عن محمد وبه اخذ الفقيه ابو الليث وفي وقف النوازل دار مشتركة بين قوم لبعضهم ان يربط الدابة فيها وان يضعوا الخشبة على وجه لا يضر بصاحبه وان يتوضأ بحيث لا يطلق عليهم الطريق لمرورهم ولو عطب بها احد لا يضمن ولو حفر الارض يؤمر ان يسويها وفي اول قسمة الاصل قبيل باب قسمة الدار رجل اصابه ساحة في القسمة فاراد ان يبنيها ويرفع بناؤها واراد الآخر منعه وقال تسد علي الريح والشمس له ان يرفع بناؤه وله ان يتخذ فيها حماما او تنورا وان كف عما يؤذي جاره فهو احسن ولا يجبر على ذلك ولو فتح صاحب البناء في علو بنائه بابا او كوة لم يكن لصاحب الساحة منعه ولصاحب الساحة ان يبني في ملكه ما يستره عنه ولو اتخذ بيرا في ملكه او كرباسا او بالوعة فتهافت حائط جاره فطلب جاره منه تحويله لم يجبر عليه فان سقط الحائط من ذلك لا يضمن هذا كله ظاهر المذهب وجواب الرواية وحكي عن ابي حنيفة ان رجلا شكى اليه من بير حفرها جاره في داره فقال آخر في دارك بقرب تلك البير بالوعة ففعل فتجمعت البير فكبسها صاحبها ولم يفت بمنع الحافر بل هداه الى هذه الحيلة وبذلك كان يفتي الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني وفي مضاربة النوازل لو اتخذ داره حظيرة للغنم والجيران يتأذون من نتن السرقين ولا يأمنون على الرعاء ليس لهم في الحكم منعه وبه قال الشافعي واحمد ولو حفر في داره بيرا فتهافت حائط جاره ليس له منعه قال في فصول العمادي نقلا من الذخيرة بعد ان نقل عن نصير بن يحيى ان للقاضي منع الجار من ذلك وذكر غيره تمسكهم بقول صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار والوجه لظاهر الرواية لان صاحب البناء كان ينتفع بهواء ملك صاحب الساحة قبل البناء فصاحب الساحة قبل اذا سد الهواء بالبناء فانما منعه عن الانتفاع بملكه ولم يتلف عليه ملكا ولا منفعة فصار كما لو كان لرجل شجرة يستظل بها جاره فاراد قلعها لا يمنع من ذلك

نصره

الحق في الفصول في تركيب الباب وان كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهما ان يفتحوا بابا لان لكل واحد منهما حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها

وان تضرر به الجار لمنعه من ذلك الانتفاع وتصير هذه المسألة رواية في مسألة الجناني الكتب رواية وصورتها بالفارسية في الذخيرة وغيرها وحاصلها بالعبارة دار ان لرجلين لكل منهما سقف واحد فاراد احدهما ان يرفع البناء ويجعله سقفين قال في الفتاوى الصغرى ان كانا في القديم بسقف واحد فللآخر ان يمنعه وان كانا ذا سقفين فليس له منعه قال وحد القديم ان لا يحفظ اثر انه وراء هذا الوقت كيف كان قال في الخلاصة فلو اقام احدهما البينة على انه قديم والآخر محدث فبينة القديم اولى قال ولا تقبل شهادة اهل السكة في هذا قال في الذخيرة ينبغي ان لا يكون له المنع على هذه المسألة لان صاحب البيت الآخر يجعل بيته ذا سقفين ويمنعه من الانتفاع بهوائه ملك نفسه انتهى وعلى تقدير الفرق فالفرق ان في هذه المسألة وهي مسألة البير يريد ان يمنعه من الصعود والضرر من الحوائج الاصلية وفي مسألة الاصل يمنعه عن الشمس والريح وذا من الحوائج الزائدة انتهى واما قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فلا شك انه عام مخصوص للعلم بعدم انتفاع كثير من الضرر كالتعازير والحدود ونحو مواظبة طبخ يتأذى به دخان فتنجس في خصوص اماكن فيتضرر به جيران لا يطبخون لفقرهم وحاجتهم خصوصا اذا كان فيهم مريض يتضرر به وكما ارتباك من التضرر بقطع الشجرة المملوكة للقاطع فلا بد ان يحمل على خصوص من الضرر وهو ما يؤدي الى هدم بيت الجار ونحوه من الضرر البين الفاحش وفي الذخيرة حكي عن بعض مشايخنا ان الدار اذا كانت محاذية لدور فاراد صاحب الدار ان يبني فيها تنورا للخبز الدائم او رحى للطحن او مدقة للقصارين يمنع منه لانه يتضرر به جيرانه ضررا فاحشا قيل اجمعوا على منع الدق الذي يهدم الحيطان ويوهنها ودوران الرحى من ذلك والحاصل ان القياس في جنس هذه المسائل ان يفعل صاحب الملك ما بدا له مطلقا لانه متصرف في خالص ملكه وان كان يلحق الضرر لغيره لكن يترك القياس في موضع يتعدى ضرره الى غيره ضررا فاحشا كما تقدم وهو المراد بالبين فيما ذكر الصدر الشهيد وهو ما يكون سببا للهدم وما يوهن البناء سبب له او يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو ما يمنع الحوائج الاصلية كسد الضوء بالكلية على ما ذكر في الفرق المتقدم واختاروا الفتوى عليه نا ما التوسع الى منع كل ضرر بنا فيفسد به باب الانتفاع بملك الانسان كما ذكر قريبا ومنه ما ذكر ابو الليث في فتاواه حجرة سطحها وسطح جار مستويان فاتخذ جار حتى يتخذ حائطا بينه وبين جاره ليس له ذلك فلو اراد ان يمنعه من الصعود حتى يتخذ سترة ان كان اذا صعد يقع بصره في دار جاره له المنع وان كان لا يقع لكن تقع اذا كانوا على السطح ليس له المنع قال في فصول العمادي وعلى قياس المسألة المتقدمة وهي ان لا يمنع صاحب الساحة ان يفتح صاحب العلو كوة ينبغي ان لا يقال في هذه للجار حق المنع من الصعود الا ترى ان محمدا لم يجعل لصاحب الساحة حق منع صاحب

قال ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده لانه صالحه منها فهو جائز وهي مسئلة الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى والمدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تفضي الى المنازعة على ما عرف **قال** ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها واقام المدعي البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها تقبل لظهور التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا ذكره في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب دعوى الشراء رجوع منه فعند منا قضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرير ملكه عندها

البناء عن فتح الكوة في علوه مع انه يضره ويقع في الساحة والمراد من قوله يأخذ جار بناء السترة الشارك في بنائها لان يستقل جوبذلك ويدل عليه بعض العبارات في كتاب الحيطان دار بين رجلين قسماها وقال احدهما بنى حاجزا بيننا ليس على الآخر اجابته وان كان احدهما يؤدي الآخر بالاطلاع عليه كان للقاضي ان يأمرهما بينائه بتجار جان نفقته بقدر حصة كل منهما بفعله القاضي للمصلحة ونظيرها في فتاوى ابي الليث رجل في داره شجرة فرصاد فاذا ارتقاها يطلع على عورات الجار يمنعه القاضي منه اذا رآه قال في الذخيرة وعلى قياس مسئلة فتح الكوة ليس للجار ولاية المرافعة ولا للقاضي المنع انتهى ولقد احسن الصدر الشهيد في واقعاته حيث قال المختار ان الحر تقي يجبرهم وقت الارتقاء مرة او مرتين حتى يستروا انفسهم لان هذا الجمع بين الحقين **قوله** ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسئلة الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى ونقل في النهاية عن بعضهم انه اراد بالدعوى مقدرا معينا كالثلث ونحوه لتصح الدعوى فانها لا تصح مع جهالة المدعى به ونقل عن والد ظهير الدين انه كان يقول الصلح عن الدعوى قال انما يصح اذا كانت صحيحة لان الصلح انما يصح لابتداء اليمين واليمين انما تتوجه اذا صحت الدعوى قال وهذا يشكل على قول ابي حنيفة رح فانه لو ادعى رجل على امرأة نكاحا فاسدا فصالحه على مال دفعته اليه صح مع ان اليمين لا يتصور في النكاح عنده فالحق ان الصلح يتحقق لدفع الشغب والخصام صحت الدعوى او لم تصح ولذا قال المص والمدعى وان كان مجهولا فالصلح عن مجهول على معلوم جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا يفضي الى المنازعة يعني وهو المانع **قوله** ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت يعني ذكر وقتا عينه كقوله منذ شهر وسلمها الى فملكها وهي الآن في يده وطالبه بردها الى فطالبه القاضي بالبيان فقال ليس لي بينة على الهبة بل على الشراء لانه بعد الهبة والتسليم ظفر بها فجحدها عني فاشتريتها منه واقام بينة فشهدوا وارخوا وقت اقبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل لظهور التناقض بين الدعوى والبينة لان الدعوى ان الشراء في تاريخ بعد تاريخ الهبة وهم يشهدون بانه قبل الهبة وبين نفس اجزاء الدعوى لانه بمقتضى البينة وقوله كانه قال وهب لي هذا الشيء وكان ملكي بالشراء قبل فلا يثبت الملك بالهبة بعد الشراء فكان مناقضا ولو شهدوا بعدها تقبل لوضوح التوفيق الذي وقفه ولو ادعى الهبة يعني وارخ فطولب بالبينة فقامت على الشراء قبله ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها توفيقا لم تقبل ايضا ذكره في بعض النسخ الاصل لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعند منا قضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقدير ملك الواهب عندها اي عند الهبة ولو لم يؤرخ الشراء تقبل البينة كما لو ذكر تاريخا بعد الهبة لامكان الحمل على ما ينتفي به التناقض وهذا على احدى الروايتين في تصحيح الدعوى اذا امكن التوفيق وان لم يوافق المدعي وشاهده ما ذكر في رجل ادعى دارا في يد رجل انها داره اشتراها

دار رجل

ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر الآخر ان اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها لان المشتري لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا تجاحدا فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ ومجرد العزم لا يكفي لانه لا يثبت الفسخ فيقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضاء البائع فيستبد بفسخه **قال** ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انه

من ابيه في صحته وهو ينكر واقام المدعي على ذلك بينة ولم يتترك او لم يقم بينة وحلف المدعى عليه ثم اقام بينة انها دار ورثها من ابيه قبل القاضي بينته ولا تكون دعواه الارث تناقضا ولو ادعى الارث من الاب اولا ثم ادعى الشراء منه بعد ذلك واقام عليه بينة لا يقضى له بالدار لامكان التوفيق في الاول بخلاف الثاني قال شيخ الاسلام اذا امكن التوفيق تصح الدعوى وان لم يدع المدعي التوفيق وفي دعوى المبسوط اشارة الى انه لا تقبل بينته الا ان يوفق المدعي فكان التوفيق من المدعي شرطا في رواية وليس شرطا في اخرى وفي المحيط قيل ما قالوا يوفق بغير دعوى المدعي قياس وما قالوا لا يوفق بدون دعواه استحسان فان قيل ينبغي ان لا تقبل هذه البينة لانه يدعي شراء ما ملكه بالهبة والتسليم اجيب بان سائر العقود تنفسخ بالتجاحد لا النكاح وهنا كذلك فان الفسخ يتحقق من جهة الواهب بجحده وحين اقدم الآخر على الشراء منه فقد رضي بذلك فانفسخت الهبة بتراضيهما فاذا اشترى هو ذلك فقد اشترى ما لا يملكه **قوله** ومن قال لآخر اشتريت

مني هذه الجارية فانكر الآخر ان اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها لوجهين احدهما ان المشتري لما جحد كان فسخ من جهته اذ الفسخ يثبت بالجحد كما اذا تجاحدا معا حيث ينفسخ قطعة فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ واورد عليه ان مجرد العزم لا يحصل به الفسخ الا يرى ان من له خيار الشرط اذا عدم لقلبه على فسخ العقد لا ينفسخ الجواب بان المراد العزم المؤكد بفعل اقترن به من امساكها او نقلها الى بيته فان امساكها لا يحل بلا فسخ فكان الفسخ ثابتا به دلالة لكن قال لآخر آجرتك هذه الدابة يوما بكذا لتركبها الى مكان كذا فاخذ المستأجر ليركبها كان ذلك قبولا دلالة لان الاخذ والاستعمال لا يحل بلا قبول وفي المحيط تفسير العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم وقيل ان يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكفي مجرد النية وهي في الفوائد الظهيرية عليه فرعا ذكره في الجامع اشترى عبدا ثم باعه من آخر فجحد المشتري الثاني البيع فخاصمه المشتري الاول الى القاضي ولا بينة له فعزم اي المشتري الاول على ترك الخصومة ثم اطلع على عيب كان عند البائع الاول واراد رده فاحتج البائع الاول بدعواه على الثاني فان كان عزم المشتري على ترك الخصومة ان كان بعد تحليف الثاني يرده او قبله فلا لانه غير مضطر في فسخ البيع الثاني وهذا بخلاف ما لو جحد الزوج النكاح وحلف وعزمت الزوجة على ترك الخصومة لم يكن لها ان تتزوج والنكاح لا يحتمل الفسخ بسبب من الاسباب الوجه الثاني التزام ان الفسخ يحصل بواحد وهو قوله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضى البائع فيستبد بفسخه لفوات شرط البيع وهو التراضي وسنذكر نظر صاحب الكافي في تدافع الوجهين قريبا **قوله** ومن اقر هنا مسائل الاقرار بالقبض ومسائل الاقرار بالدين اما مسائل القبض فاذا اقر انه قبض من فلان دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو ايضا القبض يعني اقر انه قبض من مديونه بدين قبضه اقتضاء او ثمن مبيع او بدل اجارة او قال غصبت منه او عني الف درهم ثم قال الا انها زيوف او

يصدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز بها فيما ذكرنا لا يجوز والزيف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما ردته التجار والستوقة ما يغلب عليها الخش

بنهرجة او قال بعد نعم هي زيوف او بنهرجة يصدق في الوصل والفصل وفي المبسوط اقر الطالب انه قبض عماله على فلان مائة درهم ثم قال وجدتها زيوفا فالقول قوله وصل ام فصل واطلاق المصنف يفيد انه يصدق وهذا بخلاف ما اذا اقر بالدين في المبسوط في باب الاقرار بالدين لو قال لفلان علي الف درهم من ثمن مبيع او قرض او اجارة الا انها زيوف او بنهرجة لم يصدق في دعوى الزيافة وصل ام فصل في قول ابي حنيفة رح وعندهما يصدق ان وصل لا ان فصل ولو قال لفلان علي الف درهم من غير ذكر سبب تجارة او غصب قال بعض المشايخ هو على الخلاف ايضا لان مطلق الاقرار بالدين ينصرف الى الالتزام او التجارة اذ هو اللائق بحال المسلم وقيل يصدق هنا اذا وصل بالاتفاق لان صفة الجودة تصير مستحقة بعقد التجارة فاذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقة وتأتي الحجج ان شاء الله تعالى من الجانبين وقال الشافعي واحمد اذا فصل لا تقبل في جميع الصور لانه كما ذكر العشرة فهم الجياد وقوله هي زيوف رجوع عن ما اقر به قلنا في مسئلتنا انما اقر بقبض الدراهم وقبض الدراهم لا يختص بالجياد لان اسم الدراهم لا يختص بالجياد بل يقع على الزيوف والبنهرجة فاذا قال هي زيوف او بنهرجة كان حاصله انه اعترف بقبض حقه من الدراهم منكرا انه قبض حقه اعني الجياد فيصدق مع يمينه اذا كان الآخر يكذبه ولم يكن رجوعا عن شيء لان الاعم يصدق على كل اخص فاذا نفى انه بعض ما صدق عليه بعينه وانه مما صدقاته الاخرى لا يكون مناقضا بخلاف ما لو قال هي ستوقة او رصاص لا يقبل لانها ليست من جنسها فكان رجوعا واما لو اعترف انه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى ماله عليه لا يصدق في دعواه الزيوف والبنهرجة لانه في هذا اقر بقبض الجياد صريحا في الاول ودلالة فيما بعده لان حقه والثمن وكذا بدل الاجارة هي الجياد وقال في النهاية جمع المصنف هذه المسائل الاربع في الجواب بانه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فانه اذا اقر بالجياد ثم ادعى انها زيوف لا يصدق لا موصولا ولا منفصلا وفيما بقي يصدق موصولا لا منفصلا والفرق ان قوله قبضت ما لي عليك وحقي اقرار بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فيصح موصولا كما قال على الف الا مائة اما اذا قال قبضت عشرة جيادا فقد اقر بالقدر بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الا انها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كما لو قال على مائة درهم ودينار الا دينارا فان الاستثناء باطل وان كان موصولا فان قيل يجب ان لا يصح استثناء الجودة وان دخلت تحت الاقرار بلفظ واحد لان الجودة تبع للدراهم وصفة لها فاستثناء التبع موصولا لا يصح كاستثناء البناء من الدار لا يصح وان كان موصولا قلنا انما لا يصح استثناء البناء لانه دخل تحت اسم الدار تبعا فلا يجوز اخراجه موصولا واما الجودة فدخلت تحت اللفظ مقصودا كالوزن لانه اقر بقبض ما عليه كالوزن وكما عليه تسليم الجودة فكانت الجودة داخلة تحت قوله مالي عليك وخفي عليه مقصودا لا تبعا فيجوز استثناؤه موصولا انتهى وقال صاحب الدراية بعد ان نقله فيه نوع تأمل وعندي ان المتأمل يشهد له لا يرده وكأنه والله اعلم اشكل عليه تبعية الجودة لما ذكر في السؤال من انها تبع وصفة للدراهم والصفة ابدا تابعة للموصوف وهذا سهو عن قوله دخلت تحت

قال ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال هي وديعة بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان اقراره هو الاول وقد رد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الجحد او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال لغيره اشتريت وانكر الآخر لانه من يستبد به كالعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد وللغير فيه حق فيعمل التصديق اما المقر له فينفرد بالرد

اللفظ مقصودا فحاصل رده على السائل ان يكون تبعا في الوجود فقد يكون مقصودا للمتكلم باللفظ وصحة الاستثناء باعتبار كونه مقصودا من اللفظ كقصد الباقي سواء كان تبعا في الوجود له او اصلا مثله وانما كانت الستوقة ليست من جنس الدراهم لان غشها غالب واسم الدراهم باعتبار الفضة والنسبة الى الغالب تتعين فاذا كان الغالب هو الغش فليست دراهم الا مجازا وكذا قيل هو معرب سه طاقه يعني ثلث طاقات الطاق الاعلى والاسفل فضة والاوسط نحاس وهو شبه المموهة وتعقب في النهاية اطلاق قوله في الستوقة لا يصدق بل ذاك اذا قال مفصولا اما في الموصول يجب ان يصدق فانه قال في اقرار المبسوط لو اقر انه قبض خمسمائة درهم ماله على المديون ثم قال بعد ما سكت هو رصاص لم يصدق لان اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة وان قال موصولا فالقول قوله لان الرصاص من الدراهم صورة وان لم تكن منها معنى فكان بيانا مغيرا الظاهر كلامه الى ما هو محتمل فيصح موصولا ففي الستوقة اولى لان الرصاص ابعد منها الى الدراهم وذكر الجوبي في جامعه مصرحا فقال فاما اذا انها قال وجدتها ستوقة او رصاصا قال شيخ الاسلام خواهر زاده ذكر محمد انه يصح اذا كان موصولا وقدمنا ان القول قول القاضي مع يمينه فلا يمين على الطالب انها كانت جيادا في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف احلفه اذا اتهمته

قوله ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء او قال هي لك او قال هي لفلان فقد رد اقراره فلو عاد الى تصديقه وادعى الالف لم يسمع منه الا ان عاد المقر الاقرار بها بعد رد المقر له فصدقه بعد الاقرار الثاني فانه يثبت استحسانا لا قياسا بخلاف ما لو اقر سيد للعبد بنسبه لانسان فكذبه المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عند ابي حنيفة لان الاقرار بالنسب لا يرتد بالرد حتى كان للرد ان يعود ويدعيه فلما لم يبطل بالرد بقي مقرا بنسبه للغير فلا يمكن ان يدعيه لنفسه ولو كان الاقرار بسبب المال مثل ان تقول اشتريت مني وانكر له ان يعود فيصدقه لان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ بانكاره ان كان فسخا من جهته لا يحصل به الانفساخ وكان العقد قائما بعد انكاره فله ان يصدقه بعد ذلك اما المقر له بالمال فينفرد بالرد فافترقا وناقضه في الكافي بانه ذكر هنا ان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ وفيما تقدم يعني من مسئلة التجاحد قال ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضى البائع فيستبد بالفسخ والتوفيق بين كلامه صعب انتهى وهو صحيح ويقتضي انه لو تعذر الاستيفاء مع الاقرار بان مات ولا بينة ان له الفسخ ويستمتع بالجارية فالوجه ما قدمه اولا وهذه فروع ذكرها في النهاية لو صدقه ثم رد اقراره لا يرتد ولو وهبت المرأة صداقها لزوجها وقبل ثم رد فرد باطل وكذا لو قبل المديون الابراء ثم رد وكذا لو قال لعبده وهبت لك رقبتك فرد لا يرتد لانه عتاق بذلك في رد المقر له اقرار المقر فاما لو رد المقر اقرار نفسه كان اقر بقبض المبيع او الثمن ثم قال لم اقبض واراد تحليف الآخر انه قبضه او قال بعد ان اقر بقبض المبيع لم اقبض او قال هذا لفلان ثم قال هو لي واراد تحليف فلان اذا اقر بدين ثم قال كنت كاذبا واراد تحليف الدائن انه قبضه لا يحلف في المسائل كلها عند ابي حنيفة ومحمد لانه متناقض فهو كما لو قال ليس لي على فلان شيء ثم ادعى عليه مالا

قال ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك على الابراء وقال زفر لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فيكون مناقضا كذا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى دفعا للشغب ولو قال ما كان لك على شيء قط ولا اعرفك لم يقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذ وعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة ومصالحة بدون المعرفة وذكر القدوري انه تقبل ايضا لان المحتجب او المخدرة قد تؤذى بالشغب على بابه فيأمر بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فلا يمكن التوفيق **قال** ومن ادعى على آخر انه باعه جارية فقال لم ابعها منك قط فاقام المدعي البينة على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة فاقام البائع البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع وعن ابي يوسف انه تقبل اعتبارا بما ذكرنا وجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير العقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا دفعا للشغب

دار استحلفه ولا يحلف وعند ابي يوسف والشافعي يحلف وهو رواية عن احمد لان العادة جرت على هذه الاشياء قبل تحققها تحرزا من امتناع القابض عن الاشهاد بعد ان يسلمه فيجب ان تراعى العادة وصار كما لو اقر بالبيع وقال كان تلجية وطلب يمين الآخر حلف عليه كذا هذا وقال الصدر الشهيد الرازي في التحليف الى القاضي يريد انه يجتهد في الخصوصة الوقائع فان غلب على ظنه انه لم يقبض حين اقر واشهد يحلف له خصمه ومن لم يغلب على ظنه فيه ذلك لا يحلفه وهذا انما هو بالتفرس في الاخصام والله الهادي **قوله** ومن ادعى على آخر مالا معلوم القدر وما يصح به الدعوى فقال المدعى عليه ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك لو اقاماها على الابراء وقال زفر لا تقبل ونقل عن ابي ليلى لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكر الوجوب حيث قال ما كان لك علي شيء قط فاذا اقام على انه قضاه ناقض ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى دفعا للشغب ان لم يكن عليه حق ويبرأ منه ولذا يقال القضي بباطل وايضا قد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا لو قال ليس لك علي شيء قط لان التوفيق اظهر لانه نفي في الحال وهو لا يستلزم النفي مطلقا لجواز القضاء والابراء بعد اللزوم فينتفي في الحال بعد وجوده وهذا الاطلاق يقتضي قبول البينة اذا احتاجت الى التوفيق من غير دعوى التوفيق وفي بعض المواضع شرط محمد دعوى التوفيق ولم يذكر في بعض المواضع فقيل يشترط الدعوى في الكل ويحمل ما سكت فيه على ما ذكر فيه حتى قال في الاقضية لا ينبغي للقاضي ان يوفق لانه نصبه لفصل الخصومات لا لانشائها ولان القاضي لا يدري ما يوفق به المدعي وفي الفوائد الظهيرية كان والدي يفتي بان التوفيق اذا كان ممكنا يجب على الحاكم التوفيق كيلا تبطل حجج الشرع والتوسط في هذا ان وجه التوفيق اذا كان ظاهرا متبادرا يجب ان تسمع البينة بلا توفيق المدعي كقوله ليس لك علي شيء ثم اقاما على انه قضاه ونحوه وان كان متكلفا لا يعتبره القاضي واقعا ما لم يذكره المدعي والله سبحانه اعلم وذلك مثل قوله وهبها لي ثم انكر فاشتريتها وكذا فيما ياتي في الجارية لم ابعها له ولكن اقام بينة كاذبة بالبيع فسألته ان يبرأ لي من العيوب فان مثل هذا في الحقيقة تلقين للحجة هذا فلو زاد على ذلك فقال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك او قال ولا رايتك او ولا جرى بيني وبينك مخالطة ولا خلطة ولا اخذ ولا اعطاء او ما اجتمعت معك في مكان وما اشبه ذلك ثم اقام بينة على القضاء او الابراء لم تقبل لتعذر التوفيق وذكر القدوري عن اصحابنا انها تقبل ايضا لان المحتجب او المخدرة قد تؤذى بالشغب على بابه فيأمر بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك وامكن التوفيق فعلى هذا قالوا يجب التفصيل وان كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته والا قبلت وفي الثاني لو قال لم ادفع اليه شيئا ثم ادعى الدفع لم يسمع لانه يستحيل ان يقول لم ادفع اليه شيئا وقد دفعته اما لو ادعى اقراره بالدفع اليه او القضاء ينبغي ان يسمع لان المناقض هو الذي يجمع بين كلامين وهنا لم يجمع ولهذا لو صدقه المدعي عيانا لا يكون مناقضا ذكره التمرتاشي وقيل تقبل البينة على الابراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لان الابراء يتحقق بلا معرفة **قوله** ومن ادعى على آخر انه باعه جارية فقال لم ابعها منك قط فاقام المدعي البينة على شرائها اياها منه فقبضها فوجد بها اصبعا زائدة ونحوه من عيب لا يحدث مثله في تلك المدة

كذا

هذا

قال ذكر حق كتب في اسفله ومن قام بهذا الذكر فهو ولي ما فيه ان شاء الله تعالى او كتب في الشراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله هذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في الاقرار لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيناف وكذا الاصل في الكلام الاستبداد وله ان الكل كشيء واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله تعالى ان شاء الله ولو رأى فرجة قالوا لا يلحق ويصير كفاصل السكوت

يعلم انه كان في يد البائع واراد ردها فاقام البائع بينة انه برئ عليه من كل عيب لم تقبل وعن ابي يوسف تقبل اعتبارا بما ذكرنا يعني التوفيق في البين وقوله وعن ابي يوسف يشير الى انها ليست ظاهر الرواية عنه ولذا لم يذكر محمد فيه خلافا بين اصحابنا في الجامع الصغير وانما حكاه الخصاف عن ابي يوسف ووجه التوفيق هنا ان يقول لم يكن بينا بيع ولكنه لما ادعى على البيع سالته ان يبرأني عن العيب فابرأني قال شارح ولان البيع غير البراءة من العيب فجحود احدهما لا يمنع دعوى الآخر ولا يخفى ما فيه وذكر في وجه التوفيق ايضا ان يكون البائع وكيلا عن المالك في البيع فكان قوله للمالك بايعتها لك قط صدقا فاقامت البينة على البراءة من العيوب ليس مناقضا والوجه الاول اعم لانه لو كانت هذه الدعوى على الوكيل نفسه لا يوفق بذلك ونظيره ما ذكر التمرتاشي اقام بينة على الشراء وذو اليد منكر ثم اقام المنكر بينة على ان المدعي قد رد البيع قبلت ولا يبطل انكاره البيع بينة لانه يقول اخذها مني بينة كاذبة ثم استقلته فاقالني ووجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا ولا يخفى ان كلا من وجهي التوفيق الاول والثالث يدفع هذا **قوله** ذكر حق يعني صكا في اقرار بدين قال في آخره ومن قام بهذا الذكر فهو ولي ما فيه يعني من اخرجه كان له ولاية المطالبة بما فيه من الحق ثم كتب ان شاء الله تعالى متصلا بهذه الكتابة او صك شراء كتب فيه وما ادرك فان المشتري من الدرك فعلى فلان خاصة ان شاء الله تعالى فعند ابي حنيفة يبطل الصك كله الدين في الاول والشراء في هذا والخلاص وعندهما كل من الدين والشراء باق صحيح وقوله ان شاء الله ينصرف الى ما يليه وهو ولاية من قام به وضمان الدرك خاصة وقولهما استحسان له ان الكل بواسطة العطف كشيء واحد اتصل به الاستثناء فينصرف الى الكل للاتفاق على ان قول القائل عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله تعالى يبطل الكل فلا يقع طلاق ولا عتاق ولا يلزم نذر ولهما ان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيناف وكذا الاصل في الكلام الابتداء فقال العلم بالمقصود من كتب الصك ولالة على قصر الصرف الى الاخير هذا هو العادة وعليها يحمل الحادث لا على انه قد يكتب للابطال لغرض قد يتفق وظاهر الوجه من الجانبين ان ان شاء الله اجري بالاتفاق مجرى الاستثناء غير ان ابا حنيفة خالف مقتضاه وهو انصراف الاستثناء الى ما يليه خاصة بسبب العطف وهما سلما ذلك لو لا عروض فهم الغرض من كتبه وهو بعيد اذ لو كان كذلك لم يتصور وجود حمل متعددة ببعضها استثناء فينصرف الى الاخير لان وجود الحمل المتعددة انما يكون بالعطف فاذا كان العطف يصير حكما واحدا لزم في كل استثناء متصل يحمل مسوق بعضها على بعض ان ينصرف الى الكل ويستحيل وجود المسئلة بل الوجه ان شاء الله شرط وحكم الشرط اذا تعقب لجمل مسوق بعضها على بعض ان ينصرف الى الكل ولذا لم يعتق ولم تطلق ولم يلزم النذر فيما ذكرنا مشى ابو حنيفة على حكمه وهما اخرجا صور كتب الصك من عمومه يعارض اقتضى تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب جملا متعاطفة وهو ما ذكرناه ولذا كان قولهما استحسانا راجحا على قوله هذا اذا كان ان شاء الله مكتوبا متصلا بالكتابة فلو فصل ببياض وهو الفرجة صار كفاصل السكوت فلا يعمل شيئا اتفاقا وقد اورد ان هذا الكلام يقتضي انه لو لم يكتب ان شاء الله تعالى لم يبطل شيء ويلزمه صحة الوكالة للمجهول الخصومة

فصل في القضاء بالمواريث **قال** واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وقال زفر رح القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر يصلح للدفع وهو يصلح للاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول قولهم ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون ويثبتون له ظاهر الحديث

في قوله ومن قام بهذا الذكر فهو ولي ما فيه وتوكيل المجهول لا يصح اجيب بان الغرض من كتابة اثبات رضى المدعى عليه بتوكيل من يوكله المدعي فلا يمتنع المديون عن سماعه خصومته الوكيل بالخصومة عند ابي حنيفة فان التوكيل بالخصومة لا يصح الا برضى الخصم عنده ودفع بانه لا يفيد على قوله لان بهذا يثبت الرضى بتوكيل وكيل مجهول والرضى بتوكيل مجهول باطل فلا يفيد على قوله ايضا وقيل بل فائدته التحرز عن قول ابن ابي ليلى فانه لا يصح التوكيل بالخصومة عنده بلا رضى الخصم الا اذا وجد الرضى بتوكيل وكيل مجهول فيجوز لكن ذكر في كتب المذاهب الاربعة ان عند ابن ابي ليلى يجوز التوكيل بالخصومة بغير رضى الخصم مطلقا

فصل في القضاء بالمواريث قوله واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته فانا استحق في ميراثه وقالت الورثة بل اسلمت قبل موته فلا ميراث لك فالقول قول الورثة وكان الاولى ان يقال بدله قوله القول قول الورثة لا تصدق الا ببينة لان العادة ان من كان القول له يكون مع يمينه ولا حلف عليهم الا ان ادعت انهم يعلمون كفرها بعد موته فلها ان تحلفهم على العلم وقال زفر القول لها لان الاسلام حادث فالظاهر اضافته الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان من الميراث ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر يصلح للدفع وما ذكره استصحاب عكس ذلك لان الاستصحاب يكون من الماضي للحال ومن الحال الى الماضي لكنه اعتبره للاستحقاق وليس حكم الاستصحاب كذلك والمراد بجريان ماء الطاحونة ما اذا اختلف مالكها مع المستأجر اذا طالبته فقال كان الماء منقطعا حكم جريانه في الحال فاذا كان منقطعا في الحال فعطف على الماضي لدفع استحقاق اجرة الماضي فكذا هذا فالتعبير بالاستصحاب احسن من التعبير بالظاهر فان ثبت الاستحقاق كثيرا ما يكون بظاهر الاخبار الآحاد وقد يثبت بما يوجب استحقاق ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول لهم ايضا ولا يحكم الحال هنا لانه لا استصحاب للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون والاستصحاب يكفي لهم في ذلك وهو استصحاب ما في الماضي من كفرها الى ما بعد موته فالمسألتان مبنيتان على اصل واحد وهو ان الاستصحاب اعتبر فيهما للدفع لا للاستحقاق فان قيل اعتبار الحال في ماء الطاحونة شاهدا للماضي عمل باثبات الاستحقاق بالاستصحاب فان به يستحق مالكها اجر الماضي اذا كان جاريا اجيب بان هناك اتفقا على وجود سبب الوجوب وهو العقد ولكن اختلفوا في التأكيد والظاهر يصلح حجة للتأكيد وفي مسألة الميراث نفس السبب مختلف فيه وهو الزوجية مع اتفاق الزوجين في الدين عند الموت واستشكل بما ذكر محمد في الاصل اذا مات وترك ابنين فقال احدهما مات ابي مسلما وقد كنت مسلما حال حياته وقال الآخر صدقت وانا ايضا اسلمت حال حياته وكذبه الابن المتفق على اسلامه وقال بل اسلمت بعد موته فالقول للابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكما على اسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البنوة اجيب بانه انما يصار الى ما ذكر من الطريق اذا اختلفا في تمام الماضي في ثبوت ما هو ثابت للحال واما اذا اختلفا في مقدار منه فلا يصار اليه الى تحكيم الحال وان كان السبب قائما حتى ان في مسألة الطاحونة اذا اتفقا شهرين على الانقطاع في بعض مدة الاجارة بان قال المستأجر كان الماء منقطعا شهرين وقال الآخر شهرا فالقول للمستأجر مع يمينه منقطعا كان الماء او جاريا في الحال لانهما اختلفا في جريان مقدر وهو غير ثابت للحال وفي مسألة الابنين ومسألة

قال ومن مات وله في يد رجل اربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هل لابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه لانه اقر ان ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما اذا اقر انه حق المورث وهو حق اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته لزوال ملكه للديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع اليه ولو قال المودع لآخر هذا ابنه ايضا وقال الاول ليس له ابن غيري قضى بالمال للاول لانه لما مع اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح اقراره للثاني كما لو كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح وحين اقر للثاني له مكذب فلم يصح

الكتاب الاختلاف واقع في مقدار مدة الاسلام لا في نفس الاسلام انه كان او لم يكن والثابت في الحال نفس الاسلام لا اسلام مقدر فهذا هو الماخذ في المسئلة وذكر الامام التمرتاشي مسئلة وهي ترد ايضا شبهة على الاصل اعني كون الاستحقاق لا يثبت بالظاهر وهو لو اوعت المرأة انها ابانها في المرض فصار فارا فانا ارث وقالت الورثة بل في الصحة فالقول قولها لانها انكرت المانع من الارث وهو الطلاق في الصحة يعني والاصل عدم المانع **قوله** ومن مات وله في يد رجل اربعة آلاف درهم مثلا وديعة فاقر المستودع لرجل انه ابن الميت لا وارث له غيره فان القاضي يقضي عليه بالدفع اليه لانه اقر ان ما في يده حق الوارث لا ملك له خلافة فهو كما اذا اقر انه حق المورث وهو حق اصالة بخلاف ما اذا اقر المودع لرجل انه وكيل المودع بالقبض اي بقبض الوديعة او انه اشتراه اي اشترى الوديعة التي في يده من المودع حيث لا يؤمر بالدفع لانه اقر بقيام حق المودع وملكه في الوديعة الآن اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته لزوال ملكه فانه اقر له بملكه لما في يده من غير ثبوت ملك مالك معين فيه للحال وفي فصل الشراء وان كان قد اقر بزوال ملك المودع لكن لا ينفذ في حق غيره اعني المالك لانه لا يملك ابطال ملكه باقراره فصار كالاقرار بالوكالة بقبض الوديعة ثم لو دفع الى الذي اعترف له بالوكالة بقبض الوديعة هل له ان يسترد قيل لا لانه يصير ساعيا في نقض ما تم به وقال ظهير الدين كان والدي يتردد في جواب هذه المسئلة ولو لم يدفع الوديعة لكنه اقر له بالوكالة حتى ملكت قيل يضمنها لانه منعها من وكيل المودع في زعمه فهو كما لو منعها من نفس المودع وقيل لا لانه لم يجب عليه الدفع بخلاف المديون اذا اقر لرجل انه وكيل الدائن بقبض ماله عليه فانه يؤمر بالدفع اليه لانه غير مقر على مال غيره واذا المديون تقضى بامثالها والمثل ملك المقر فانما اقر على نفسه حتى يرجع عليه الدائن اذا لم يعترف بالوكالة اذا قدم فيؤمر بالدفع ولو قال المودع لآخر هذا ابنه ايضا وانكر الابن الاول قضى بالمال للاول وحده لانه لما صح اقراره للاول على ذلك الوجه انقطع يده على المال فيكون اقرارا على الغير وهو الابن الاول لا يصح كما لو كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح وحين اقر للثاني له مكذب وهو الاول فلا يصح وهل يضمن للابن الثاني شيئا قال في غاية البيان انه لا يغرم المودع للابن الثاني شيئا باقراره له لان استحقاقه لم يثبت فلم يتحقق التلف وهذا لانه لا يلزم من مجرد ثبوت البنوة ثبوت الارث فلا يكون الاقرار بالبنوة اقرارا بالمال وفي الدراية والنهاية وغيرهما يضمن المودع نصف ما ادى للابن الثاني الذي اقر له اذا دفع الوديعة بغير قضاء القاضي وبه قال الشافعي في قول واحمد وفي قول لا يضمن لان اقراره للثاني صادفه ملك الغير فلا يلزم منه شيء وقال في النهاية فان قيل كان ينبغي ان يضمن المودع للابن الثاني الذي اقر له انه ابن الميت كما لو بدأ المودع بالاقرار لغير القاضي المغرول بالوديعة ثم اقر بتسليم القاضي اليه وقد ذكر في ادب القاضي من الكتاب انه يضمن للقاضي قيمته قلنا هنا ايضا يضمن اذا دفع الوديعة الى الابن الاول بغير قضاء القاضي نصف ما ادى الى الاول انتهى وهذا هو الصواب

قال واذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يأخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما ان القاضي ناظر للغيب والظاهر ان في التركة وارثا غائبا او غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع الآبق واللقطة الى صاحبه او اعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولابي حنيفة رح ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل كمن اثبت الشراء ممن في يده او اثبت الدين على العبد حتى يبيع في دينه لا يكفل ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم واما الآبق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف

واختلف في اللقطة اذا اقر الملتقط بها لرجل بل يؤمر بالدفع فيه مذكور في اللقطة وفي الجامع الصغير لو ادعى الوصاية وصدقه مودع الميت او الغاصب منه لا يؤمر بالدفع هذا كله في الابن فلو اقر المودع لرجل انه اخ الميت شقيقه وانه لا وارث له غيره وهو يدعيه او لمن ادعى وصيه بالف مثلا انه صادق فالقاضي يتأنى في ذلك لان استحقاق الاخ بشرط عدم الابن بخلاف الابن لانه وارث على كل حال غير انه احتمل مشاركة غيره وهو موهوم والبنت كالابن وفي الوصية هو مقر على الغير لانه اقر انه ليس بخلف من الميت واذا تأنى ان حضر وارث آخر دفع المال اليه لانه خلف عن الميت وكان القول قوله في الوصية وان لم يحضر وارث آخر اعطى كل مدع ما اقر به لكن بكفيل ثقة وان لم يجد كفيلا اعطاه المال وضمنه ان كان ثقة حتى لا يهلك امانة وان كان غير ثقة تلوم القاضي حتى يظهر انه لا وارث للميت او اكبر رأيه ذلك ثم يعطيه المال ويضمنه ولم يقدر مدة التلوم بل يرى القاضي وهذا اشبه بابي حنيفة رح وعندهما مقدر بحول هكذا حكى الخلاف في الخلاصة عن الاقضية وعن ابي يوسف مقدر بشهر هذا اذا قال ذو اليد لا وارث له غيره فان قال له وارث ولا ادري آمات ام لا لا يدفع الى احد منهم شيئا لا قبل التلوم ولا بعده حتى يقيم المدعي بينة تقول لا نعلم له وارثا غيره وكل من ورث في الحال دون الحال كالاخ والاب والام والبنت كالابن ولو ادعى انه اخ الغائب وانه مات فهو وارثه لا وارث له غيره او ادعى انه ابنه او ابوه او مولاه اعتقه او كانت امرأة وادعت انها عمة الميت او خالته او بنت اخيه وقال لا وارث له غيري او ادعى آخر انه زوج او زوجة للميت او ان الميت اوصى له بجميع ماله او ثلثه وصدقهما ذو اليد وقال لا ادري للميت وارث غيرهما او لا لم يكن لمدعي الوصية شيء بهذا الاقرار ويدفع القاضي الى الاب والام والاخ ومولى العتاقة او العمة او الخالة او بنت الاخ اذا انفردوا عند الاجتماع ولا يزاحم مدعي البنوة مدعي الاخوة لكن مدعي هذه الاشياء اذا زاحمه مدعي الزوجية او الوصية بالكل او الثلث مستدلا باقرار ذي اليد فمدعي الاخوة والبنوة اولى بعد ما يستحلف الابن ما هذه زوجة الميت او موصى له هذا اذا لم تكن بينة على الزوجية والوصية فان قام آخر بها وبل يؤخذ منه الكفيل تقدم ولو اقر ذو اليد ان الميت اقر ان هذا ابنه او ابوه او مولاه اعتقه او اوصى له بالكل او ثلثه او ان هذه زوجته فالمال للابن والمولى كما لو عاينا الاقرار بخلاف النكاح وولاء الموالاة والوصية لان ذا اليد اقر بسبب منتقض

قوله واذا قسم الميراث بين الغرماء او بين الورثة لا يؤخذ منهم كفيل عند ابي حنيفة رح وقال هذا شيء احتاط فيه بعض القضاة وهو ظلم كانه عنى به ابن ابي ليلى فانه كان يفعله بالكوفة وقال لا يأخذ الكفيل اي لا يدفع اليهم حتى يكفلوا والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره اما اذا

وقيل ان ثم بعد ذلك النفقة او دار العبد يكفل بالخراج لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يغير وقوله
وهو قول ابي حنيفة اي قيل عن ابي حنيفة السبيل وهذا يكشف عن هذه ترك الشهود حقه ويصيب لا كما ظنه البعض

اثبت ابا الاقرار فيوخذ الكفيل بالاتفاق اقال الشهود لا نعلم له وارثا غيره لا يكفل بالاتفاق ولا يتاني القاضي سواء
كان في تلك الوارث ممن يحجب او لا يحجب ولو قالوا لا وارث غيره فذلك استحسانا ثم ما ذكر من نفس الدفع اذا
لم يقل الشهود لا نعلم له وارثا آخر هو فيما اذا كان وارثا لا يحجب بغيره وتفصيل المسئلة في ادب القاضي
للصدر الشهيد قال واذا حضر الرجل وادعى دارا في يد رجل انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له
واقام على ذلك بينة ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم بل قالوا وتركها لورثته لا تقبل و
لا يدفع اليه شيئا حتى يقيم بينة على عدد الورثة ليصير نصيب هذا الوارث معلوما او القضاء بغير المعلوم
متعذر وهنا ثلثة فصول الاول هذا وهو ما اذا لم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم والثاني
ان يشهدوا انه ابنه ووارثه لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يقضي بجميع التركة بلا لزوم والثالث ان يشهدوا
انه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي
يتلوم زمانا على قدر ما يرى فان حضر وارث آخر قسم المال بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ويأخذ كفيلا عندنا
ولا يأخذ عند ابي حنيفة ثم انما يدفع الى الوارث الذي حضر جميع المال اذا كان ممن لا يحجب كالاب
والابن فان كان يحجب لغيره كالجد والاخ والعم لا يدفع اليه وان كان ممن يحجب حجب نقصان كالزوج والزوجة
يدفع اليه اقل النصيبين عند ابي يوسف وعند محمد رح من جاء وهو النصف للزوج والربع للزوجة وقول
ابي حنيفة مضطرب هذا اذا ثبت الدين والارث بالشهادة فاما اذا ثبتا بالاقرار فيوخذ الكفيل بالاتفاق
ومن صوره ما اذا اقر المودع لرجل انه ابن الميت ولم يزد عليه فالقاضي يتاني على حسب ما يرى ولا تقدير
فيه وهو اليق بقول ابي حنيفة وهو ان ينتظر زمانا يغلب على ظنه انه لو كان وارث آخر لظهر وقدره الطحاوي بعام
فاذا لم يظهر وارث آخر دفع المال اليه واخذ كفيلا لاحتمال ان يظهر قبل آخر قيل وهذا قولهما وعند ابي حنيفة لا يأخذ وقيل
عند الكل لان الثابت بالاقرار دون الثابت بالبينة لهما ان القاضي ناظر للغيب اي مامور بالنظر لهم و
الظاهر ان في التركة وارثا غائبا او غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع القاضي
الآبق واللقطة الى الذي اثبت عنده انه صاحبه اخذ كفيلا للمعنى الذي ذكرنا وهو ان القاضي مامور بالنظر لكل
من عجز عن النظر لنفسه وكذا اذا اعطى امرأة الغائب يعني اذا كانت تستنفق اي تطلب النفقة وزوجها غائب
وله في يد رجل وديعة هو مقر بالزوجية فالوديعة فالقاضي يعطيها مالها ويأخذ كفيلا ولابي حنيفة ان الحق ثابت
قطعا اي فيما اذا كان الوارث الآخر معدوما او ظاهرا فيما اذا كان موجودا والقاضي لم يكلف باظهار على وجه
يوجب حق الحاضر بل هو مكلف بالعمل بما ظهر عنده فلا يؤخر الى زمان التكفيل لحق موهوم ارايت لو لم
يجد كفيلا كان منع حقه هذا ظلما وصار كمن اثبت الشراء ممن في يده لا يوخذ كفيل من المشتري بعد ما اثبت

قال واذا كانت الدار في يد رجل واقام الآخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يديه ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان كان الذي في يديه جاحدا اخذ منه وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك في يده لهما ان الجاحد خائن فلا يؤمن المال في يده بخلاف المقر لانه امين ولهذا لو دفع للميت مقصودا واحتمال كونه مختارا للميت ثابت فلا ينتقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا الحكم وصي الام والاخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف ايضا وقول ابي حنيفة رح فيه اظهر لحاجته الى الحفظ

شراء بالحجة ولا يؤخذ الكفيل من رب الدين الذي اثبت دينه على العبد بالبينة حتى يبيع العبد لاجل دينه وان كان يتوهم حضور شتر آخر قبله وغريم آخر للعبد لان المكفول له مجهول فهو كما لو كفل واحد لمتفرقا بخلاف النفقة لان حق الزوجية ثابتة والزوج معلوم فاما الآبق واللقطة فقيل يؤخذ الكفيل روايتان عنه والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع اللقطة بعلامة او باقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع مع العلامة واقرار العبد بالاباق لا يقال ياخذ الكفيل لنفسه صيانة لقضائه عن النقض لانه ليس بخصم ولا يقال ياخذ للميت لان حقه في تسليم ماله الى وارثه وقد اثبت وراثته فلا معنى للاشتغال باخذ الكفيل فان قيل القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع ذكره في الاسرار وكذا ذكر الصدر الشهيد والتلوم انما هو لتوهم وارث او غريم آخر وبعد التلوم ما انقطعت الشبهة فينبغي ان ياخذ الكفيل لبقاء الشبهة ويدفع الى الحاضر لقيام الحجة لان الحجة راجحة على الشبهة فاظهرنا رجحانها في الدفع اليه فيجب ان يظهر قيام الشبهة في حق التكفيل عملا بالحجتين اجيب بان العمل بحجة بالحجة بعد قيامها لا بالبينة وليس التكفيل كالتلوم لان التلوم لطلب علم زائد له ليتم علة بقدر الممكن فان التلوم يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره فان هذا ليس بشهادة لانها على النفي بل هو خبر لو كذبه انتفاء ظن غيره اما الكفالة فطلب امر زائد من المستحق فلا يجوز الا بتوجه حق عليه ولا يتوجه بالموهوم قال المصنف وقوله ظلم اي قول ابي حنيفة يكشف عن مذهبه ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض انه قائل بان كل مجتهد مصيب كقول المعتزلة جرهم الى هذا القول بوجوب الاصلح فكان صيانة المجتهدين عن الخطأ وتقريرهم على الصواب واجبا وسبب نسبته هذا الى ابي حنيفة ما روي عنه انه قال ليوسف بن خالد السمتي كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد ولو حمل على ظاهره لكان متناقضا اذ قوله والحق عند الله واحد يفيد ان ليس كل مجتهد اصاب الحق والا لكان الحق متعددا فالمراد ان معنى قوله كل مجتهد مصيب اي يصيب حكم الله بالاجتهاد فانه تعالى اوجب الاجتهاد على المتاهل له فاذا اجتهد فقد اصاب بسبب قيامه بالواجب وقال محمد رحمه الله لو تلاعنا ثلاثا ففرق القاضي بينهما نفذ وقد اخطأ بالسنة

قوله واذا كانت الدار في يد رجل واقام الآخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يديه الى ان يحضر الغائب ولا يستوثق منه بكفيل وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الذي هو في يده جاحدا فاقيمت عليه البينة اخذ منه النصف فوضع على يد امين وان لم يكن جحد ترك في يده لهما ان الجاحد خائن ظهرت خيانته بالجحد فلا يترك في يده لقرب ان يتصرف فيه اما الاعتراف انها ملكه وان البينة كذبة او للجناية بخلاف ما لو اقر انها بمال الميت مودع عنده فانه لم تظهر منه خيانة وقد رضيه الميت فكان اولى بحفظها ولابي حنيفة رحمه الله ان القضاء

وانما لا يوخذ الكفيل لانه انشاء الخصومة والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم اليه النصف بذلك القضاء لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره ولهذا لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا اقامت البينة بدين الميت الا انه انما ثبت استحقاق الكل على احد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده

انما يقع ولا للميت مقصودا لانه بعد ثبوت انه مال يقضي ديونه ويقسم المال وكونه مختار الميت ثابت مع جحده فلا ينقص دينه كالمقر وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي بها للميت والظاهر عدم جحوده بعد ذلك لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي وموت القاضي وعزله قبل ان يصل الغائب وكذا احتراق المحضر والتلف نادر لا يوجب اختلاف الحكم لندرته فلو كانت الدعوى في منقول وانكر الباقي سجاله فقد قيل يوخذ منه النصف بالاتفاق لانه يحتاج الى الحفظ والنزع ابلغ في الحفظ من تركه في يده اذ ربما يتصرف فيه متناولا كما ذكرنا او خيانة بخلاف العقار لانها مختصة بنفسها ولهذا اي ولاجل ان المنقول يحتاج الى الحفظ دون العقار والبيع ابلغ في حفظه من تركه ملك الوصي بيع المنقول دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير يملك بيع المنقول على الكبير الغائب مع ان هؤلاء ليس لهم ولاية في المال وقيل المنقول على الخلاف ايضا عنده يترك في يد الذي جحد وعندهما يوخذ

منه وقول ابي حنيفة في هذا ظهر فيه قولهما الحاجة المنقول للحفظ والحفظ في الترك في يده اتم لانه يصير محفوظا صورة ومعنى لانه بانكاره لو هلك يجب عليه الضمان ولو اخذ منه وضع على يد امين لا يضمنه لو هلك لانه غير مصون عليه وانما لا يوخذ الكفيل على قول ابي حنيفة رح من التي هي في يده اذا بقيت في يده لانه ان شاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعها وهذا لانه ربما لا يجد كفيلا او لا يسمع بعطائه والاخ الحاضر يطالبه فتقرر الخصومة ثم اذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء الكائن في غيبته لان احد الورثة ينتصب خصما عن بقية الورثة فيما لهم وعليهم دينا كان او عينا فقد قامت على خصم حاضر بالنسبة الى كل الورثة وهذا نعم وقوله لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة على ما ذكرنا من ان واحدا من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء اي استيفاء نصيبه لانه عامل فيه لنفسه لا للميت فلا يصلح نائبا عن غيره فلهذا لا يستوفي الا نصيبه خصما كما اذا اقامت البينة بدين للميت فانه يقضي بالكل ولا يأخذ الا نصيب نفسه وقوله الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة لانه ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه ويكون قضاء على جميع الورثة اذا كانت التركة كلها في يده اي في يد الحاضر حتى لو كان البعض في يده ينفذ بقدره ولانه لا خصومة بدون اليد ذكره في الجامع الكبير قال في شهادات في المواريث ولو مات وترك دارا وثلثة بنين او ابنان غائبان والدار في يد الحاضر فادعى رجل الدار على الحاضر فقص عليه القصة وقال مات والدنا واحد اخواي فلان وفلان قبضا نصيبهما او دعاني وغابا وقال المدعي كانت داري في يد ابيكما فما علم ان الغائبين قبضا ثلثا هما شائعا او دعاها عندك وانا اقيم البينة انها داري تقبل وذو اليد خصم لان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيما يدعى عليه فان حضر الغائبان وصدقا في الارث وجحدا حق المدعي فالقضاء ماض وان كذباه وقالا لم نرثها من ابينا بل ثلثا هما لنا لا بالارث يقال للمدعي اعد بينتك عليهما في ثلثي الدار لان ذلك على غير خصم لان اقرار الحاضر يعمل في حقه لا في حق الغائبين قال الفقيه قال مشائخنا هذا اذا لم تكن الدار مقسومة فاما اذا اقتسموها او دفع ابنان نصيبهما الى الحاضر وغابا لا تقبل بينة المدعي في نصيبهما على الحاضر والحق هذا بسائر اموالها

ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة وان اوصى بثلث ماله فهو على ثلث كل شيء والقياس ان يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر رح لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد يعتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة من المال اما الوصية فاخت الميراث لانها خلافة كما فلا يختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة من ثمر ماله وهو مال الزكوة اما الوصية فتقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل وتدخل فيه الارض العشرية عند ابي يوسف لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشرية راجحة عنده وعند محمد رح لا تدخل لانه سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا يدخل ارض الخراج بالاجماع لانه يتمحض مؤنة ولو قال ما املكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه اعم من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو يختص بلفظ المال ولا يختص بلفظ الملك بقي على العموم والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين القاصر عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيئا تصدق بما امسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر بشيء لاختلاف احوال الناس فيه وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصوله الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله

ان الحاضر خصما فيهما بخلاف ما قبل القسمة لانه بقي على حكم ملك الميت على ما عرف ولو كان ثلثا الدار في يد رجل مقسوم او غير مقسوم اودعه عنده الغائبان وهو مقر بانها وديعة لهما ميراث من ابيهما لم يكن خصما للمدعي وكذلك الابن الحاضر لا يكون خصما في ذلك لان الوارث انما يكون خصما للمدعي على الميت في عين هي في يده لا في يد غيره قال لا ترى انه لو ادعى عينا من التركة واحضر وارثا ليس في يده ذلك العين لا يسمع دعواه وفي دعوى الدين ينتصب خصما عن الميت وان لم يكن في يده شيء من التركة **قوله** ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة فيلزمه التصدق بجميع ما يملكه من النقدين والسوائم واموال التجارة ويمسك قوته فاذا اصاب شيئا تصدق بقدر ما امسك واذا وجب التصدق بكله فلا فرق بين ان يبلغ ما عنده نصابا او لا لان المعتبر جنس ما فيه الزكوة دون قدره ولذا قالوا لو نذر ان يتصدق بما عليه دين يحيط بكل ماله لزمه ان يتصدق به فان قضى به دينه لزمه ان يتصدق بما يكتسبه بعد الدين بوفي ولو اوصى بثلث ماله فهو على كل ماله والقياس ان يلزمه التصدق بالكل مما مر في مسئلة الصدقة وقال زفر والبستي والنخعي والشافعي وقال مالك واحمد يتصدق بثلث ماله لقوله صلى الله عليه وسلم لابي لبابة حين قال ان من توبتي ان انخلع من مالي يجزيك الثلث لعموم اسم المال كالوصية وقال صلى الله عليه وسلم من نذر ان يطيع الله فليطعه وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشرع فيه الصدقة وما اوجب به التصدق ذكره بلفظ العموم وعلق الايجاب ببعضه قال تعالى خذ من اموالهم صدقة ولم يعم كل مال وهذا بناء على ان مقتضى اللفظ انما يصدق بالاخذ من كل مال وذكر في الاصول ان بالاخذ من جنس من الاموال يصدق انه اخذ من اموالهم حقيقة وانما ذلك قول الشافعي والاحسن ان حمله على العموم مخالف للشرع اذ منع منه في قوله تعالى ولا تبسطها كل البسط فوجب تقييده وبعضها ثم عينا ذلك البعض تعيين الله تعالى اياها بايجاب التصدق منها واما قوله صلى الله عليه وسلم من نذر ان يطيع الله فليطعه لا ينافيه لان اخراج ما ذكرنا من اجناس المال طاعة وانما يلزم لو تعبد بجميع ما تلفظ به وهو منتف بلزوم المعصية وحديث ابي لبابة ليس فيه تصريح بانه نذر ذلك فهو على انه نوى ذلك وقصده واما الوصية فجرينا فيها على نحو ذلك ايضا فقلنا لو اوصى بجميع ماله وله ورثة لا ينفذ لان في تنفيذه ارتكاب المعصية فيقتصر على الثلث المنسوخ له فيه مع وجود الورثة واما نفاذه في الكل اذا لم يكن له ورثة فلانها انما يوجب ذلك في حال استغنائه بالموت فانتفى المانع الشرعي وهذا لان النهي ما كان في حالة الحيوة الا لقيام حاجته الناجزة في الحيوة وعدم لبداية نفسه المامور به في قوله صلى الله عليه وسلم ابدأ بنفسك ثم بمن تعول فيؤدي الى ضيق نفسه وخرجها وهو قد يكون سببا للمعصية وهذا المعنى منتف بعد الموت وقول المصنف ولان الظاهر انه انما يلتزم الصدقة الى آخره ليصلح تقرير الابداء المنصص يعني ان العموم وان كان ثابتا لكن هنا معنى

وقال في عين في

المصرح

هنا

قال ومن أوصى إليه لم يعلم بالوصاية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وعن أبي يوسف رحمه الله لا يجوز في الفصل الأول أيضا لأن الوصاية إنابة بعد الموت فتعتبر بالإنابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر أن الوصاية خلافة لا إنابة فإنها إلى زمان بطلان الإنابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث أما الوكالة فإنابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لأنه لا يتوقف على العلم لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الأول يفوت بعجز الموصي ومن أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه لأنه إثبات حق لا إلزام

قال ولا يكون الرسول عن الوكالة حتى يشهد عنده اثنان أن رجلا عدلا وهذا عند أبي حنيفة وقالا هو وكيل سواء لأنه من المعاملات فيجري فيها كفاية قوله الرسول يكون شاهدا ومن وجه يشترط أحد طرفيه وهو العدد والعدالة بخلاف الأول بخلاف رسول الموكل لأن عبارته كعبارة المرسل الواحد إلى الإرسال

يستفهمه وهو أن الظاهر من إرسال لفظ عام بالخروج عن كل ماله مع قيام حاجته المستمرة لنفسه وعياله عدم كونه على وجه يدخل الضرر عليه وعليهم فكان ظاهرا في إرادة الخصوص ومما ذكرنا ومن لزوم المعصية بتقدير اعتبار عمومه وهو أيضا من ابداء الخصوص وهذا من الفساد ترك الحقيقة بدلالة وبل تدخل الأرض العشرية فيجب التصدق بها عند أبي يوسف نعم لأن جهة الصدقة غالبة في العشر وروي ذلك عن أبي حنيفة وعند محمد لا لأن جهة المؤنة غالبة عنده ولا تدخل الخراجية اتفاقا لتمحض الخراج مؤنة ولذا أوجبت في أرض الصبي والوقف ولو كان قال ما أملك صدقة فيمين يجب الكل حكاه أبو يوسف في الأمالي عن أبي حنيفة وعن نفسه وإليه ذهب محمد بن إبراهيم الميداني لأن في الفرع لأن المفيد في الشرع المذكور بلفظ المال قال المص الصحيح أنهما سواء لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة وهذا يؤديك بقصدهم إلى التخصيص بذلك المعنى تعليل تأمل وكان مقتضى ما ذكر في اللفظين أن يثبت مثله في قوله لله علي أن أهدي جميع مالي أو جميع ملكي لأن الظاهر وفي ذكر أنه يجب الكل بخلاف ما لو حلف به فقال إن فعلت كذا فلله علي أن أهدي جميع مالي يدخل فيه جميع ما يملك وقت اليمين ووقت النذر فيجب الهدي ذلك كله إلا قدر مؤنته فإن استفاد بعد الهدي بمثله أتى نعم لا إشكال في فصل اليمين بحيث يجب الكل بلا إشكال لأن عقد اليمين لمنع النفس عن المذكور بالتزام ما يكره على تقديره فلم يفتح باب إرادة العموم إلا أن هذا ما جعل المخصص المعنى الذي عينه المص وأما على جعله لزوم المعصية فيجب أن يخص أيضا فكان تعويلهم ليس عليه وقوله على ما مر يريد به وجه الاستحسان هذا ثم إذا لم يكن له مال إلا ما دخل تحت الإيجاب يعني مال الزكوة يلزمه ذلك يمسك منه قوته يتصدق بما سواه وإذا استفاد شيئا تصدق بقدر ما أمسك ولم يقدر محمد مقدارا في أصل المبسوط لاختلاف أحوال الناس من قلة العيال وكثرتهم والرخاء والغلاء فيختلف الاعتبار وقيل المحترف يمسك ليوم لأنه يكتسب يوما فيوما وصاحب الغلة وهو من له حوانيت أو دور يجبرها يمسك شهرا لأن يحتاج إلى نفقته بعد شهر وصاحب الضياع لسنة لأن غلتها كذلك وأما في عرف ديارنا فبعضهم كذلك وبعضهم يوجر ضياعه بدراهم على ثلاثة أقسام كل أربعة أشهر قسط فينبغي أن يمسك إلى تمام أربعة أشهر وعلى هذا فصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع إليه ماله قوله ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فالبيع جائز وهو وصي بخلاف الوكيل إذا باع ثم علم بالوكالة لا ينفذ لأنه لا يصير وكيلا حتى يعلم وعن أبي يوسف لا يجوز في الوصية أيضا لأن الوصية إنابة أي استنابة والمصروف من اللغة في الإنابة إنما هو معنى الرجوع والإقلاع منه أناب إلى الله واستدل في النهاية أنها بمعنى الاستنابة باستعمال الزمخشري لها كذلك في تفسير سورة الروم والزمخشري نفسه لفعل كذلك فينزل علم المتكلم بمنزلة روايته فربما يستشهد ببيت لأبي تمام و أبي الطيب ووجه الفرق على ظاهر الرواية بين الوصية والتوكيل أن الوصية خلافة في التصرف عن الميت كالوراثة لإضافتها إلى ما بعد الموت فيتصرف كتصرف الوارث ولذا لو باع شيئا ثم ظهر موت المورث ظهر نفاذه حين صدور الوصاية باستخلاف مضافة إلى ما بعد الموت فلا يتوقف على العلم كالوراثة أيضا وهو زمان بطلان الإنابة فلا يتوقف على العلم كالوراثة لقيام ولاية المنوب عنه ولهذا ينعزل الوكيل بالموت بخلاف الميت فيتوقف على العلم وهذا لأنه إذا أوقفناه على العلم لا يفوت النظر لقيام ولاية الموكل وقدرته وفي الأول بما يفوت لعجز الموصي بالموت وهنا

وعلى عدد الخلاف اذا اخبر الوكيل بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر الينا

اذا ثبتت الوكالة قصدا اما اذا ثبتت ضمن الامر بالفعل ففيه روايتان وذلك مثل ان يقول لعبده اذهب الى فلان فبيعه وامرأته اذهبي الى فلان ليطلقك او اذهب بعبدي الى فلان فيبيعه منك فذهب واخبره ففعل ذكر محمد في كتاب الوكالة انه جائز وذكر في الزيادات انه لا يجوز فكان فيه روايتان في احداهما لا يتوقف على العلم وفي اخرى لا بد من العلم وذكر في المأذون ما يوافق الاول وهو انه اذا قال للناس بايعوا عبدي فاني اذنت له في التجارة فبايعوه جاز مع انه لا علم للعبد بالاذن واذا توقفت الوكالة على العلم فلنذكر بماذا يحصل العلم المثبت للوكالة فقال كل من اعلمه بالوكالة جاز به تصرفه بشرط كونه مميزا رجلا كان او امرأة فاسقا كان او عدلا مسلما كان او ذميا وقال الشافعي واحمد لا تثبت الوكالة بخبر الواحد اصلا لانها تضمن عقدا كغيره من العقود ولانه تسليط على مال الغير قلنا انه اثبات حق هو حق ان يتصرف لا الزام امر فانه مختار في القبول وعدمه وكان كقبول الهدية ممن ذكر انها على يده وهو محل الاجماع والنص فقد كان صلى الله عليه وسلم يقبلها من العبد والتقي ويشتري من الكافر واما العزل عن الوكالة فعندهما هو والاخبار بها سواء وعند ابي حنيفة رحمه الله لا تثبت حتى يشهد عنده شاهد عدل او شاهدان اي بخبر ان لان لفظة الشهادة ليست بشرط عدلا او لم يعدلا وجه قولهما انه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وروى الحسن عنه انه لا بد من عدالة المخبر واحدا كان او اكثر وبه اخذ الفقيه ابو جعفر الهندواني فزعم انه مذهب ابي حنيفة وقال معنى اطلاق الكتاب ان لا يعلم حالها الا ان يعلمها بالفسق وقيل بل هو على اطلاقه لان تاثير العدد فوق تاثير العدالة الا ترى ان القضاء بواحد عدل لا ينفذ ويفاسقين ينفذ فبطريق اولى يثبت به وهو الصحيح وجه قولهما ان النهي عن الوكالة من المعاملات وبالواحد فيها كفاية ولابي حنيفة رح الا انه خبر ملزم اي من كل وجه فانه يمنع الوكيل بالتصرف من كل وجه وما يقبل ملزم من وجه دون وجه بناء على مجرد اصطلاح ان يراد بالملزم من كل وجه ما كان الزاما على خصم منكر بشرط لفظ الشهادة وحكم الحاكم ولما لم يكن هذا الالزام كذلك كان الزاما فيه قصور ووجوب الضمان لو تصرف بناء على الالزام من وجه ثم يكفي لاشتراط العدد او العدالة كونه ملزما من وجه بالمعنى الذي ذكرنا بخلاف الاعلام بالوكالة فانه اذا لم يكن فيه الزام اصلا لم يلزم احد شطري الشهادة وبخلاف رسول الموكل لان عبارته بعبارة المرسل للحاجة الى الارسال فلم يلزم فيه احد شطري الشهادة ايضا لانه صار كانه حضر وشافهه بذلك واحتجوا على ان المخبر بالعزل لو كان فاسقا او صدقه فيعزل قوله وعلى هذا بخلاف ما اذا اخبر المولى بجناية عبده الخ هذه ستة مسائل ذكر محمد منها اربعة في الاصل واثنان في النوادر والسادسة قاسها مشايخنا على هذه اما الثلاث فاحدها عزل الوكيل والثانية العبد المأذون اذا اخبره واحد بالحجر ان كان رسولا بالحجر فاسقا كان او عدلا او ان كان فضوليا يشترط احد شطري الشهادة فيحجر صدقه العبد او كذبه وان كان فاسقا ان صدقه الحجر والا فالمسئلة على الخلاف والثالثة العبد اذا جنى جناية ولم يعلم به المولى حتى اعتقه او باعه يلزمه الاقل من قيمته ومن الدية فان اخبره واحد بالجناية فكذلك ان كان فاسقا ان صدقه ثم باع او اعتق يصير مختارا للدية وان كذبه فهو على الخلاف عند ابي حنيفة لا يكون مختارا للدية وعندهما يصير مختارا لها واما اللتان في النوادر فاحداهما الحربي اذا اسلم

ان يكون

قال واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن لان امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الامام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان كيلا يمتنع الناس عن قبول هذه الامانة فيضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد محجورا عليه وهذا يباع بطلبهم وان امر القاضي الوصي ببيعه للغرماء فاستحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي عنه فصار كما اذا باعه بنفسه **قال** ويرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم بدينه قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا لانه لحقه في امر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له **فصل** آخر واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد رحمه الله انه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطاء والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال اكثر القضاة في زماننا الا في كتاب القاضي للحاجة اليه ووجه ظاهر الرواية انه اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة اولي الامر واجبة وفي تقصيره طاعة وقال الامام او منصور رحمه الله ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطاء والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان احسن التفسير وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين بسبب الحكم لتهمة الخطاء والخيانة

في دار الحرب فاخبرة انسان بما عليه من الفرائض ان كان المخبر عدلا او اخبره اثنان لزمته حتى لو ترك شيئا منها يلزمه قضاؤه اجماعا وان كان فاسقا فان صدقه فكذلك او كذبه فعلى الخلاف قال شمس الائمة السرخسي لا صح عندي انه يلزمه القضاء ههنا اتفاقا لان المخبر له رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه نظر ذكرناه في كتابنا المسمى بتحرير الاصول والثانية الشفيع اذا اخبر بالشراء فسكت فعلى ما قلنا ان اخبره فاسق فصدقه ثبت الشراء في حقه وان كذبه فهي على الخلاف فاذا اسكت لا تبطل شفعته عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تبطل والسادسة البكر اذا زوجت بلا استيذان فاخبرت فسكتت فهو على ما ذكرناه من الوجوه **قوله** واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء اي لاجلهم ليوفي ديونهم التي على الميت واخذ المال اي الثمن فضاع عنده ثم استحق العبد او مات قبل قبض المشتري لم يضمن القاضي ولا امينه للمشتري شيئا لان امين القاضي بمنزلة القاضي والقاضي كالامام وكل من هؤلاء لا يلحقه ضمان كيلا يمتنعا قد الناس عن قبول هذه الامانة واذا لم يرجع المشتري على البائع من هؤلاء يرجع بالثمن على الغرماء او الغريم لان البيع واقع لهم والتصرف لاجلهم فترجع العهدة عليهم وصار كما اذا كان العاقد محجورا عليه عبدا او صبيا يعقل البيع وكله رجل ببيع ماله جاز العقد بباشرتهما ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما لان التزام العهدة لا تصح منهما لقصور الاهلية في الصبي وحق السيد في العبد والاصل انه اذا تعذر تعلق الحقوق بالعاقد يتعلق باقرب الناس الى العقد واقرب الناس في مسئلتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم الا يرى ان القاضي لا يامر الوصي او امينه بالبيع حتى يطلب الغريم فكذا يرجع المشتري بالثمن عليه عند الاستحقاق لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي اياه عنه ولو كان البائع الوصي يرجع المشتري عليه بالثمن ثم الوصي يرجع به على الغريم وكذا لو باع الوصي العبد لنفقة الوارث فان المشتري يرجع على الوصي والوصي يرجع على الوارث بما قلنا ان البيع لاجله وهو الذي ينتفع به فلو كان الوارث صغيرا نصب القاضي عنه من يقضي دينه فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه بلا شك وهل يرجع بما ضمن للمشتري قال المصنف رح قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا يريد بالمائة ما ضمن للمشتري فرضها مائة لانه لحقه ذلك في امر الميت فينبغي ان يكون هذا بالاتفاق اعني جواز ان يقال واما الواقع من القول بالرجوع بما ضمن ففيه خلاف قيل نعم وقال شمس الائمة السرخسي لا يأخذ في الصحيح من الجواز لان الغريم انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له ان يرجع على غيره وفي الكافي الاصح الرجوع لانه قضى ذلك وهو مضطر فيه فقد اختلف في التصحيح كما سمعت **فصل** آخر لما كانت مسائل هذا الفصل ترجع الى اصل واحد وهو ان قول القاضي بانفراده هل تقبل مولى ومعزولا آخر

قوله واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل بمجرد اخباره هذا وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لا يأخذ بقوله حتى يعاين الحجة التي عنها حكم فيه بذلك قال الفقيه ابو الليث روي عن محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن انه قال لا يسعه ذلك ما لم تكن الشهادة بحضرته وزاد جماعة على هذا وقالوا

قال واذا عزل القاضي فقال لرجل اخذت منك القاء دفعتها الى فلان قد قضيت بها عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذلك لو قال قضيت بقطع يدك في حق هذا فاكان الذي قطعت يده والذي اخذ منه المال مقرين انه فعل ذلك وهو قاض ووجهه انهما لما اتفقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي ولو اقر القاطع او الآخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حال القضاء ودعوى القاضي حجة كما اذا كان معاينا ولو زعم المقطوع يده او الماخوذ ماله انه فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل فالقول للقاضي ايضا وهو ظاهر لانه اسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون والمجنون منه كان معهودا

او يشهد مع القاضي شاهد عدل على ذلك وهذا يفيد ان القاضي يشهد وليس معناه الا ان يشهد القاضي والعدل على شهادة الدين شهد والسبب الحد لا على حكم القاضي والا كان القاضي شاهدا على حكم نفسه وليس هنا من يشهد ان عنده الا المامور باقامة الحد وهذا بيد في العاق اعني ان يشهد القاضي عند الجلاد بانه شهد على فلان وفلان ويؤدي الآخر عنده ولهذا اقتصر محمد على معاينة حضور الشهادة من المامور وهذا لان الغلط والخطاء في الحكم محتمل لان القلع بغيها ليس الا للانبياء عليهم السلام وعلى هذا لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي للاعتماد وفيه على خبر القاضي الكاتب بمفرده او احسن المشايخ بهذه الرواية في هذا الزمان لفساد حال اكثر القضاة الا في كتاب القاضي الى القاضي لان ضرورة احياء الحقوق ولما كان عدم الاعتماد معللا بالفساد والغلط اقتضى الحال التفصيل في التوقف لا اطلاقه فقال الامام ابو منصور رحمه الله ان كان القاضي عادلا عالما يقبل قوله لانتفاء التهمة في الدين بالعدالة والخطاء في الحكم بالعلم وان كان عدلا جاهلا استفسر فان احسن في بيان سبب حكمه وشروطه وجب تصديقه للعدالة وترك المصنف قسمين آخرين وهو ما اذا كان فاسقا عالما او جاهلا فان الفسق مانع من الركون لاخباره بالاستفسار وحكمه لقصد المخالفة فلا يؤخذ بقوله ولا بتفسيره وجه الظاهر انه اخبر عن امر يملك انشاءه في الحال فيقبل لخلوه عن التهمة لان التهمة انما تحقق في اخبار بامر لا يمكن انشاؤه في الحال فيحتمل عدم المطابقة اما اذا كان ذلك مما يقدر على انشائه في الحال فيجعل كانه انشاه في الحال بمعاينة الحاضرين ولا يخفى ان الذي يملك انشاءه ليس الا الحكم وهو لا يفيد فان الاحتمال المانع قائم اذا عاين الحكم ان لم يعاين الشهادة والشروط ولهذا ما قال محمد الا بسعة ذلك ما لم تكن الشهادة بحضرته ولم يقل الحكم فلا يفيد هذا الوجه شيئا ولما زاد من زاد على ما ذكر محمد قولهم لو يشهد مع القاضي عدل على ذلك جاؤا ان يزيدوا وجها آخر وهو ان العادة ان ينصب في كل بلدة قاض واحد ولو لم يكن خبر القاضي بانفراده حجة في الالزام لتعدد في كل بلدة قاضيان ثم انت سمعت ما قدمناه في تلك الزيادة وعلمت ان الاحتمال المذكور لا يزول الا بالعلم بالسبب القضاء وهذا لا يتحقق عند المامور الا ان يحضر وقوع السبب او يشهد عنده عدلان انه شهد عنده القاضي الآمر فلان وفلان على الوجه الفلاني ويشهدوا توفر الشروط وهذا لا يتوقف على تكثير القضاء بل على وجود الشهود قضاة كانوا او لا فلا يلزم لذلك تكثيرهم قالا لازمته بين عدم قبول خبره بانفراده وتكثير القضاة ممنوعة **قوله** واذا عزل القاضي فقال لرجل الخ صورتها عزل القاضي فادعى عليه رجل انه اخذ منه الفا بغير حق او قطع يده بغير حق فقال قضيت بها عليك لفلان دفعتها اليه وقضيت بقطعك في حق فالقول قول القاضي ولم يحك في هذا جريان تلك الرواية عن محمد لان هذا في امر فات فلا بد ان يكون القول للقاضي والا امتنع الناس من قبول القضاء اذا كان يتوجه عليه بعد العزل خصومات في النفس والاموال لا تنحصر فلا بد من كون القول له في هذا بخلاف ما قبله لان القتل والقطع بعد لم يقع فكان اعمال ذلك الاحتمال مفيدا نعم لكون القول له على الاتفاق مقيدا بما اذا كان المدعي مقرا بانه فعل ذلك وهو قاض لانهما لما اتفقا على ذلك صار كان هذه الدعوى جرت وهو قاض والقول قوله في ذلك لما قلنا ولان الظاهر انه لا يقضي بالجور ثم لا يمين على المعزول لانه ثبت فعله في حال قضائه بالتصادق ولو ادعى عليه في حال قضائه بذلك لا يمين عليه فكذا بعده ولو اقر القاطع المامور والآخذ للمال بامر القاضي بما اقر به القاضي وهو ان القطع منه والاخذ كان بقضاء الآخذ وامره بالدفع لا يضمن ايضا كالقاضي لانه اقر انه فعله في حال قضائه وهو كما لو كان دفع القاضي المال الى الآخذ منا

وسواء قبل القطع او لا لحدوث هذا الفصل بما اقر به القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن
نفسه لا في اثبات سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولو كان المال في يد الاخذ قائما وقد اقر
بما اقر به القاضي وانتزعه منه المالك صدق القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى انه فعله في غير قضائه لوجود
الاقرار ان اليد كانت له فلا يعمل في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة

الماخوذ منه في حال قضائه ويصير القطع باقرار المقطوع انه قطعه في حال قضائه كالمعاين للحاكم الذي رفع اليه المقطوع واقعة فاما لو زعم المقطوع والماخوذ
انه فعله قبل التقليد او بعده القاضي يقول بل فعلته في حال قضائي فعليه خلاف والصحيح ان القول ايضا للقاضي لانه اي القاضي اضافه الى حالة
معهودة منافية للضمان فصار كما اذا اتفقا على الطلاق والعتاق وقالت المرأة والعبد كان ذلك في حال صحة عقلك قال بل وانا مجنون
وكان جنونه معهودا فان القول له وكما لو قال اقررت لك وانا ذاهب العقل من برسام وهو معلوم انه كان به واحترز بقوله هو الصحيح
عما قال شمس الائمة في شرحه للجامع الصغير ان القول للمدعي لان هذا الفعل حادث فيضاف الى اقرب الاوقات وبذا يخص ما اذا كانت
الدعوى بعد العزل خاصة وكذا فرضه شمس الائمة فانه قال فاما اذا زعم اي المدعي انه فعل ذلك بعد العزل فالقول قوله لان هذا الفعل حادث فالحق
قال ومن ادعى فيه تاريخا سابقا لا يصدق الا ببينة فالتصحيح ما اذا كانت دعواه انه فعله بعد العزل لكنه ذكره في تعليل ما يعم كون القول للقاضي فانه
قال لان الاصل ان المنازعة متى وقعت في الحالة الماضية يحكم الحال كمسئلة الطاحونة وفي الحال فعله موجب للضمان عليه وبهذا الاسناد يهدم
سقوطه بخلاف الاول حيث تصادقا انه فعله وما مضى الى آخره لكن المذكور في عامة نسخ شروح الجامع الصغير ان القول للقاضي وهو اختيار فخر الاسلام
والصدر الشهيد لانه الاسناد الى الحالة المعهودة المنافية للضمان منكر للضمان فالقول قوله كما لو قال الوكيل بالبيع بعد العزل بعت وسلمت قبل العزل و
قال الموكل بعده فالقول للوكيل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما بعينه لم يصدق لانه اخبر عن امر لا يملك انشاءه فيصير مدعيا و
كذا لو قال العبد بعد العتق لرجل قطعت يدك خطأ وانا عبد وقال المقر له بل وانت حر فالقول للعبد ولا ضمان وكذا اذا قال اخذت مني
كل شهر كذا من المال بعد العتق فقال السيد قبله فالقول للسيد ان كانت النملة هالكة وان كانت قائمة فالقول للعبد ويأخذه من الموكل
لانه اقر بالاخذ ثم بالاضافة يريد التمليك عليه فكان مدعيا وكذا الوصي لو ادعى بعد بلوغ اليتيم انه انفق عليه كذا وهو في يده وادعى اليتيم
انه استهلكه فالقول قول الوصي ذكره المجبوبي وتشكل بما ذكره في باب جناية المملوك فيمن اعتق جارية ثم قال ما قطعت يدك وانت مني فقالت بل في انا حرة فالقول لها وكذا لو اخذ
عند ابي حنيفة وابي يوسف مع انه منكر باسناده الى الحالة المعهودة المنافية لو قلت اقررتما بسبب الضمان فهو القطع ثم ادعى ما يبرؤه فلا يسمع فهنا ايضا اقر بسبب الضمان ثم اقر
للمقر له بشيء ثم ادعى ما يبرؤه بباب العتق وكذا القضاء اي اقر بعد العزل بالاخذ ثم ادعى ما يبرؤه بالاسناد وكذا الوصي اجيب بالفرق ان المولى اقر باخذ المال لغيره وادعى جهة التمليك لنفسه فيصدق
في الاقرار لا جهة التملك كما لو قال اخذت منك الغاصب مني عليك او الجهة التي بينتها وانكر الآخر كان القول للآخر وكذا لو قال لا كلمة لها كما بانك وقال الغير اذني فالقول
الضمان بخلاف القاضي والوكيل والوصي لانهم ادعوا جهة التمليك لانفسهم وكذا في دعوى الطلاق والعتاق او دعوا التمليك لانفسهم لما هو ملك الغير وكان القول قولهم في اضافتهم الى الحالة المعهودة
المنافية قوله لو اقر القاطع والاخذ بهذا الفصل وهو فصل عدم الماخوذ منه والمقطوع ان القاضي فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل فاقر الخصم والفاضل في فعلت ذلك بامر القاضي وهو
على قضائه والماخوذ منه والمقطوع يدعي بل قبله او بعده يضمنان ولا يضمن القاضي لانهما اقرا بسبب الضمان وهو مباشرتهما الاخذ والقطع وقبول
قول القاضي في ذلك لدفع الضمان عن نفسه بسبب يخصه وهو كيلا يمتنع الناس عن قبوله فيضيع الحقوق وهي مفسدة عظيمة فلا يوجب
بطلانه عن غيره لعدم الاشتراك في ذلك السبب وقوله ولو كان المال في يد الاخذ قائما وبذا قيد فيما يلزم جواب المسئلة المذكورة
في الصورتين بحسب الظاهر فانه لازم كون القول للقاضي وللقاطع والاخذ في صورة التصادق على ان الفعل كان في حالة القضاء انه
لا يرجع بالمال الماخوذ للماخوذ منه مطلقا لانه قد حكم بنفاذ قوله فافاد ان ذلك اعني عدم الرجوع فيما اذا كان الماخوذ هالكا اما اذا كان

كتاب الشهادة

قال الشهادة فرض يلزم من يشهد ولا يسعهم كتمانها اذا طلبها المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه انما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق

فانما يؤخذ من القابض سواء صدق المدعي في اخذه في حال قضائه او كذبه وقال بل قبل التقليد او بعد العزل عليه محمد في الزيادات فقال لان الشيء قائم بعينه فلا يصدق انه اخذه على وجه الحكم قالوا معناه ان القاضي لما اقر بالاخذ يصير شاهدا بالغيرة بالكلام الثاني واقراره بالاخذ صحيح وشهادة الملك لغيره باطلة ولان القابض اقر بسبب الضمان حيث اقر ان اليد كانت للمأخوذ منه فلا تسمع دعواه بالتملك عليه الا ببينة وقول المعزول ليس ببينة عليه لانه ليس شاهدا بالدين بل بفعل نفسه المنافي للضمان والله اعلم

كتاب الشهادة

يتبادر ان تقديمها على القضاء اولى لان القضاء موقوف عليها اذا كان عجوت الحق بها الا انه لما كان القضاء هو المقصود من الشهادة قدمه تقديم المقصود على الوسيلة والشهادة لغة اخبار شائع وفي عرف اهل الشرع اخبار صدق لاثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء فخرج شهادة الزور فليست شهادة وقول القائل في مجلس القاضي اشهد بدينه كذا لبعض المعرفيات وسبب وجوبها طلب ذي الحق او خوف فوت حقه فان من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق او خاف فوت الحق يجب عليه ان يشهد بلا طلب وشرطها البلوغ والعقل والولاية فخرج الصبي والعبد والسمع والبصر للحاجة الى التمييز بين المدعي والمدعى عليه ولم يذكر الاسلام لان الدين اصل الشهادة في الجملة وركنها اللفظ الخاص الذي هو متعلق بالاخبار وحكمها وجوب الحكم على القاضي والقياس يأبى جوازها لكنه ترك بقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ونظائره في الكتاب والسنة كثير وسببية الطلب تثبت لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وسببية خوف الفوت بالمعنى وهو ان سببية الطلب انما تثبت تكميلا لثبوت الحق قوله والشهادة فرض يعني اداؤها بعد التحمل فانها تقال للتحمل كما يقال للاداء في العرف من غير ملاحظة المتكلم مسوغا للاطلاق في قصد التحمل فيكون معتبرا مشتركا لفظيا عند عرف اهل المتكلم وان تراضى الاداء الا في الحدود مجمع عليه قوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا يحتمل ان يراد النهي عن الاباء عن التحمل اذا دعي اليه ويكون اسم الشهداء مجازا فيمن يتصف بالشهادة فيكون النهي كمراجعة الاباء عن التحمل كراهة تنزيه وجريها خلاف الاولى لان التحمل لما فيه من اعانة المسلم على حفظ حقه اولى ويحتمل ان يراد نهي مسمى الشهداء عن الاباء وحقيقة الشهداء من اتصف بالشهادة فيكون نهي من اتصف بالشهادة حقيقة عن الاباء اذا دعي ولا اتصاف قبل الدعاء الا بالتحمل فيلزم كون النهي عن اباء الاداء وهو الراجح لما فيه من المحافظة على حقيقة اللفظ في الاداء المفروض لا يكون الا عند الحاكم فقد فرض سبحانه وتعالى التحمل ان يندب اذا دعي الى الحاكم للاداء وقال تعالى ولا تكتموا الشهادة وهو تحريم الكتمان عن القاضي فيكون الاظهار للقاضي وهو الاداء فرضا عليهم لانه الضد الذي لا يتحقق الانتهاء عن المحرم الا به هو الكتمان الا به ثم الله سبحانه وتعالى حرم المعاونة بقوله ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهو تأكيد فيه تأكيد لان قوله فانه آثم تأكيد واضافة الآثم الى القلب الذي هو اشرف اعضاء البدن ورئيسها تأكيد في تأكيد ولانه هو محل الكتمان فهو محل معصيته ثم ههنا بخلاف سائر المعاصي التي تتعلق بالاعضاء الظاهرة فانها وان كانت مسبوقة بمعصية القلب وهو الهم المتصل بالفعل فليس هو محلا لتمامها قالوا يلزم اذا كان مجلس القاضي عريضا فان كان بعيدا فمن نصف ان كان بحال يمكنه الرجوع الى اهله في يومه يجب لانه لا ضرر عليه فلو كان شيخا لا يقدر على المشي فاركبه الطالب لا بأس به وعن ابي سليمان فيمن اخرج الشهود الى مصيبة فاستأجر لهم حميرا فركبوها لا تقبل شهادتهم وفي نظر الانها العادة وهي اكرام الشهود وهو مأمور به وفصل في النوازل بين

والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والاداء لانه بين حسنتين اقامة الحد والتوقي عن المعصية والستر افضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه السلام واصحابه رضي الله عنهم دلالة ظاهرة على افضلية الستر

يكون الشاهد شيخا لا يقدر على المشي ولا يجد ما يستأجر به دابة فتقبل وما ليس كذلك فلا تقبل ولو وضع المشهود طعاما فاكلوا ان كان مهيأ من قبل ذلك تقبل وان صنعه لاجلهم لا تقبل وعن محمد لا تقبل في جاه عن ابي يوسف تقبل فيهما والاودية والعادة الجارية بالطعام من اهل المحل لا تسامحين بنزل عليه شاهدا او لا ويؤيده ما تقدم من ان الاداء اذا كان بلا شرط ليقضي حاجته عند الامير يجوز كذا قيل وفيه نظر فان الاداء فرض على الخلاف الذهاب الى الامير وعنه الفقيه ابي بكر فيمن لا يعرفه القاضي ان عسل ان القاضي لا يقبله يرجوان يسعه ان لا يشهد وفي العيون ان كان في الصك جماعة تقبل شهادتهم وسعه ان يمتنع وان لم يكن او كان لكن قبولها مع شهادته اسرع وجب وقال شيخ الاسلام اذا دعي فاخر بلا عذر ظاهر ثم ادى لا تقبل لتمكن التهمة فيه اذ يمكن ان تاخيره بعذر ويمكن انه لاستجلاب الاجرة انتهى والوجه ان يقبل ويحمل على العذر من النسيان ثم تذكر او غيره قوله والشهادة في الحدود اي الاداء في الحدود يخير فيها بين الاداء والترك لان النهي في القرآن ان كان عاما لكن ثبت تخصيصه بالشهادة على الحدود وما فيه من الستر فيؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك كذا ذكره المصنف المعروف في الحديث ان هذا قاله صلى الله عليه وسلم لهزال ذكره مالك في الموطأ عن يحيى بن سعيد بلغه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل من اسلم يقال له هزال لو سترته بردائك لكان خيرا لك الحديث وفيه مرجع الضمير في قوله سترته ما عز رواه ابو داود عن يزيد بن نعيم عن ابيه ان ماعز بن مالك اتى النبي صلى الله عليه وسلم فاقر عنده اربع مرات فامر برجمه وقال لهزال لو سترته بثوبك كان خيرا لك وان هزالا كان هو الذي اشار على ماعز ان ياتي النبي صلى الله عليه وسلم ويقر عنده ولم يكن شاهدا لان ماعزا رضي انما حده بالاقرار اخرج ابو داود عن ابن المنكدر ان هزالا امر ماعزا ان ياتي النبي صلى الله عليه وسلم فيخبره ورواه الحاكم وزاد وقال شعبة قال يحيى فذكرت هذا الحديث لمجالد فحدث يزيد بن نعيم بن هزال فقال يزيد هذا والله هو الحق هذا حديث جيد قال صحيح الاسناد ورواه ابن سعد في الطبقات وفيه قال في هزال يعني ما صنعته لو سترته بطرف ردائك لكان خيرا لك قال يا رسول الله لم اره ان في الاربعة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم في رواية ابي هريرة من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة رواه البخاري ومسلم وتلقين الدرء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اي تلقين ما يحصل به الدرء ولا شك ظاهرة على قصده على الستر والستر يحصل بالكتمان فكان كتمان الشهادة بالحدود مخصوصا من عموم تحريمه فمن ذلك اسند الطحاوي الى ابي هريرة قال اتي بسارق الى النبي صلى الله عليه وسلم فقيل يا رسول الله ان هذا سرق فقال ما اخاله سرق وروى ابو داود انه صلى الله عليه وسلم اتي بلص قد اعترف اعترافا ولم يوجد معه متاع فقال صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت قال فاعاد مرتين او ثلاثا فامر به فقطع الحديث وروي عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لماعز لعلك قبلت او غمزت او نظرت قال لا الحديث قدمناه في الحدود فان قلت كيف صح لك القول بتخصيص عام الكتاب بهذه وهي اخبار آحاد وايضا شرط التخصيص عندكم المقارنة ومن اين ثبت لك ذلك قلت هذه الاخبار الواردة في طلب الستر بلغت مبلغا لا يحط بها عن درجة الشهرة لتعدد متونها مع قبول الامة لها فصح التخصيص بها او هي مستندة الاجماع على تجويز الشاهد في الحدود فثبوت الاجماع دليل ثبوت الخصوص واما المقارنة فانما هي شرط التخصيص في نفس الامر وهذا التخصيص الذي ادعيناه هنا ليس بذلك بل هو جمع للمعارضة على ما كتبنا في التعارض في كتاب تحرير الاصول من ان الجمع بين العام والخاص اذا تعارضا بان يحمل على تخصيصه به فاذا وجب الجمع حمله على ذلك تضمن الحكم منا بانه كان مقارنا او انها ليست تخصيصات اول كما انا اذا رجحنا في التعارض المحرم على المبيح وثبت صحتها تضمن حكمنا بان المبيح كان مقدما على التحريم فنسخ حكما لوجوب ترجيح المحرم وان لم يعلم تقدمه بعلم تاريخه وكثيرا ما يعترض بعض متاخري

لا يجب له ان يشهد بالمال والسرقة فيقول اخذ اخذا على المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر الذي لو ظهر لسقط الحد والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء حقه قال والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقوله تعالى لولا جاءوا عليه باربعة شهداء ولا يقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولانه فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما ينبني على الشبهات وفيها الشهادة بعقد الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا يقبل فيها شهادة النساء لما ذكرنا قال وما سوى ذلك من العقوق تقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط ظهور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واقل وقوعا فلا يلتحق بها في خطره واكثر وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما ينبني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يتمكن من الاداء وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط يزاد النسيان الجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما ينبني على الشبهات وهذه العقوق ثبتت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن

البشارة حين على كثير من المواضع المحكوم فيها بالتخصيص من اصحابنا بان القارئة غير معلومة فلا يثبت التخصيص ومرادهم في تلك الاماكن وذكرنا بذا كله اذا نظرنا الى مجرد الطلاق قوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا فاما اذا قيدناه بما اذا دعوا للشهادة في الدين المذكور الاول اي قوله تعالى اذا ما تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه ثم قال ولا يأب الشهداء يعني ذلك الدين فظاهر **قوله** لانه يجب ان يشهد بالمال استدراك من قوله فيجب ان لا يشهد بالسرقة فقد يتبادر انه يشهد فيهما مطلقا لاستلزامه الحد فقال يجب ان يشهد بالمال احياء لحق مالكه على وجه لا يوجب الحد فيقول اخذ المال ولا يقول سرق فان الاخذ اعم من كونه غصبا او على ادعاء انه ملكه ودعاء الناس المأخوذ منه وغير ذلك فلا يستلزم الشهادة بالاخذ مطلقا ثبوت الحق بها مع ان فيه مصلحة للمسروق منه لانه اذا قال سرق فثبتت السرقة وجب القطع وبه ينتفي ضمان المال ان كان اتلفه **قوله** والشهادة على مراتب اربعة منها الشهادة في بقية الزنا والشهادة في بقية الحدود والقصاص والشهادة فيهما سواء ومن المعاملات والشهادة فيما لا يطلع عليه الرجال من النساء اما على الزنا فيعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وروى ابن ابي شيبة حدثنا حفص عن حجاج عن الزهري قال مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين بعده ان لا تجوز شهادة النساء في الحدود والزنا انتهى وتخصيص الخليفتين يعني ابا بكر وعمر رضي الله عنهما لانهما اللذان كان معظم تقرير الشرع وطرق الاحكام في زمانهما والا فالاجماع ما كان من غيرهما الا الاتباع ولان النص اوجب اربعة رجال لقوله تعالى اربعة منكم فقبول امرأتين مع ثلاثة يخالف ما نص عليه من العدد والمعدود وغاية الامر المعارضة بين عموم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فبين هذه وتقدم هذه لانهما مانعة وتلك مبيحة وايضا فهو تقييد زيادة قيد زيادة القيد من طرق الدرء فانه كلما اكثرت قيود الشيء قبل وجوده بالنسبة الى ما ليس فيه زيادة تقييد ولان فيها شبهة البدلية ولذا قال لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة وذلك لان قوله تعالى فان لم يكونا رجلين الآية ظاهره ان لا تقبل شهادتهن الا عند عدم رجال يشهدون وقد روي عن بعض العلماء ذلك فاعتبر حقيقة البدلية لكن لما لم يكن ذلك معمولا به عند اهل الاجماع نزلت الى شبهة البدلية والشبهة كالحقيقة فيما يندرئ بالشبهات وسائر ما سوى حد الزنا من الحدود تقبل فيه شهادة رجلين ولا تقبل النساء لما ذكرنا وكذا القصاص وما سوى ذلك من المعاملات وكل ما سوى ذلك يقبل فيه رجلان او رجل وامرأتان سواء كان الحق مالا او لا كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك كالعتق والرجعة والنسب وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاذن والشرط والخيار والشفعة والاجارة وقتل الخطأ وكل جرح لا يوجب الا المال وكذا فسخ العقود وقبل الكتابة الا النجم الاخير ففيه وجهان لترتب العتق عليه لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط لقول الشافعي رحمه الله وعن احمد روايتان رواية كقولنا ورواية كقوله ثم قصور الولاية يمنع انها تصلح للامارة ولا تقبل شهادة الاربع منهن لكن خرج عن الاصل شرعا في الاموال ضرورة لكثرة وقوع اسبابها فيلحق الحرج بطلب رجلين في كل حادثة وكذا المعاد ان يوسع فيما يكثر وجوده بخلاف النكاح فانه مع كونه اعظم خطرا اقل وقوعا فلا يلحق الحرج بالاشتراط وكذا قال تعالى في الرجعة واشهدوا ذوي عدل منكم والرجعة من توابع النكاح فالحقت بقية التوابع به كالخلع والطلاق قال المص ولنا ان الاصل فيها القبول فابتداؤه بتضمين منع مقدمة القائلة الاصل عدم القبول ثم ثبتت هذه بوجود ما ينبني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة الخ واعترض بان المشاهدة والضبط اهلية الاداء لا اهلية الشهادة بل هي كما قال في الاسرار ان اهليتها بالولاية والولاية مبنية على الحرية والارث والنساء في

المالك

وقوله

قال وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب النساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال
النظر اليه والجمع المحلى باللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو ما فوقه على ما نبينه وفي شرط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة لتحقق الضرورة لان نظر الرجل
الى الجنس اسهل فكذا يسقط اعتبار العدد لان المثنى والثلث يحوط لما فيه من معنى الالزام فيكمل في الولادة ما يتم في الطلاق واما حكم البكارة فان
شهدت الرتقاء كرجل على الغرين شبهة وتعرف بعد لانها تابعة لا تثبت حق الرد البكارة اصل وكذا في رد المبيعة اذا اشتريها بشرط البكارة
فان قلن ثيب حلف البائع ليتم ركنه الى قولهن اشبه تقويم البائع واما شهادتهن على الصبي لا تقبل عند ابي حنيفة في حق الارث لانه مما يطلع عليه
الرجال الا في حق الصلاة لانها من امور الدين وعندهما تقبل في حق الارث ايضا لانه يثبت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة

بذلك الرجال يعني البنية التحمل بالمشاهدة والضبط والنساء في ذلك كالرجال ولهذا قبلت روايتهن لاحاديث الاحكام الملزومة للامة فعن هذا
قد يقال واعلم ان جعل الشارع الشتين في مقام رجل لانتقصان الضبط ونحو ذلك بل لاظهار حظ درجتهن عن الرجال ليس غير ولقد نرى
كثيرا من النساء يضبطن اكثر من ضبط الرجال لاجتماع خاطرهن اكثر من الرجال لكثرة الوارد وات على خاطر الرجال وشغل بالهم بالمعاش والمعاد
فعلة الامرين في جنس النساء سلمنا انه لنقصان الضبط وزيادة النسيان في جنسهن وان كان بعض افرادهن اضبط من افراد الرجال لقوله تعالى
ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى لكن ذلك لانجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق الا الشبهة فلم تقبل فيما يدرئ بالشبهات ونحوه الحقوق تثبت مع
الشبهات واما عدم قبول الاربع فعلى خلاف القياس ولانه كيلا يكثر جرحهن قوله وتقبل في الولادة والعيوب النساء في موضع لا يطلع عليه الرجال
شهادة امرأة واحدة مسلمة عدلة حرة وبه قال احمد وشرط الشافعي اربعا ومالك ثنتين له ان كل ثنتين تقوم مقام رجل ولمالك ان
المعتبر في الشهادة امران العدد والذكر وقد سقط اعتبار الذكورة فبقي العدد ولنا ما روى محمد بن الحسن في اول باب شهادات النساء من الاصل عن
ابي يوسف عن غالب بن عبيد الله عن مجاهد وعن سعيد بن المسيب وعطاء بن ابي رباح وطاوس قالوا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا
يستطيع الرجال النظر اليه وهذا مرسل يجب العمل به وجه الاستدلال بهذا الحديث قد اتفقنا على ان اللام لما لم يكن اعتبارها في العهد اذ لا عهد
في مرتبة بخصوصها من مراتب الجمع كانت للجنس وهو يتناول القليل والكثير فتصح بواحدة والاكثر احسن فعملنا لذلك وروى عبد الرزاق انبأنا ابن
جريج عن ابن شهاب عن الزهري قال مضت السنة ان تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن وهذا مرسل حجة
عندنا وهو مثل ما ذكره المص ورواه ابن ابي شيبة وروى عبد الرزاق ايضا اخبرنا ابو بكر بن سبرة عن موسى بن عقبة عن القعقاع عن حكيم عن
ابن عمر قال لا تجوز شهادة النساء وحدهن الا على ما لا يطلع عليه الا هن من عورات النساء وله مخارج اخرى قال المص ثم حكمها في الولادة
شرحناه في الكتاب الطلاق اي في باب ثبوت النسب منه وفي المبسوط لو شهدا بالولادة رجل فقال فاجدتها فاتفق نظرهما اليه تقبل لان عمل
ولو قال تعمدت النظر لا تقبل وبه قال بعض اصحاب الشافعية وقال بعض مشايخنا ان تعمدت النظر تقبل ايضا وبه قال بعض اصحاب الشافعي رحمه الله
واما حكم البكارة فان شهدت انها بكر يؤجل العنين سنة فاذا مضت فقال وصلت اليها وانكرت ترى النساء فان قلن هي بكر تخير فان اختارت
الفرقة فرق للحال وانما فرق بقولهن لانها تابعة بمؤيد وهي موافقة الاصل اذ البكارة اصل ولو لم تتأيد شهادتهن بمؤيد اعتبرت في توجه الخصومة
لا في الزام الخصم وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فقال المشتري هي ثيب ترتها النساء فان قلن بكر لزمت المشتري لتأيد شهادتهن
بمؤيد هو الاصل فان قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ لان حق الفسخ قوي وشهادتهن ضعيفة ولم تتأيد بمؤيد لكن تثبت حق الخصومة فتتوجه اليمين
على البائع لقد سلمتها بحكم المبيع وهي بكر فان لم يكن قبضها حلف بالله لقد بعتها وهي بكر فان نكل ردت اليه وان حلف لزم المشتري
واما شهادتهن على استهلال الصبي فتقبل في حق الصلوة عليه بالاتفاق واما في حق الارث فعندهما كذلك وعند ابي حنيفة
لا تقبل الا شهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الاستهلال صوت مسموع والرجال والنساء فيه سواء كان مما يطلع عليه
الرجال بخلاف الولادة فانها انفصال الولد من الام فلا يطلعون عليه وهما يقولان صوته يقع عند الولادة و
عندها لا يحضر الرجال فصار كشهادتهن على نفس الولادة وبقولهما قال الشافعي ومالك واحمد وهو ارجح

قال ولابد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال اعلم او اتيقن لم يقبل شهادته اما العدالة ولقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والرضى من يثبت هو العدل ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب فلا يتعاطاه وعن ابي يوسف رحمه الله ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة يقبل شهادته لانه لا يستأجر بشهادته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول اصح لان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا والمسئلة معروفة واما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها يفيد اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الاتيان به مانعا عن الكذب فهذه اللفظة اشد تحرزا في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما فيه من معنى الالزام حتى لا يجلس القضاء ويشترط فيه الحرية والاسلام قال ابو يوسف رحمه الله يقضى بشهادة الكافر على كافر العدالة في المسلم ولا يسأل عن شاهد الشهود حتى يطعن الخصم لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف مثل ذلك مروي عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو الاجتناب عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة وان طعن الخصم فيهم يسأل عنهم في السر والعلانية لانه يقابل الظاهر ان يسأل طلبا للترجيح وقال ابو يوسف رحمه الله لا يسأل في السر والعلانية في سائر الحقوق لان القضاء مبنى على الحجة وهي شهادة العدول فيتم عن العدالة وفيه معنى قضائه عن الطلان وقيل عن اطلاعه في نفاذ والشرع على ترجمان وقد

قوله ولابد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة حتى لو قال الشاهد اعلم اذ اتيقن لا تقبل وثالث وهو التفسير حتى لو قال اشهد على شهادته او مثل شهادته لا تقبل وكذا مثل شهادة صاحبي عند الخصاف للاحتمال اما اشتراط العدالة فلقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وقال تعالى ممن ترضون من الشهداء ولان العدالة هي المعينة للصدق وان الشهادة اخبار يحتمل الصدق والكذب على السواء بالنظر الى نفس المفهوم فبذلك لا يلزم كونه صدقا حتى يعمل به فان قيل المنكر ايضا قد يكون عدلا فالجواب انه يعارضه اختلاف المدعي فيتساقطان وتسلم الشهادة عن المعارض او يترجح اخبار المدعي بالشهادة وعن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس كما شرى السلطان والمكسة وغيرهم تقبل شهادته لانه لا يستأجر بشهادة الزور لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول اصح لان هذا التعليل في مقابلة النص فلا يقبل الا ان القاضي ان قضى بشهادة الفاسق ينفذ عندنا ويكون القاضي عاصيا واما اشتراط لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها اي في النصوص بهذه اللفظة قال تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم واشهدوا اذا تبايعتم واستشهدوا شهيدين من رجالكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم واقيموا الشهادة لله وقال عم اذا رايت مثل الشمس فاشهد وحاصل هذا ان النصوص وردت بلفظة الشهادة فان قيل غايتها وردت بلفظ الشهادة وذلك لا يوجب على الشاهد لفظ الشهادة كما قال تعالى وربك فكبر فلم يرد من السنة في تكبير الافتتاح الا بلفظ التكبير لقوله صلى الله عليه وسلم تحريمها التكبير ولم يشترط كذلك لفظ التكبير عند ابي حنيفة فمن اين لزم في الشهادة قلنا الفرق معنوي وهو ان لفظة الشهادة اقوى في افادة تاكيد متعلقها من غيرها من الالفاظ كاعلم واتيقن لما فيها من اقتضاء معنى المشاهدة والمعاينة التي مرجعها الحس ولانها من الفاظ الحلف فالامتناع مع ذكرها عن الكذب اظهر وقد وقع الامر بلفظ الشهادة في قوله تعالى واقيموا الشهادة لله وقوله عليه الصلوة والسلام اذا رايت مثل الشمس فاشهد فلزم لذلك لفظ الشهادة بخلاف التكبير فانه تكبير التعظيم وليس لفظ اكبر ابلغ من اجل واعظم فكانت الالفاظ سواء فلم تثبت خصوصية توجب تعيين لفظة اكبر وقوله في ذلك كله اي في المراتب الاربعة كلها تشترط العدالة ولفظ الشهادة في شهادة النساء وغيرها وقوله هو الصحيح احتراز عما قال العراقيون من عدم اشتراط لفظ الشهادة لانها خبر كالشهادة على هلال رمضان ووجه الظاهر وهو قول سائر الناس ومنهم مشايخ المذهب من البخاريين والبلخيين وغيرهم ما ذكرنا من النصوص مع وجه اتفاق اشتراطها بخلاف رمضان فان الالزام فيه ليس الشهادة بل الاخبار ذكره في الخلاصة في كتاب الشهادات لو اخبر عدل للقاضي بمجيء رمضان تقبل ويامر الناس بالصوم يعني في يوم الغيم ولا يشترط لفظة الشهادة ويشترط القضاء اما في العيد فيشترط لانه يدخل تحت الحكم لانه من حقوق العباد انتهى ولهذا احتاجوا الى الحيلة في اثبات الرمضانية قالوا ان يدعي عند القاضي بوكالة معلقة بدخول رمضان بقبض دين فيقر بالدين وينكر دخول رمضان فيشهد الشهود بذلك يقضي بالمال فيثبت مجيء رمضان اي اثبات مجيء رمضان لا يدخل تحت الحكم واتفق الكل على اشتراط الحرية والبلوغ والعقل والاسلام يعني في الشهادة على المسلم والا فالذمي يجوز ان يشهد على مثله عندنا قوله قال ابو حنيفة يعني لما اتفق الائمة الاربعة على وجوب العدالة قال ابو حنيفة يقتصر الحاكم على عدالة المسلم لان كل مسلم ظاهر حاله من التزام الاسلام التزام الاجتناب عن محظوراته فيقبل كل مسلم بناء على انه عدل وقال صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ورواه ابن ابي شيبة في

[illegible] حيث يؤدي الى العدل فيها السبب الى واجبه ويرد بما العدل دون ذلك في السر كيلا يظهر فيخلع او يقصد في العلانية لا بد
[illegible] بالشاهد لا يقبل شهادته تعديل غيره وقد كانت العلانية وعدمها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء في السر في زماننا لقول ابي
[illegible] ويروى عن محمد ان تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول العدل هو حر عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل
يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار مناصح قال وفي قول من رأى ان يسأل عن الشهود ثم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول الكرخي
عليه عن ابي يوسف ومحمد انه يعني تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية الآخر الى تزكيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان فرع الدعوى
وشهود ان الحكم كذب في اكثر [illegible] ولا يصلح معدلا وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول لانهم اخطأوا واما اذا قال هم عدول [illegible] فقد اقر بالحق

مصنفه من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ومثل ذلك عن عمر عنه قال في كتابه الذي كتبه الى ابي موسى الاشعري وقد مضى بعضه وفيه المسلمون
عدول بعضهم على بعض الا مجلودا في قذف او مجربا في شهادة زور او ظنينا في ولاء او قرابة رواه الدارقطني من طريق فيه عبد الله بن
ابي حميد وهو ضعيف ومن طريق آخر حسنة اخرجه البيهقي من طريق غير الطريقين جيدة فاذا كان الثابت ظاهرا هي العدالة اكتفى بها
اذ القطع لا يحصل ولو سع الاستقصاء لعم ايراد قوة الظن ولا موجب لطلب الزيادة الا بدليل ولم يوجد ولهذا لم يكن السلف يسألون
قيل واول من سأل ابن شبرمة بخلاف الحدود والقصاص لانه وجد فيها دليل طلب الزيادة فتسأل على ما عرف احتياطا لا لانه
اذ ربما يفجر عن التزكية فيندرئ الحد وهو مطلوب واورد ان الظاهر انما يكفي للدفع والشهادة توجب الاستحقاق واجيب
بان الظاهر في الشهادة كالقطع لما لم يكن الوصول الى القطع ولا بالتزكية والحق ان الظاهر يوجب الاستحقاق والمراد بالظاهر
الذي لا يثبت به الاستحقاق هو الاستصحاب واما اذا طعن الخصم فقد تقابل ظاهران فيسأل فقال ابو يوسف ومحمد لا بد ان يسأل عنهم طعن الخصم
او لم يطعن في سائر الحقوق في السر والعلانية وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك من كان مشهورا بالعدالة لا يسأل عنه ومن عرف جرحه ردت
شهادته وانما تسأل اذا شك انما قلنا لا بد من السؤال مطلقا لان القضاء يبتنى على الحجة وهي شهادة العدول فلا بد ان تثبت عنده
العدالة وذلك لا يخفى قوة دليل ابي حنيفة على ذلك وكونه لا بد ان يثبت العدالة لم يخالف فيه ابو حنيفة ولكن يقول طريق الثبوت هو البناء على ظاهر عدالة
المسلم خصوصا مع ما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة والسلف ومع ذلك الفتوى على قولهما لاختلاف حال الزمان ولذلك
قالوا بهذا الخلاف خلاف زمان لا حجة وبرهان وذلك لان الغالب في زمان ابي حنيفة الصلاح بخلاف زماننا وما قيل انه افتى في القرن الثالث
وهو المشهود لهم بالصلاح منه صلى الله عليه وسلم حيث قال خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم وبما افتيا في القرن الرابع ففيه
نظر فان ابا حنيفة توفي في عام خمسين ومائة فكيف افتى في القرن الثالث وقوله خير القرون الى آخره اثبات الخيرية بالتدريج والتفاوت
لا يستلزم ان يكون في الزمان المتأخر غلبة الفسق والظاهر الذي ثبت بالغالب اقوى من الظاهر الذي ثبت بظاهر حال الاسلام وتحقيقه
لما قطعنا بغلبة الفسق فقد قطعنا بان اكثر من التزم الاسلام لم يجتنب محارمه فلا يبقى مجرد التزام الاسلام منظنة العدالة فكان الظاهر الثابت بالغالب
بلا معارض **فرع** لو تاب الفاسق لا تقبل شهادته ما لم تمض ستة اشهر وقال بعضهم سنة ولو كان عدلا فشهد بالزور ثم تاب فشهد تقبل من
غير مرة **قوله** ثم التزكية في السر ان يبعث المسطورة وهي الورقة التي تكتب فيها القاضي اسماء الشهود ونسبهم وحلاهم والمصلى اي مسجد محلتهم وينبغي
ان لا يختار الا معدلا صالحا زاهدا كيلا يخدع بالمال لا مؤتمنا اعظم من يعرفه في هذه الاوصاف فيكتب اليه ثم هو يسأل منهم اهل محلته وسوقهم ومن يعرفهم ويكون المزكي
صاحب خبرة بالناس مداخلا لهم لا منتزيا عنهم فان هذا الامر لا يعرف الا بالمخالطة والمداخلة فان لم يجد الا اهل مجالسه فان وجدهم غير ثقات يعتبر
تواتر الاخبار عن ابن سماعة عن ابي حنيفة يجوز في تزكية السر المرأة والعبد والمحدود اذا كانوا عدولا ولا يجوز في تزكية العلانية الا من تجوز شهادته فيشترط
فيها ما تشترط فيها الا بلفظة الشهادة فقالا لان تزكية السر من الاخبار بالامور الدينية وكل من هو لا يقبل خبره في الامر الديني اذا كان عدلا كما تقبل
رواية الاخبار فاذا قال المسؤول عنه هو عدل كتب المزكي هو عدل مرضي مقبول جائز الشهادة والا يكتب هذا غير عدل وفي فتاوى قاضي خان
فان عرف فسقه لا يكتب تحت اسمه ذلك بل يسكت احترازا عن الهتك ويقول والله اعلم الا اذا خاف ان يقضي القاضي بشهادته

قال واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز الاثنان والمراد بهذا المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والترجمان عن الشاهد لان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة فيه وتشترط الذكورة في المزكي في الحدود والقصاص لما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكيا واما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف رح لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا ليشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رح

فيصرح بذلك ومن لا يعرفه لا بالعدالة ولا بالفسق يكتب مستورا ثم يرد المسطور فيدفع امين القاضي اليه كل ذلك سرا لئلا يظهر فيحتاج المزكي او يقصد بالاذى واما العلانية فلا بد ان يجمع بين الشاهد والعدل لتنتفي شبهة تعديل العدل لغير هذا الشاهد المسؤول عنه القاضي اذ قد يتفق اسم وشهرة وصفة لاثنين وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول لانهم كان يغلب عليهم الصبر للحق ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا لغلبة النفوس فيه فتوجب الفتنة وقد روي عن محمد انه قال تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يكون عدلا وهو غير جائز الشهادة وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهو من اهلها فالتزم تلك الزيادة وهذا اصح لما ذكرنا من ان الظاهر الحرية نظرا الى الدار فيكتفي به مالم يطعن الخصم بالرق ثم قال ابو حنيفة تفريعا على قول من رأى ان يسأل عن الشهود بلا طعن لا يقبل قول الخصم يعني المدعى عليه اذا قال في شهود المدعي هم عدول فالتقع به التزكية لان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم يعني المدعى عليه اذا قال في شهود المدعي هم عدول فلا تقع به التزكية لان في زعم المدعي في شهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اضراره فلا يصلح معدلا لان العدالة بشرط في المزكي في الاجماع وعن ابي يوسف ومحمد يجوز قوله ذلك تعديلا لكن عند محمد يفتقر تزكية اخرى تزليه اي تزكية الخصم لان العدد عند محمد في المزكي بشرط وموضوع المسألة ان يقول هم عدول الا انهم اخطأوا او نسوا اما لو قال صدقوا وهم عدول ومعنى ومعنى فانه قد اعترف بالحق وانقطع النزاع وعن محمد فيما اذا قال هم عدول فالقاضي يسأل المدعي عليه اشهدوا عليك بحق ام باطل فان قال بحق فهو اقرار وان قال لا يفتح الا بشيء قصر ح اذا شهد فعدل ثم شهد لا يستعدل الا اذا طال فوقت محمد شهرا وابو يوسف سنة ثم رجع وقال ستة اشهر قوله واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز الاثنان والمراد من رسول القاضي المزكي وهو المسؤول عنه عن الشهود فيجب ان يقرأ قوله الذي يسأل عن الشهود بالبناء للمفعول والحاصل انه يكفي في التزكية الواحد وكذا في الرسالة اليه والرسالة منه الى القاضي وكذا في الترجمة عن الشاهد وغيره عند ابي حنيفة وابي يوسف وبه قال مالك واحمد في رواية وعند محمد لا بد من اثنين وبه قال الشافعي واحمد في رواية محمد ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تبتنى على ظهور العدالة وهي بالتزكية فتوقفت عليها فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة وكذا اشترطت الذكورة في المزكي في الحدود كما اشترطت في الشهادة عليها ولهما انه ليس في معنى الشهادة والتوقف لا يستلزم اشتراك توقف عليه في كل حكم بل ما كان في معنى الشهادة عليها واما انه ليس في معنى الشهادة اثبات الحق كدين مثلها وما لا فلا يلزم والتزكية لا يستند اليها ثبوت الحق بل الى الشهادة فكانت التزكية شرطا لا علة ولهذا اوقع التفرقة بينها وبين الشهادة بالاجماع في عدم اشتراط لفظ الشهادة في التزكية فلا يلزم من اشتراط العدد في الشهادة اشتراطها في التزكية على ان التعدية تكون بجامع يعلم اعتباره واشتراط العدد في الشهادة امر حكمي في الشهادة ليس تعبدي وفي المبسوط هو بخلاف القياس وهذا زيادة على كونه تعبديا واذ في القياس يكفي الواحد العدل لان خبره موجب للعمل لتعلم اليقين وكما لا يثبت العلم بخبر الواحد لا يثبت بخبر الاثنين فلا يتعداها اي لا يتعدى الشهادة الى التزكية فهذا الخلاف في تزكية السر فاما تزكية العلانية فيشترط العدد بالاجماع على ما ذكره الخصاف مع ان الوجه المذكور يجري فيه وقدمنا انه زيادة شبهة لها بالشهادة من حيث اشتراط مجلس القضاء لها اتفاقا ولما ظهر من محمد اعتبار التزكية بالشهادة في حق العدد قال المشايخ فيجب عنده اشتراط اربعة من المزكين في شهود الزنا والله اعلم

لما لو قضت

فصل وما يحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد اداه لاوسعه ان يشهد وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قال ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهد بي لانه كذب لو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسره القاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة فلم يحصل العلم الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس في البيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه له ان يشهد لانه حصل العلم في هذه الصورة ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد على شهادته لم يجز له ان يشهد على شهادته لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما هي حجة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الاداء والتحميل ولم يوجد كذا وسمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسمع للسامع ان يشهد لانه ما تحمل وانما تحمل غيره

فصل يتعلق بكيفية الاداء وسوغه قوله وما يحمله الشاهد على قسمين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه اي يكون هو تمام السبب لذلك الحكم قولا كان مثل البيع والطلاق والاقرار وحكم الحاكم او فعلا كالغصب والقتل فاذا سمع الشاهد القول كان سمع قاضيا يشهد جماعة ما على حكمه او رأى الفعل كالقتل والغصب وسعه ان يشهد بذلك فيقول اشهد انه باع اشهد انه قضى فلو كان البيع بيع موطاة ففي الذخيرة يشهدون على الاخذ والاعطاء وقيل يشهدون بالبيع كالقولي ولا يقول اشهد بي لانه كذب وانما جاز الاداء بلا اشهاد لانه علم الموجب بنفسه وهو اي علم الموجب وهو ركن المسوغ لاداء الشهادة لانه لا حقيقة لمسوغ الاداء سواه وقوله في اطلاق يعني مطلق الاداء واستدل على تسويغ الشرع للاداء في ذلك بقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون فافاد ان من شهد عالما بالحق كان ممدوحا فلزم ان ذلك مطلق شرعا والا لم يكن ممدوحا وقال عم اذا علمت مثل الشمس فاشهد فلا مر بالشهادة عند العلم يقينا فمن هذا صرحوا بانه لو قال له لا اشهد على ما سمعته مني ثم قال بحضرته لرجل بقي لك علي كذا وغير ذلك حل له بل يجب ان يشهد عليه بذلك وفي الخلاصة اشترى عبدا او ادعى على البائع عيبا به فلم يثبت فباعه من رجل فادعى المشتري الثانية عليه هذا العيب فانكر فالذي سمعوا منه حل لهم ان يشهدوا على العيب في الحلال والحديث رواه الحاكم في المستدرك والبيهقي في المعرفة من حديث ابن عباس رضي الله عنهما ان رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن الشهادة فقال هل ترى الشمس قال نعم قال على مثلها فاشهد وادعى صححه الحاكم وتعقبه الذهبي بان محمد بن سليمان بن مشمول ضعفه غير واحد انتهى والمعلوم ان النسائي تفرد ووافقه ابن عدي وفي العيون المذكورة ما يفيد انه مختلف فيه ولو سمع من وراء حجاب كنيف لا يشف من وراءه لا يجوز له ان يشهد ولو شهد وفسره القاضي بان قال سمعته باع ولم اشخصه حين تكلم لا يقبل لان النغمة تشبه النغمة الا اذا احاط بعلم ذلك لان المسوغ هو العلم غير ان رؤيته متكلما بالعقد طريق العلم به فاذا فرض تحقق طريق آخر جاز وذلك بان تكون دخل البيت فرآه فيه وعلم انه ليس به احد غيره ولا منفذ غير الباب وهو قد جلس وسمع الاقرار والبيع فانه يجوز له الشهادة عليه بما سمع لانه حصل به العلم في هذه الصورة ونحوه في الاقضية ادعى على ورثته مالا فقال لا نشهد ان فلانا المتوفى قبض من المدعي صرة فيها دراهم وزنها ان فيها قدرها وانها دراهم وان كلها جياد مما يقع عليه يقينا بذلك فاذا شهدا به جاز وفي الفتاوى اذا اقرت امرأة من وراء حجاب لا يجوز لمن سمع ان يشهد على اقرارها الا اذا رأى شخصها فح يجوز اهمل في هذه المسئلة ووضعها في الخلاصة وغيرها بكذا الشهادة على امرأة سئل ابن محمد بن الحسن ابا سليمان عنها قال لا يجوز حتى يشهد جماعة انها فلانة اما عند ابي يوسف وعند ابيك فيجوز اذا شهد عنده عدلان انها فلانة وهل يشترط رؤية وجهها اختلف المشايخ فيه منهم من لم يشترط واليه مال الامام خواهر زاده وفي النوازل قال يشترط رؤية وجهها وشخصها وفي الجامع الاصغر رؤية وجهها وانت تعلم انه لا بد من معرفة تفيد التمييز عند الاداء عليها فاذا ثبت ان التعريف يفيد التمييز لزم ان لا حاجة الى رؤية وجهها ولا شخصها كما اختاره شيخ الاسلام خواهر زاده الا لو لم يوجد من يعرفها واطلق جح يجري الخلاف المذكور انه يكفي في العرف عدلان او لا بد من جماعة ويوافقه ما في المنتقى تحمل الشهادة على امرأة فماتت وشهد عنده ان المقرة فلانة جاز له ان يشهد عليها نقله في الخلاصة وفي المحيط شهدا على امرأة بعينها حاضرة فقال القاضي لا نعرفها قالا لا تقبل شهادتهما ولو قالا تحملنا عليها المسماة بفلانة بنت فلان الفلانية ولا ندري انها هذه ام لا صحت الشهادة وكلف المدعي ان يأتي باخرين يشهدان انها فلانة بنت فلان بخلاف الاول لانها هناك اقرت بجهالة فبطلت الشهادة فهذا وجه ويفيد ما قلنا ومنه لا يفيد ثبت

قال ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط فلا يحصل العلم قيل هذا على قول ابي حنيفة رح وعندهما يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا رأى القاضي شهادته في ديوانه او في سجله لان ما يكون في قمطره ثم تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فيحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وهذا اذا تذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة او الجزء وقع عن شيء به الشهادة فانه يجوز

حكم بنفسه وهو الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز ان يشهد على شهادته الا ان يشهد ذلك الشاهد على شهادة نفسه لان الشهادة غير موجبة بنفسها بل بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولهذا لو سمعه يشهد شاهدا على شهادته لم يسع السامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره وهذا الاطلاق يقتضي انه لو سمعه يشهد في مجلس القاضي حل له ان يشهد على شهادته لانها حينئذ ملزمة **فروع** كتب الى آخر رسالة من فلان الى فلان كنت تقاضاني الالف التي لك علي وكنت قضيتك منها خمسمائة وبقي علي خمسمائة او كتب الى زوجته قد بلغني كتابك تسألني الطلاق فانت طالق طلقت مسلمة كتب ينبغي لمن علم ذلك ان يشهد بالمال والطلاق وهي شهادة حق بخلاف ما لو كتبت صك وصية وقال للشهود اشهدوا على ما فيه ولم يقرأ عليهم يدل على انه لا يجوز لهم ان يشهدوا عليه وقيل لهم ذلك والصحيح الاول وانما يحل لهم ان يشهدوا اجماعا فيما اذا قرأه عليهم او اراده يكتب وهم يقرؤنه او كتبه غيره ثم قرأه عليه بحضرة الشهود فقال لهم هو اشهدوا على ما فيه ولو قرأه عليه فقال للشاهد ان تشهد عليك ما فيه فحرك راسه نعم بلا نطق فهو باطل الا في الآخرين ومثله ما اذا دفع اليهم وصية مختومة وقال لهم هذه وصيتي وختمي فاشهدوا على ما فيه لا يجوز ان يشهدوا بما فيه عن ابي يوسف اذا كتب بحضرة الشهود واودعه الشاهد فلم يعرف الشاهد ما فيه وامره ان يشهد بما فيه وسعه ان يشهد لانه اذا كان في يده كان معصوما من التبديل واعلم انه يجوز لهم ان يشهدوا في المسألة السابقة بما اذا كان الكتاب على الرسم المعروف بان كان على ورقة وعنوان كما هو العادة في الكتابة الى الغائب واذا شهد على ذلك التقدير فقال لم اقر الا الطلاق لا يدينه القاضي ويدين فيما بينه وبين الله تعالى اما لو رآه كتب ذكر حق على نفسه لرجل لا على ذلك الوجه ولم يشهدهم به لا يحل ان يشهد بالدين بجواز كونه للتجربة بخلاف الكتابة المرسومة وبخلاف خط السمسار والصراف لانه حجة للعرف الجاري به على ما ياتي ان شاء الله تعالى في كتاب الاقرار **قوله** ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر شهادته التي صدرت فيه فان لم يتذكر وجزم انه خطه لا يشهد لان هذا الجزم ليس بجزم بل تخيل الجزم لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم هكذا ذكره القدوري ولم يذكر خلافا هو ولا في شرحه الاقطع وكذا الخصاف ذكر في ادب القاضي انه لم يحك خلافا ولما حكى الخلاف الفقيه ابو الليث وغيره كشمس الائمة قال المص قيل هذا على قول ابي حنيفة وعندهما يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق يعني عدم جواز الشهادة اذا رأى ولم يتذكر وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادته في ديوانه يعني رأى في ديوانه شهادة شهود اديت عنده ولم يتصل بها حكم ثم جاء المشهود له وطلب حكم القاضي والقاضي لا يتذكر انه شهد عنده بذلك لم يجز له ان يحكم عنده وبه قال الشافعي ورواية عن احمد وعند ابي يوسف ومحمد رح اذا وجده في قمطره تحت ختمه يجوز ان يقضي به وبه قال مالك واحمد في رواية وكذا اذا رأى قضية امضى حكمه مكتوبا في خريطة وهي القمطرة ولم يتذكر انه حكم فهو على هذا الخلاف فظهر ان المص حكى الخلاف فيما واحد ابينه وبينهما وشمس الائمة في ادب القاضي من المبسوط حكى الخلاف كذلك في واحد ان صحيفة الحكم واما في شهادة الشاهد يجدها في صك وعلم انه خطه ولم يتذكر الحادثة وفي الحديث يجده مكتوبا بخطه ووجد عنه مكتوبا بخط غيره وهو خط معروف فعلى خلاف ذلك وقد صارت الفصول تشهد ان القاضي الشهادة عنده او حكمه وجدان الشاهد خطه والراوي في الحديث قال محمد رح اخذ في الفصول الثلاثة بالرخصة تيسيرا وقال يعتمد الخط اذا كان معروفا وابو يوسف في مسألة القضاء والرواية اخذ بالرخصة لان المكتوب كان في يده او يده وفي مسألة الشهادة اخذ بالعزيمة لانه كان في يد الخصم فلا يأمن الشاهد التغير فلا يعتمد خطه وحاصل وجه غير ابي حنيفة في صورة خلافهم ان وضع الخط ليرجع اليه عند النسيان والا فلا فائدة وهو يمنع حصر الفائدة في ذلك بل صح ان تكون فائدته ان يتذكر به حديثه عند النسيان الا ان ارى انه اذا كان محفوظا مأمونا عليه من

قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلوم يحصل اضطرارا كالبيع وجه الاستحسان ان هذه الامور تختص معاينتها اسبابها خواص من الناس فيتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم يقبل فيها الشهادة بالتسامع لادى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسعه كل واحد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل في الموت يكتفي باخبار واحد او واحدة لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح

التنبير كان يكون تحت ختمه في خريطة المحفوظة عنده ان يترجح العمل بها بخلاف ما اذا كان عند غيره لان الخط يشبه الخط ورأينا كثيرا تحاكا خطوطهم حتى اني رأيت ببلدة الاسكندرية خط رجل من اهل العلم يعرف بالقاضي بدر الدين الدماميني رحمه الله كان فقيها مالكيا شاعرا اديبا فصيحا وخط اخر ما شاهد يعرف بالخطين لا يفرق الانسان بين خطيهما اصلا ودماميني بالنون بلدة بالصعيد ولقد اخبرني من اثق بصلاحه وخبره انه شاهد رجلا كان معيدا في الصلاحية بالقدس الشريف وضع رسم شهادته في صك فاخذ من صلحه عدوا فكتب رجل مثله له ثم عرضه على ذلك الكاتب فلم يشك انه خطه وهذا قول ابي يوسف ويقتضي انه لو كان الصك في يد الشاهد تركه الطالب في يده من كتبه جاز ان يشهد اذا عرف خطه ولم يذكر الحادثة وبهذا اجاب محمد بن مقاتل حين كتب اليه نصير بن يحيى بن حشيش نسي شهادته ووجد خطه وعرفه بل يسعه ان يشهد قال اذا كان الخط في حرزه يسعه ان يشهد وقال في المجرد قال ابو حنيفة لو شهدوا على صك قالوا نعرف ان هذا خطنا وخواتيمنا لكن لا نذكره لم يكن للقاضي ان ينفذ شيئا من ذلك فان انفذه قاض غيره ثم اختصموا فيه انفذه لان هذا مما يختلف فيه القضاة وهذا يفيد انه لو ذكر للقاضي اني اشهد من غير تذكر للحادثة بل لمعرفة خطي لا يقبل فانه لم يحك خلافا فلو نسي قضاه ولا يحل عنده فتشهد عنده شاهد انك قضيت بكذا لهذا على هذا فان تذكر امضاه وان لم يتذكر فلا اشكال عند ابي حنيفة لا يقضي بذلك لابي يوسف كذلك وعند محمد يعتمد ويقضي به وهو قول احمد وابن ابي ليلى وعلى هذا لو سمع من غيره حديثا ثم نسي الاصل رواية للفرع ثم سمع الفرع يرويه عنه عند ابي حنيفة وابي يوسف لا يعمل به وعند محمد يعمل به ومن ذلك المسائل التي رواها محمد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ونسيها ابو يوسف وهي ست فكان ابو يوسف لا يعتمد رواية محمد لها عنه ومحمد كان لا يدع رواية ما عنه كذا قالوا وهذا علم ان في تخريج المسائل الست اشكال لان ما المذكور عند ذكره لهذه المسائل ان ابا يوسف انكر وقال ما رويت لك عن ابي حنيفة ذلك على ما صرح به في الهداية فيما اذا صلى اربعا وترك القراءة في احدى الاوليين واحد الاخريين انه يلزمه قضاء اربع فقال ابو يوسف ما رويت لك الا ركعتين وهذه الصورة ليست من صور نسيان الاصل رواية الفرع بل من صور تكذيب الاصل رواية الفرع عنه كما يعرف في الاصول والاختلاف مستقر فيه بين المحدثين والاصوليين ان رواية الفرع تردد في ذلك بخلاف ما اذا نسي الاصل ولم يجزم بالانكار فلا ينبغي اعتبار قول محمد نعم اذا صح اعتبار ما ذكره عنه تخريجا على اصول ابي حنيفة روح يمكن **قوله** ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه اي لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين او السماع الا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الامور اذا اخبره بها من يثق به من رجلين عدلين او رجل وامرأتين ويشترط كون الاخبار بلفظ الشهادة وفي الموت اذا قلنا يكفي الواحد لا يشترط لفظ الشهادة بالاتفاق او بتواتر الخبر بذلك وقيل في الموت يكتفي باخبار واحد عدل او واحدة عدلة وهو المختار بخلاف ما سواه لانه قل ما يشاهد حاله عند الموت الا واحد لان الانسان يهابه ويكره فاذا رآه واحد عدل وليعلم ان القاضي لا يقضي بذلك وهو عدل اخبر غيره ثم يشهد ان بموته ولا بد ان يذكر ذلك المخبر انه شهد موته او جنازته او دفنه حتى يشهد الآخر معه وكذا لو جاء خبر موت رجل وضع اليه ما يضع بالموتى لم يسع لاحد ان يشهد بموته الا ان يشهد بموته او سمع ممن شهد ذلك ذكره في الفتاوى الاكتفاء بالعين نقل عن ابي يوسف وعن ابي حنيفة رحمهما الله لا يشهد حتى يسمع عن جماعة وقال الخصاف في الكل حتى يسمع من العامة ويتتابع الاخبار ويقع في قلبه تصديق ذلك من غير تفصيل وفي الفصول عن شهادات المحيط في النسب ان يسمع انه فلان بن فلان من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب عند ابي حنيفة وعندهما اذا اخبره عدلان انه ابن فلان تحل الشهادة وابو بكر الاسكاف

وينبغي ان يطلق اداء الشهادة ولا يفسر اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم يقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك مطلق للشهادة
ثم اذا فسر لا تقبل لكن اهذا دكن الورآى نساء يجلسن مجلس القضاء ويدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا رآى رجلا وامرأة
يسكنان بيتا ويبسط كل واحد منهما ثوبا الى الآخر انبساط الازواج كما اذا رآى عيانا زيدا يقول من شهد انه شهد في فلان لو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي

كان يفتي بقولها وهو اختيار النسفي وفي النكاح لم يشترط المصنف رؤيته دخوله الى آخره ان يسمع من الناس انها زوجته وكذا القضاء ذكره غيره وهو الحق
ثم قول احمد كقولنا فيما سوى الدخول وقول الشافعي ورواية عن مالك والمصنف لم يحك خلافا بل جعل قياسا واستحسانا فالقياس عدم الجواز لان الشهادة
مشتقة من المشاهدة فان الاشتقاق تناظر الصيغتين معنى واحد بعد اشتراكهما في الحروف الاصول والمشاهدة رؤية يعني القطع فلا يجوز كما في البيع وغيره كما لو سمع بالاستفاضة
انه باع لم تجز الشهادة عليه بالبيع وكذا غيره وجه الاستحسان ان العادة جارية بذلك فذلك سبب الى الطريق الى معرفة هذه الاشياء سوى الخبر اذا لم تجر العادة بحضور
الناس الولادة وانما يرون الولد مع امه او مرضعته ويشيرونه الى الزوج فيقولون هو ابن فلان وكذا عند الموت لا يحضر غالبا الا الاقارب فاذا رووا
الجنازة والدفن حكموا بموت فلان وكذا النكاح لا يحضره كل احد وانما يخبر بعضهم بعضا ان فلانا تزوج فلانة وكذا الدخول لا يعلم الا بامارات فان الوطء
لا يشاهد وكذا ولاية السلطان للقاضي لا يحضرها الا الخواص وانما يحضرون جلوسه وتصديه للاحكام واذا كانت العادة ان علم هذه الاشياء غالبا لا يعلمه
الا البعض افراد وان الناس يعتمدون فيه على الخبر كان الخبر مسوغا للشهادة والا ضاعت حقوق عظيمة تبتنى على امر الاعصار كالنسب والنكاح والارث والموت
ويترتب عليها امور كثيرة مثل العدة والاحصان وكمال المهر في الدخول والجسم لما دل الشعب الاجماع على وجوب الشهادة بان عائشة رضي الله عنها بنت
ابي بكر رضي الله عنه زوجة النبي صلى الله عليه وسلم وانه دخل بها وان عليا رضي الله عنه ابن ابي طالب وعمر رضي الله عنه بن الخطاب وان شريحا كان قاضيا وان ابا بكر وعمر و
عثمان وعليا رضي الله عنهم ماتوا وان لم تعاين شيئا من ذلك وحكى في الخلاصة عن ظهير الدين في الدخول لا تجوز الشهادة فيه بالتسامع فلو اراد ان يثبت الدخول
تثبت الخلوة الصحيحة ونص الخصاف على انه يجوز بالتسامع لانه امر يشتهر بخلاف الزنا فاحشة تستر **قوله** وينبغي ان يطلق اداء الشهادة فيشهد
انه ابنه او ابن فلان اما اذا فسر للقاضي انه شهد عن تسامع بين الناس لم يقبل شهادته كما انه اذا شهد بالملك لمعاينة اليد حل له ان يقبل
ولو فسر فقال لاني رأيتها في يده في وقت من الاوقات لا تقبل وفي الفوائد الظهيرية شهدا على النكاح والنسب وفسرا وقالا سمعنا ذلك من
قوم لا يتصور اجتماعهم على الكذب لا تقبل وقيل تقبل وقال صاحب العمدة لو قالا اخبرنا بذلك من ثبوته تقبل وجعله الاصح واختاره
الخصاف في فصول الاستروشني لو شهدا على النكاح فسألهما هل كنتما حاضرين فقالا لا تقبل شهادتهما لانه يحل لهما الشهادة بالتسامع فقيل لا
تقبل كانهما قالا لم نعاين ولو شهدا وقالا سمعنا لا تقبل فكذا اذا لو شهدا انهما دفناه او قالا شهدنا جنازته تقبل ولو
شهد بالموت واحد وآخر بالحيوة يأخذ امرأته بشهادة الموت لانهما تثبت العارض ذكره شمس الدين في فتاواه
وفي الخلاصة لو اخبر معا واحد بموته واثنان بحيوته ان كان الخبر بالموت عدلا ولشهدا انه عاين موته او جنازته وسعها ان تتزوج
بعد انقضاء عدتها ثم قال هذا اذا لم يؤرخا فان ارخا وتاريخ شاهد الحيوة بعد تاريخ شاهد الموت فشهادة شاهد الحيوة اولى وكذا
بقتله انتهى واطلق في وصايا عصام الدين فقال شهدان بموته او قتل واخران على الحيوة فالموت اولى وفي فتاوى الفضلي
شهد عندها عدلان بموته او قتل وارتدا والعياذ بالله هل لها ان تتزوج فيه روايتان في السير لا يجوز وفي الاستحسان يجوز ومن فروع
التسامع في فتاوى النسفي قال رجل لامرأة سمعت ان زوجك مات لها ان تتزوج ان كان المخبر عدلا فان تزوجت
ثم اخبرها جماعة انه حي ان صدقت الاول يصح النكاح وفي المنتقى لم يشترط تصديقها بل شرط عدالة المخبر فقط
وقد يقال ان هذا خلاف ما تقدم وقد يفرق بان ذلك في حل اقدامها وعدمه وهذا بعد ان تزوجت واستحقها الزوج

ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف وعن ابي يوسف آخرا انه يجوز في الولاء لانه يعتمد النسب لقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب ومحمد انه يجوز في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار فانا نقول الولاء يبقى على ازل الآباد ولا ترفيه من المعاينة فكذا ما يبقى عليه واما الوقف فالصحيح انه يقبل الشهادة بالتسامع في اصله دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر قال ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعه ان يشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي ترجح الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها وعن ابي يوسف انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد في الرواية فيكون شرطا على الاتفاق وقال الشافعي لا دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا لان اليد متنوعة الى امانة وملك فلما ازاء التصرف يتنوع ايضا الى نيابة واصالة

الثاني ظاهرا والشيء بالشيء يذكر اذا اخبرها واحد عدل او شهد عند وليها بان زوجها طلقها او مات عنها ووقع في قلبها صدقه لها ان تعتد وتتزوج وذكر شمس الائمة انما تجوز الشهادة بالتسامع على الموت اذا كان الرجل معروفا بان كان عالما او من العمال اما اذا كان تاجرا او من هو مثله لا تجوز الا بالمعاينة **قوله** ثم قصر الاستثناء في الكتاب اي استثنا القدوري حيث قال الا في النسب الى آخر الاشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف فلا تجوز الشهادة بالتسامع فيهما وعن ابي يوسف تجوز في الولاء بالتسامع رجع اليه وكان اولا يقول كقول ابي حنيفة ومحمد لا يجوز الا ان يسمعها المعتق ثم رجع الى انه يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب وفي النسب يجوز في التسامع فكذا في الولاء الا ترى انا نشهد ان شبرا مولى علي بن ابي طالب رضي الله عنه وناقعا مولى ابن عمر رضي الله عنه بلا لا مولى ابي بكر الصديق رضي الله عنه ولهذا انه مبني على العتق والعتق لكونه قولا يسمع كثيرا مما يقصد الاشهاد عليه لا يثبت بالتسامع فكذا ما بني عليه وليس تجويزها بالسماع لكون الشيء مما يشتهر بل للضرورة لما ذكرنا ان السبب لا يرى او لا يرى العلوق وكذا تقليد القضاء الا الخواص والموت والباقي فيودي الى ما ذكرنا ولا كذلك العتق وكون نافع مولى ابن عمر رضي الله عنه ونحوه من باب الاخبار الحق وهذا بناء على ان لا خلاف في الفتوى انه لا تقبل بالتسامع وعليه نص شمس الائمة وذكر الصدر الشهيد عن الحلواني ان الخلاف ثابت في العتق ايضا عند ابي يوسف يجوز بالتسامع خلافا لهما وهو قول مالك واحمد وقول الشافعي وشرط الخصاف في الولاء على قول ابي يوسف شرطا لم يذكره محمد في المبسوط فقال انما تقبل اذا كان العتق مشهورا للمعتق ابوان او ثلثة في الاسلام قال المص واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع عليه في اصله وقال الاقطع في شرحه قال محمد يجوز وقوله لان اصله هو الذي يشتهر والوجه في التوجيه انه وان كان قولا مما يقصد الاشهاد عليه والحكم به في الابتداء لكنه في توالي الاعصار بقيد الشهود والاوراق مع اشتهاره وتغيره فيبقى في البقاء شابهه ان لم يجز الشهادة به بالتسامع فمست الحاجة الى ذلك وقوله الصحيح الخ احتراز عن قول طائفة من المشايخ قال في الفصول اختلف المشايخ قال بعضهم تحل وقال بعضهم لا تحل ومن المشايخ من قال يجوز على اصل الوقف بالتسامع لا على شرائطه واليه مال شمس الائمة السرخسي وهو ما ذكره المص وليس معنى الشروط ان يبين الموقوف عليه بل ان يقول يبدأ من غلتها بكذا وكذا والباقي كذا وكذا وفي الفتاوى الصغرى في الفصل الثاني من كتاب الشهادات اذا شهدوا ان هذا وقف على كذا ولم يبينوا الوقف ينبغي ان يقبل ونص عن الشيخ الامام ظهير الدين اذا لم يكن الوقف قديما لا بد من ذكر الوقف واذا شهدوا ان هذه الصيغة وقف ولم يذكروا الجهة لا يجوز ولا تقبل بل يشترط ان يقولوا وقف على كذا ثم قال وما ذكرنا وفي الاصل صورته ان يشهدوا بالتسامع على انها وقف على المسجد او المقبرة ولم يذكروا انه يبدأ بعلتها فتصرف الى كذا ثم ما فضل يصرف الى كذا لا يشهد على هذا الوجه بالتسامع وكذا قال المرغيناني لا بد من بيان الجهة انه وقف على المسجد او المقبرة وما اشبه ذلك حتى لو لم يذكر ذلك لا تقبل شهادته قال وتأويل قولهم لا تقبل الشهادة على شرائط الوقف انه لا ينبغي للشاهد بعد ذكر الجهة ان يشهد انه يبدأ من غلته فيصرف الى كذا وكذا ولو ذكر ذلك لا تقبل ذكره في الذخيرة وذكر في المجتبى والمختار ان تقبل على شرائط الوقف ايضا وانت اذا عرفت قولهم في الاوقات التي انقطع ثبوتها ولم يعرف لها شرائط ومصارف انها تسلك بها ما كانت عليه في دواوين القضاة لم تقف عن تحسين ما في المجتبى لان ذلك هو معنى الثبوت بالتسامع

قوله ومن كان في يده شيء الخ صورتها اي عينا سوى ما استثنا وفي يد انسان ثم راها في يد غيره والاول يدعي عليه الملك وسعه ان يشهد للمدعي لان الملك يعرف بالظاهر واليد بلا منازع دليل ظاهر فيه ولا دليل سواه لان غاية ما يمكن فيه ان يعاين

غير المسئلة على وجوه ان عاين الملك والملك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك مجرده دون الملك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته وان لم يعاينهما او عاين الملك دون الملك لا يحل له واما العبد والامة فان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرق لا يكون في يد نفسه وان كان لا يعرف انهما رقيقان كانا صغيرين لا يعبران عن نفسهما فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا على انفسهما فيدفع يد الغير عنهما لما نعم دليل الملك وعن ابي حنيفة رحمه الله يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق مليناه والله اعلم

سبب الملك من الشراء والهبة وموت المورث وشيء من هذه الاسباب لا يفيد ملك الثاني حتى يكون ملك الاول وعن ابي يوسف انه يشترط في حل الشهادة بالملك مع ذلك ان يقع في قلبه انه له وفي الفوائد الظهيرية اسند هذا القول الى ابي يوسف ومحمد ولفظه وعنهما قال المشايخ قالوا يعني المشايخ يحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد في الرواية قال الصدر الشهيد يحتمل ان يكون قوله قول الكل وبه ناخذ وقال ابو بكر الرازي هذا قولهم جميعا ووجه ان الاصل في حل الشهادة اليقين لما عرف فعند تعذره يصار الى ما يشهد به القلب لان كون اليد مسوغا بسبب افادتها ظن الملك فاذا لم يقع في القلب ذلك لا ظن فلم يعد مجرد اليد ولهذا قالوا اذا راى انسان درة ثمينة في يد كناس او كتابا في يد جاهل ليس في ابائه من هو اهل له لا يسعه ان يشهد بالملك له فعرف ان مجرد اليد لا يكفي وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا وجه الخصاف وجه قول مالك لان اليد تنوع الى ملك ونيابة وضمان قلنا وكذا التصرف ايضا فلم يزل احتمال عدم الملك بالتصرف ثم ينبغي ان يطلق الشهادة حتى لو قال انه شهد بناء على اليد لا تقبل وهذا لان معاينة اليد مطلق للشهادة مجوز لها لا موجب على الشاهد ان يشهد والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة ولهذا قلنا اذا كانت في يد رجل يتصرف فيها تصرف الملك بيعت دار الى جانبها فاراد ان ياخذها بالشفعة لا تقضي القاضي له بذلك وان ثبت عنده انها في يده يتصرف فيها اذا انكر المشتري ان الدار في يده ملكه لان العيان ليس سببا للوجوب بل للجواز **قوله** ثم ان عاين الملك الخ حاصله ان المسئلة على اربعة اوجه الاول ان يعاين الملك وهو ان عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده وراه في يده بلا منازعة ثم راه في يد اخر فجاء الاول وادعاه وسعه ان يشهد له وظهر ان المراد بالملك المملوك الثاني ان يعاين الملك دون المالك بان عاين ملك بحدوده ونسب الى فلان بن فلان وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسب اليه الملك وادعى ملك هذا المحدود على شخص حل له ان يشهد استحسانا والقياس ان لا يجوز لان الجهالة في المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا في المشهود له وجه الاستحسان ان الملك المشهود به معلوم والنسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوما بالتسامع ايضا فاورد عليه انه يلزم ان يكون الشهادة بالملك بالتسامع وجيب بان الشهادة بالملك هنا ليست قصدا بل بالنسبة وفي ضمنه ثبوت الملك فيجوز وههنا كذلك لانه سمع ان هذا الملك لفلان بن فلان فحصل له العلم بنسب المالك بالتسامع وثبت ملكه في ضمنه ولا اعتبار بالمتضمن لا المتضمن ولا يخفى ان مجرد ثبوت نسبه بالشهادة عند القاضي لم يوجب ثبوت ملكه لتلك الصيغة لولا الشهادة به وكذا المقصود ليس اثبات النسب بل الملك في الضيعة والله اعلم وعلى هذا قال الناصحي فان كان للمالك امراة لا تخرج ولا يراها الرجل فان كان الملك مشهورا لها جاز ان يشهد عليه لان شهرة الاسم كالمعاينة الثالث ان لا يعاين الملك ولا المالك بان سمع ان لفلان الفلاني ضيعة في قرية كذا حدودها كذا وهو لم يعرف تلك الضيعة ولم يجاز يده عليها لا يحل له ان يشهد بالملك لانه مجازف في هذه الشهادة الرابع ان يعاين المالك بان عرفه معرفة تامة كما ذكرنا وسمع ان له ضيعة في كورة كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه ان يشهد له بالملك فيها لانه لم يحصل له العلم بالمحدود **قوله** واما العبد والامة يعني اذا عاينهما في يد انسان يحد انه اذا كان يعرف انهما رقيقان جاز له ان يشهد انهما ملكه سواء كانا صغيرين او كبيرين لانهما بوصف الرق لا يد لهما على نفسهما وقد شوهدا في يد غيره فكان كرؤية ثوب في يده وان لم يعرف رقهما فان كانا صغيرين اي لا يعبران عن انفسهما فكذلك يجوز ان يشهد له بملكهما لما ذكرنا انهما لا يد لهما على انفسهما وان كانا كبيرين اي يعبران عن انفسهما سواء كانا صبيين عاقلين امرا بالغين به صرح المجبوبي فهو مصرف الاستثناء في قوله سوى العبد والامة لان لهما يدا على انفسهما فتدفع يد الغير عنهما حتى ان الصبي الذي يعقل لو اقر بالرق على نفسه لغيره

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال ولا تقبل شهادة الأعمى قال زفر وهو رواية عن أبي حنيفة لا تقبل فيما يجري فيه التسامع لأن الحاجة فيه إلى السماع ولا خلل فيه وقال أبو يوسف والشافعي لا يجوز إذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والأداء يختص بالقول واللسان غير مؤد والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولنا أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص والأعمى بعد الأداء يمنع القضاء عند أبي حنيفة ومحمد لأن قيام الأهلية للشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وقد بطلت فصار كما إذا خرس أو جن أو فسق بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا لأن الأهلية بالموت قد انتهت وبالغيبة ما بطلت

جاز إقراره ويضع المقر له بما يصنع بمملوكه وإذا كان ممن يعبر عن نفسه لا تكون اليد دليل الملك إذ الحر قد يستخدم الحر خدمة العبد وهذا الاحتمال يهدر إذا كانا لا يعبران عن أنفسهما فأما إذا كانا لذلك بلا فلا يزال اعتباره إلا بإقرارهما بالرق فإن لم يقرا لا تثبت الشهادة عليهما وإنما لا تقبل دعواهما الحرية بعد ما كبرا في يد من هما في يده لظهور الرق عليهما باليد في حال صغرهما بناء عن أبي حنيفة أنه يحل له أن يشهد في الكبير عن أيضا وكذا عند أبي يوسف ومحمد فيجعلوا اليد في الكل دليلا على الملك بدليل أن من ادعى عبدا أو أمة في يده غيره وذو اليد يدعي لنفسه فالقول لذي اليد لأن الظاهر شاهد له لقيام يده عليه وقوله والفرق بينما يريد كون يديهما على أنفسهما فتدفع اليد عنهما

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل لما ذكر تفصيل من يسمع من الشهادة شرع في بيان من تسمع شهادته وآخره لأن الحال شروط والشرط غير مقصود لذاته والأصل أن التهمة يبطل الشهادة لقوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم والتهمة تثبت مرة بعدم العدالة ومرة بعدم التمييز مع قيام العدالة **قوله** ولا تقبل شهادة الأعمى مطلقا سواء عمي قبل التحمل أو بعده فيما تجوز الشهادة فيه بالتسامع ولا تجوز وقال زفر وهو رواية عن أبي حنيفة تقبل فيما يجوز فيه بالتسامع لأن الحاجة فيه للسماع ولا خلل في سمعه وهو قول الشافعي ومالك وأحمد والنخعي والحسن البصري وسعيد بن جبير والثوري وتقبل في الترجمة عند الكل لأن العلم يحصل بالسماع وقال أبو يوسف تجوز فيما طريقه السماع وما لا يكفي فيه السماع إذا كان بصيرا وقت التحمل أعمى عند الأداء إذا كان يعرفه باسمه ونسبه وهو قول الشافعي ومالك وأحمد لأنه إذا كان يعرفه باسمه ونسبه كفى كالشهادة على الميت ولنا أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه وهو منتف من الأعمى إلا بالنغمة وفيه أي في التمييز بالنغمة شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فلم تقع ضرورة إلى إهدار هذه التهمة بخلاف وطء الأعمى زوجته وأمته فإنه لا يمكن التحرز عنه بجنس النساء فأهدرت دفعا للحرج عنه والاكتفاء بالنسبة في تعريف الغائب دون الحاضر بخلاف الميت لأنه لا يمكن التحرز عنه بتحقق الشهود على أن الإشارة لم تقع إلى وكيل الغائب ووصي الميت وهو قائم مقامه ولا حاجة إلى الإلحاق بالحدود من جهة أن شهادة الأعمى لا تقبل فيها بالإجماع بل بالتقدم يكفي إذ الرد تهمة ما في الحدود ولا يستلزم الرد بمثلها في غيرها لأن ذلك يحتاط في درء الحكم فيها وأما الاستدلال بما عن علي رضي الله عنه رد شهادة الأعمى فيقول أبو يوسف هذه واقعة حال لا عموم لها فيجاز كونه كان في حد وثبته وقيد في الذخيرة قول أبي يوسف بما إذا كانت شهادته في الدين والعقار أما في المنقول فأجمع علماؤنا أنها لا تقبل واستشكل بكتاب القاضي إلى القاضي فإن الشهود لا يشيرون إلى أحد وتقبل وأجيب بأن الشهود فيه يعرفون المشهود عليه ويقولون رأيناه عرفناه والأعمى لا يعرفه إذ لو رآه لم يعرفه حتى لو قالوا في كتاب القاضي لا نعرفه اليوم لم تقبل وأيضا فقبول كتاب القاضي للضرورة والحاجة كما تقدم ولا ضرورة في شهادة الأعمى لما ذكرنا من إمكان الاستغناء عنه بجنس الشهود هذا قال فلو أدى بصيرا ثم عمي قبل القضاء امتنع القضاء عند أبي حنيفة ومحمد لصيرورة الشهادة حجة عنده أي عند القضاء لأنها إنما تؤدى للقضاء فما يمنع الأداء يمنع القضاء ورد بالعمى والخرس والجنون والفسق يمنع الأداء فيمنع القضاء وأبو يوسف قاسها إذا غاب الشاهد بعد الأداء قبل القضاء أو مات قلنا بالموت انتهت الشهادة وثبت بالغيبة ما بطلت بخلاف العمى فإنه مبطل لها وفي المبسوط أنه لا يجوز شهادة الأخرس بإجماع الفقهاء لأن لفظة الشهادة لا تتحقق منه ونقض بأن الأصح من قول الشافعي تقبل إذا كانت فيه إشارة

قال ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فاولى ان لا يثبت له الولاية على غيره ولا المحدود في القذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى فاولئك هم الفاسقون او استثناء منقطع بمعنى لكن

سنومئ اليه ولقولنا قال مالك واحمد وهو قول الشافعي ولا شك في تحقق التهمة في الاشارة فهو اولى بعدم القبول من الاعمى لان في الاعمى انما تحقق التهمة في نسبة وهنا تحقق في النسبة وغيره من قدر المشهود به وامور اخر **قوله** ولا تقبل شهادة المملوك اي الرقيق وبه قال مالك والشافعي وقال احمد تقبل على الاحرار والعبيد وهو قول انس بن مالك وهو قول عثمان البتي واسحق وداود وعن علي رض تقبل على مثله لا الاحرار والمعول عليه في المنع عدم ولايته على نفسه وما هو الاصح ضعيف بعد ثبوت عدالة العبد وتمام تمييزه وعدم ولايته على نفسه لتعارض يخصه من حق المولى لا النقص في عقله ولا خلل في تحمله وضبطه فلا مانع واما ادعاء الاجماع على عدم قبوله فلم يصح قال البخاري في صحيحه وقال انس شهادة العبد جائزة اذا كان عدلا واجازه شريح وزرارة بن ابي اوفى وقال ابن سيرين شهادته جائزة الا العبد لسيده واجازه الحسن وابراهيم وقال شريح كلكم بنو عبيد واما ما الى هنا لفظ البخاري ولا تقبل شهادة الصبي عندنا وهو قول مالك والشافعي واحمد وعامة العلماء وعن مالك تقبل في الجراح اذا كانوا مجتمعين لامر مباح قبل ان يتفرقوا وروي ذلك عن ابن الزبير والوجه في ان لا تقبل النقصان العقل والتمييز بما يقدم لعلة بعدم التكلف **فرع** اذا تحمل شهادة لمولاه فلم يؤدها حتى عتق فاداها قبلت كالصبي اذا تحمل فادى بعد البلوغ وكذا الذمي اذا سمع اقرار المسلم ثم اسلم فادى جاز **قوله** ولا تقبل شهادة المحدود في قذف وقال الشافعي ومالك واحمد تقبل اذا تاب والمراد بتوبته المؤجلة بقبول شهادته ان تكذب نفسه في قذفه وهل يعتبر معه اصلاح العمل فيه قولان اصحهما يعتبر لقوله تعالى الا الذين تابوا واصلحوا وقيل لا لان عمر رض قال لابي بكرة تب اقبل شهادتك وقد يجاب بان ابا بكرة كان من العباد وحاله في العبادة معلوم فصلاح العمل كان ثابتا له فلم يبق الا التوبة بتكذيب نفسه واصله ان الاستثناء في قوله تعالى الا الذين تابوا ينصرف الى الجملة الاخيرة او الى الكل والمسئلة محررة في الاصول وهي ان الاستثناء اذا تعقب جملا متعاطفة بل ينصرف الى الكل او الاخيرة عندنا الى الاخيرة وقد تقدم ثلاث جمل في قوله تعالى فاجلدوهم ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون والظاهر من عطف ولا تقبلوا انه داخل في حيز الحد للعطف مع المناسبة وقيد التابيد اما المناسبة فلان رد شهادته مولم تقبله سبب عن فعل لسانه كالحد لانه بما يصلح مانعا في المستقبل من فعله والتعذيب سبب لزيادة الوقوع لانه يحترز وعدم من يعرفه لا يستحيي من احد يرافه فاذا فرض ان له داعية الزنا اوسع فيه وكذا قيد التابيد لا فائدة له الا تابيد الرد والاقتال ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون جملة مستانفة لبيان تعليل عدم القبول ثم استثنى الذين تابوا وهذا لان الرد على ذلك التقدير ليس الا الفسق ويرتفع بالتوبة واما رجوع الاستثناء الى الكل في قوله تعالى في المحاربين ان يقتلوا الى قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم حتى سقط عنهم فلدليل اقتضاه وهو قوله تعالى من قبل ان تقدروا عليهم فانه لو عاد الى الاخيرة اعني قوله ولهم عذاب عظيم لم يبق لقوله من قبل ان تقدروا عليهم ليس الا سقوط الحد وهذا لانا انما نقول بعود الاستثناء الى الاخيرة فقط اذا تجرد عن دليل عود الى الكل واما اذا اقترن به عاد اليهما كما يقول هو ان عودها الى الكل او تجرد عن دليل عود الى الاخيرة فقط فلو اقترن به عاد اليهما فقط فح القياس على سائر الحدود غير صحيح لانها لم تقترن بما يوجب ان الرد من تمام الحد فكان قياسا في مقابلة النص لا يقال رد الاستثناء الى الجملة الاخيرة ينفي الفائدة لانه معلوم شرعا ان التوبة تزيل الفسق بغير هذه الآية لانا نقول كون التوبة تزيل استحقاق العقاب بعد ثبوته لا يعرف عقلا بل سمعا وذلك بما يراد ما يدل عليه من السمع وهذا منه وكون آية اخرى تفيده لا يضر

ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم تقبل شهادته لان للكافر شهادة فكان رده بها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهادة اخرى بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد اصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق قال ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه ولا لجده ولا لجدته لما فيه قوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمستأجره لكون المنفعة بين الاولاد والآباء متصلة ولهذا لا يجوز اداء الزكوة اليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه او تتمكن فيه التهمة قال رضه والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت لهم وقيل المراد به الاجير مساهمة او مشاهرة او مياومة فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها

للقطع بان طريق القران تكرار الدوال خصوصا اذا كان مطلوب التاكيد كاقيموا الصلوة وقد تكرر الا الذين تابوا الى قوله فاولئك اتوب عليهم وانا التواب الرحيم وفي اخرى الا من تاب وآمن الى قوله تعالى فاولئك يدخلون الجنة ولا يظلمون شيئا وفي الاخرى الا من تاب الى قوله تعالى فاولئك يبدل الله سيئاتهم حسنات ومواضع اخرى عديدة ه لم يسمع ان يقال في احدها قد عرفت هذا آية اخرى فلا فائدة في هذا الا من اقدم على الكفر والعياذ بالله وانما كان هذا منه قوله تعالى رحمة للعباد وليوكد هذا المعنى ولانه اذا لم يذكره الا في موضع واحد فعسى ان لا يسمعه بعض الناس فاذا تعدد مواضعه فمن لم يسمع تلك الآيات سمع تلك ومن لم يسمع تلك سمع اخرى فكان في تعداد افادة هذا المعنى نصيب عظيم عليه لكل احد مع تاكيد جانب عفوه لا يحصى ثناء عليه واما ما عن عمر رضه انه قال لابي بكرة تب اقبل شهادتك ففي ثبوته نظر لان رواية عمرو بن قيس ولو تركنا النظر في ذلك كان معارضا لما قال لابي موسى الاشعري في كتابه له والمسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلودا في قذف او محرما في شهادة زور او ظنينا بقرابة وقد سنا عنه عم من رواية ابن ابي شيبة قوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ولقولنا قال سعيد بن المسيب وشريح والحسن وابراهيم النخعي وسعيد بن جبير وبكذا روي عن ابن عباس قال المصنف او هو استثناء منقطع وذلك لان التائبين ليسوا داخلين في الفاسقين فكانه قيل واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا فان الله غفور رحيم اي يغفر لهم ويرحمهم واذا كان من تمام الحد لكونه مانعا اي زاجرا يبقى بعد التوبة كاصله اي كاصل الحد فانه لا يسقط بالتوبة فكذا ما كان تماما وفي المبسوط الصحيح من المذهب عندنا انه اذا اقام اربعة من الشهود على صدقه بعد الحد تقبل شهادته **قوله** ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم تقبل شهادته لان للكافر شهادة في الجملة فكان رده بها من تمام شهادته بخلاف العبد اذا حد في قذف ثم اعتق لا تقبل شهادته لانه لم يكن له شهادة اذ ذاك فلزم كون تتميم حده برد الشهادة التي تجددت له وقد طولب بالفرق بينه وبين من زنا في دار الحرب ثم خرج الى دار الاسلام لا يحد حيث توقف حكم الموجب في العبد الى ان امكن ولم يتوقف في الزنا في دار الحرب الى الامكان بالخروج الى دار الاسلام اجيب بان الزنا في دار الحرب لم يقع موجبا اصلا لعدم قدرة الامام فلم يكن الامام مخاطبا باقامته اصلا لان القدرة شرط التكلف فلو حده بعد خروجه من غير سبب آخر كان بلا موجب وغير الموجب لا ينقلب موجبا بنفسه خصوصا في الحد المطلوب درؤه اما قذف العبد فموجب حال صدوره للحد غير انه لم يكن تمامه في الحال فتوقف تتمه على حد وشهادة بعد العتق قال في المبسوط بعد ان ذكر فرق المصنف هذا الفرق على الرواية التي تقبل خبر المحدود في القذف في الديانات اما على رواية المنتقى ان لا تقبل والفرق ان الكافر بالاسلام استفاد عدالة لم تكن موجودة عند اقامة الحد وبهذه العدالة لم تصر مجروحة باقامة الحد بخلاف العبد فانه بالعتق لا يستفيد عدالة لم تكن من قبل وقد صار عدالته مجروحة باقامة الحد ثم لا فائدة في تقييد الجواب في العبد بكون العتق بعد الحد في قوله اذا حد ثم اعتق لانه لو لم يحد حتى اعتق محدا لا تقبل ايضا ولكن وضعه كذلك لانه يبقى لبيان الفرق بينه وبين الكافر والكافر لو قذف مسلما ثم اسلم ثم حد لم تقبل شهادته ولو حد لبعض الحد في حال كفره وبعضه في حال اسلامه ففيه اختلاف الروايتين ومر في حد القذف وفي هذه المسئلة ثلاث روايات لا يسقط شهادتها حتى يقام عليه تمام الحد تسقط اذا اقيم اكثره تسقط اذا ضرب سوط لان من ضرورة ذلك القدر الحكم شرعا بكذبه **قوله** ولا تقبل شهادة الوالد وان علا لولده وان سفل ولا شهادة الولد لابويه واجداده اما الولد من الرضاع فتقبل الشهادة له قال

ولا يقبل شهادة احد الزوجين للآخر وقال الشافعي تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة ولهذا يجري القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من التهمة لشبوته ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس وانما ارد ناه لان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به

المصنف الاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل الخ وهذا الحديث غريب وانما اخرجه ابن ابي شيبة وعبد الرزاق من قول شريح قال لا تجوز شهادة الابن لابيه ولا الاب لابنه ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا الشريك لشريكه في الشيء بينهما لكن في غيره ولا الاجير لمن استأجره ولا العبد لسيده انتهى وقال ابن ابي شيبة ثنا وكيع عن سفيان واخرجا نحوه عن ابراهيم النخعي لكن الخصاف وهو ابو بكر الرازي الذي شهد له اكابر المشايخ انه كبير في العلم رواه بسنده الى عائشة رضي الله عنها ثنا صالح بن زريق وكان ثقة ثنا مروان بن معاوية الفزاري عن يزيد بن زياد الشامي عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا السيد لعبده ولا الشريك لشريكه ولا الاجير لمن استأجره انتهى وقد فسر في رواية شريك امر الشريك وذكر المص ايضا عنه صلى الله عليه وسلم لا شهادة للقانع لاهل البيت وهو بعض حديث رواه ابو داود في سننه عن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رد شهادة الخائن والخائنة وذي الغمر على اخيه وشهادة القانع باهل البيت واجازها لغيرهم قال ابو داود الغمر الضغن كذا رواه عبد الرزاق في مصنفه وعنه رواه احمد وقال في التنقيح محمد بن راشد وثقه احمد بن حنبل ويحيى بن معين وغيرهما والكلام فيه بعض الائمة وقد تابعه غير عن سليمان رواه عن عمرو بن شعيب عن الحجاج بن ارطاة في ابن ماجه واذا ضم ابن قانع في الدارقطني لم يكن في القانع وخرج الترمذي عن يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود حدا ولا ذي غمر على اخيه ولا مجرب بشهادة زور ولا القانع لاهل البيت وهذا الظنين في ولاء او قرابة انتهى وقال غريب لا نعرفه الا من حديث يزيد بن زياد الدمشقي وهو يضعف في الحديث قال والغمر العداوة انتهى وقال ابو عبيدة والغمر العداوة والقانع التابع لاهل البيت كالخادم لهم قال يعني يطلب معاشه منهم لانه قرابة الولاء اعظم في ذلك والظنين المتهم في دينه فهذا الحديث لا ينزل عن درجة الحسن فاذا ثبت رد القانع واذا كان عدلا فالولد والوالد وتحوهما اولى بالرد فيثبت رد شهادتهم بدلالة النص ويكون دليلا على صحة حديث الترمذي المذكور فيه والظنين في ولاء او قرابة قرابة الولاء اعظم في ذلك وان كان راويه مضعفا فليس المراد بالضعيف كل ما يرويه باطل اعتبار ولتهمة الغلط لضعفه فاذا قامت دلالة انه اجاز في هذا المتن وجب اعتباره صحيحا وان كان من روايته ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة فتكون شهادة لنفسه من وجه ولكون الولاء كنفسه من وجه لم يجز مشرعا وضع الزكوة فيهم وعلى هذا كان شريح حتى رد شهادة الحسن رضي الله عنه حين شهد مع قنبر لعلي رضي الله عنه فقال علي ما سمعت انه صلى الله عليه وسلم قال الحسن والحسين سيدا شباب اهل الجنة قال نعم صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن ابت بشاهد آخر فقيل عزله ثم اعاده وزاد في رزقه فقيل جمع علي له قوله والمراد بالاجير على ما قالوا التمييز الخاص الذي يعد نفعه وضرره ضررا كل منهم وهو المراد بالقانع المذكور في الحديث واما شهادة الاستاذ فقبوله وكذا المستأجر وقيل المراد الاجير مساسهة او مشاهرة او مياومة لانه اذا كانت اجارته على هذا الوجه وخلت منفعته التي هي الاداء في اجرته فيكون مستوجبا لاجرته فيصير كالمستأجر عليها وفي العيون قال محمد رحمه الله في رجل استأجر رجلا يوما واحدا فشهد له الاجير في ذلك اليوم القياس ان لا تقبل ولو كان اجيرا خاصا فشهد فلم يعمل حتى ذهب الشهر ثم عدل قال البلخي كرجل شهد لامرأته ثم طلقها ولو شهد ولم يكن اجيرا ثم صار اجيرا له قبل ان يقضى فاني ابطل شهادته فان لم تبطل حتى بطلت الاجارة ثم اعاد الشهادة جازت كالمرأة اذا طلقها قبل ان ترد شهادته ثم اعادها لا تجوز وما في زيادات الاصل من قوله تقبل شهادة الاجير حمل على الاجير المشترك **قوله** ولا تقبل شهادة احد الزوجين للآخر ولو كان المشهود له مملوكا من الزوجة او الزوج

ولا شهادة المولى لعبده لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من وجه ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى ولا لمكاتبه لما قلنا ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما او لشريكه فيما هو من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة وتقبل شهادة الزوجين لاخيهما لانعدام التهمة لان الاملاك هنا مفروزة متباينة ولا بسوطة بعضهم شمال البعض

قال ولا تقبل شهادة مخنث وهو الذي فيه الخنث في الردى من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين او في اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة

وعندنا وقال الشافعي تقبل وبقولنا قال مالك واحمد وقال ابن ابي ليلى والثوري والنخعي لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها لان لها حقا في ماله بوجوب نفقتها وتقبل شهادة الزوج لها لعدم التهمة وجه الشافعي ان الاملاك بينهما متميزة والايدي متميزة اي كل يد في حيز الاخرى فهي مجموعة عند من جاز الشيء منعه فلا اختلاط فيهما ولهذا يجري بينهما القصاص والحبس الذين ولا معتبر بما بينهما من النفع المشترك لكل منهما بمال الآخر لانه غير مقصود بالنكاح لانه لم يقصد لان ينتفع كل منهما بمال الآخر وانما ثبت ذلك تبعا للمقصود وعادة وصار كالغريم اذا شهد لمديونه المفلس بمال له على آخر تقبل مع توهم انه يشاركه في منفعته ولنا ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته قد سمعت انه من مقول شريح مرفوع من رواية الخصاف ولو لم يثبت ثم فيه نص كفى المعنى فيه والحاقه بقرابة الولادة في ذلك لجامع شدة الاتصال في المنافع حتى يعد كل غنيا بمال الآخر وكذا قال تعالى ووجدك عائلا فاغنى قيل بمال خديجة رضي الله عنها بل يكون الاتصال بينهما في المنافع والانبساط فيها اكثر من بين الآباء والاولاد بل قد يعادي ابويه لرضى زوجته وهي لرضاه ولان الزوجية اصل الولاد لان الولادة عنها تثبت فتلحق بالولاد فيما يرجع الى معنى اتصال المنافع كما اعطي كسر ميراث الصيد حكم قتل الصيد عندنا بخلاف القصاص لان بدل الموت لا زوجية وفي المحيط لا تقبل شهادته لمعتدته من رجعي ولا بائن لقيام النكاح في بعض الاحكام فلو شهد احدهما للآخر في حادثة فحدثت وارتفعت الزوجية فاعادا تلك الشهادة تقبل بخلاف ما لو ردت لفسق ثم تاب وصار عدلا واعاد تلك الشهادة لا تقبل وبه قال مالك واحمد والشافعي في الاصح لان القاضي لما ردها صار مكذبا في تلك الشهادة شرعا فلا تقبل بخلاف شهادة العبد والكافر والصبي اذا ردت ثم عتق واسلم وبلغ واعادها تقبل وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك وهو رواية عن احمد لا تقبل كالرد للفسق قلنا رد شهادتهم لعدم الاهلية لا لتهمة الكذب وهي كافية في الرد فاذا صاروا اهلا تقبل ولو قيل الرد في الفسق لا يستلزم الحكم بكذبه بل بمجرد تهمة به وبالاعادة في العدالة ترتفع تهمة كذبه في تلك الشهادة بعينها فيجب قبولها احتاج الى الجواب فصار كالحاصل كل من رجعت شهادته لمعنى وزال ذلك المعنى لا تقبل اذا اعاد بل زوال ذلك المعنى الا العبد واحد الزوجين للآخر والكافر والاعمى والصبي اذا شهد فرد والكافر والاعمى والصبي اذا شهد كل منهم فردوا ثم عتق واسلم وابصر وبلغ فشهدوا في تلك الحادثة بعينها تقبل ولا تقبل فيما سواها وتقبل لام امرأته وبنتها ولزوج بنته ولامرأة ابنه ولامرأة ابيه ولاخت امرأته

قوله ولا شهادة المولى لعبده لما تقدم من رواية الخصاف ولانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين ومن وجه اذا كان ولان الحال اي حال مال العبد فيما اذا كان عليه دين موقوف مراعى بين ان يصير للغرماء بسبب بيع المال في دينه وبين ان يبقى للمولى بسبب قضائه دينه وكذا المدبر وام الولد والمكاتب وهو قول الائمة الثلاثة وقوله لما قلنا يعني من انه شهادة لنفسه من كل وجه ومن وجه وفي المبسوط كذا لا تقبل شهادة ابي المولى وابنه وامرأته لمولاه وكذا شهادة المرأة لزوجها المملوك على ما قدمناه وكان مقتضى القياس ان تقبل لانها في الحقيقة شهادة لسيدها ولكن منعوه للفظ التهم السابق ولا الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما بخلاف ما ليس من شركتهما حيث تقبل لانتفاء التهمة غير ان هذا لا يتحقق في الشريك المفاوض لان كل شيء هو من شركتهما واذا قالوا لا تقبل الا في الحدود والقصاص والنكاح والعتاق والطلاق لان ما سوى هذه مشترك بينهما وفي ان تجوز الشهادة بما كان من طعام اهل احدهما او كسوتهم ايضا لانه لا اشتراك بينهما فيه قوله وتقبل شهادة الاخ لاخيه عند قبل الاختلاف لكن قال شمس الائمة شيخ ادب القاضي من السلف من قال لا تقبل شهادة الاخ لاخيه ولا شك في ضعف التهمة فيه لانه لا بسوطة وليس مظنة ملزومة الالفة بل كثيرا يكون بينهم العداوة والبغضاء وكل قرابة يمنع الولاد كالاخوال والخالة وغيرها كالاخ تقبل فيه الشهادة قوله ولا تقبل شهادة مخنث واحد اذا كان في الردى من الافعال

ولا نائحة ولا مغنية لانهما ارتكبا محرما فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين الناعد للغنة

قال ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة

وهو التشبه بالنساء تعمد الذلك في تزيينه وتكسير اعضائه وتليين كلامه كما هو صفتهن لكون ذلك معصية روى ابو داود وباسناده الى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعن الله المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء يعني المتشبهات بالرجال فكيف اذا تشبه بهن فيما هو اقبح من ذلك فاما الذي في كلامه لين خلقته وفي اعضائه تكسير خلقته فهو عدل مقبول الشهادة **قوله** ولا نائحة ولا مغنية هذا لفظ القدوري فاطلق ثم قال بعد ذلك ولا من يغني للناس فورد انه تكرار ليعلم ذلك بما ذكر من قوله مغنية والوجه ان اسم مغنية ومغن انما هو في العرف لمن كان الغناء حرفته التي يكتسب بها المال الا يرى اذا قيل ما حرفته او ما صناعته يقال مغن كما يقال خياط حداد فاللفظ المذكور هنا يراد به ذلك غير انه خص المؤنث به ليوافق لفظ الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله النائحات لعن الله المغنيات ومعلوم ان ذلك لوصف التغني لا لوصف الانوثة ولا للتغني مع الانوثة لان الحكم المرتب على المشتقات انما يتقيد ان وصف الاشتقاق هو العلة فقط لا مع زيادة اخرى نعم هو من المرأة افحش لرفع صوتها وهو حرام ونصوا على ان التغني للهو او لجمع المال حرام بلا خلاف ومثل هذا لفظ النائحة صار عرفا لمن جعلت النياحة مكسبة ولكن حينئذ كانه قال لا تقبل شهادة من اتخذ التغني صناعة يأكل بها ومن لم يكن ذلك صناعته كذا علل في الكتاب بانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة وفي النهاية ان الغناء في حقهن مطلقا حرام لرفع صوتهن وهو حرام ولذا اطلق في قوله مغنية وقيد في غناء الرجال بقوله للناس ولا يخفى ان قوله من يغني للناس لا يخص غناء الرجال لان من يطلق على المؤنث خاصة فضلا عن الرجال والنساء معا وكون صلتها وقعت بتذكير الضمير في قوله يغني باليا من تحت لا يوجب خصوصه بالرجال لما عرف انه يجوز في ضمير ما مراعاة المعنى ومراعاة اللفظ ومراعاة اللفظ اولى وان كان المغني على التانيث فكيف اذا كان المغني اعم من المؤنث والمذكر فان قلت تعليل المصنف رحمه الله بجمع الناس على كبيرة يقتضي ان التغني مطلقا حرام وان كان مفاده بالذات ان الاستماع كبيرة لانهم انما يجتمعون على الاستماع بالذات الا ان كون الاستماع محرما ليس الا لحرمة المسموع وليس كذلك فانه اذا تغنى بحيث لا يسمع غيره بل لنفسه يدفع عنه الوحشة لا يكره وقيل ولا يكره واذا فعله ليستفيد به نظم القوافي وليصير فصيح اللسان وقيل ولا يكره لاسماع الناس اذا كان في العرس والوليمة وان كان فيه نوع لهو بالنص في العرس فالجواب ان في التغني لاسماع نفسه ولدفع الوحشة خلاف بين المشايخ منهم من قال لا يكره لما كان على سبيل اللهو احتجاجا بما عن انس بن مالك رضي الله عنه انه دخل على اخيه البراء بن مالك رضي الله عنهما وكان من زهاد الصحابة وكان يتغنى وبه اخذ شمس الائمة السرخسي رح ومن المشايخ من كره جميع ذلك وبه اخذ شيخ الاسلام وكمل حديث البراء بن مالك رضي الله عنهما انه كان ينشد الاشعار المباحة التي فيها ذكر الحكم والمواعظ فان لفظ الغناء كما يطلق على المعروف يطلق على غيره قال صلى الله عليه وسلم من لم يتغن بالقرآن فليس منا وانشاد المباح من الاشعار لا باس به ومن المباح ان يكون فيه صفة امرأة مرسلة بخلاف ما اذا كانت بعينها حية واذا كان كذلك فجاز ان يكون المصنف قائلا بتعميم المنع كشيخ الاسلام رح الا انا عرفنا من هذا ان التغني المحرم هو ما كان في اللفظ الاجل كصفة المذكر والمرأة المغنية الحية ووصف الخمر المهيج اليها والدائرات والخانات والهجاء المسلم او ذمي اذا اراد المتكلم هجاءه الا اذا انشاد الشعر للاستشهاد به او التعلم فصاحته وبلاغته ويدل على ان وصف المرأة كذلك غير مانع كما سلف في كتاب الحج من انشاد ابي هريرة وهو محرم ٭ قامت تريك سبيبة من خشية ٭ ساقا بخندلة وكعبا اوريا ٭ وانشد ابن عباس رضي الله عنهما ان تصدق آمرأة لميسنا ٭ لان المرأة فيها ليست مغنية فلولا ان انشاد ما فيه وصف امرأة كذلك جائز لم تقل الصحابة وعلى القطع به في هذا قول كعب بن زهير بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم ٭ وما سعاد غداة البين اذ رحلت ٭ الا اغن غضيض الطرف مكحول ٭ يجلو عوارض ذي ظلم اذا ابتسمت ٭ كانه منهل بالراح معلول ٭ وكثير في شعر حسان من هذا القبيل وقد سمعه صلى الله عليه وسلم ولم ينكره في قصيدته

ولانه قد يقف على عورات النساء بصعود سطحه ونظر جيرانه ومن الغنى ولا من يأتي بالطنبور وهو المشتق قال
ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة قال ولا من يأتي بابا من ابواب الكبائر التي يرتكب بها الفسق

التي اولها سبب تلف فؤادك في المنام خريدة وتليه الفصيح بيار ويسام وهذا الزهريات المجردة عن ذلك المتضمن عبث الرجل والزيارة الساطعة كقول ابن المعتز
سبب بسقايا بنايات خليج كانها اذا صافحت لفحة الريح سبر ويعني متاملك الرياض وقوله ترى الرياح اذا سخن صبيرة باسلة وتعيش كل قذاة ما ان تزال عنه بحبي كالمطلع الحسناء في المرآة وبه فلا وجه لمنعه على هذا نعم اذا قيل ذلك على الملاهي امتنع وان كان موعظا وحكما لا لذاته لانها لذاته التغني وهو اعلم وفي المغني الرجل الصالح اذا تغنى بشعر فيه فحش لا تبطل عدالته وفي مغني ابن قدامة الملاهي لو كان محرم وهو الآلات المطربة بلا خلاف كالمزمار والطنبور ونحوه لما روى ابو امامة انه عم قال ان الله بعثني رحمة للعالمين وامرني بمحق المعازف والمزامير والنوع الثاني مباح وهو الدف في النكاح في معناه ما كان من حادثة سرور وهو كره غيره لما روي عن ابن عمر رضي الله عنه انه كان اذا سمع صوت الدف بعث ينظر ان كان في وليمة سكن وان كان في غيره عمد بالدرة في الاجناس سئل محمد بن شجاع عن الذي ترنم مع نفسه قال لا يقدح في شهادته واما القراءة بالالحان فاباحها قوم وحظرها قوم والمختار ان كانت الالحان لا تخرج الحروف عن نظمها وحذوها فمباح والا فغير مباح كذا ذكره وقد قدمنا في باب الآذان ان الصحيح ان التلحين لا يكون الا مع تغيير مقتضيات الحروف فلا معنى لهذا التفصيل ونقلنا هناك عن الامام احمد رحمه الله انه قال للسائل عن القراءة بالتلحين وقد اجاب بالمنع ما اسمك فقال محمد رحمه فقال ايعجبك ان يقال لك يا محمد هذا واما النائحة فظاهر انها ايضا في العرف لمن اتخذت النياحة مكسبة فاما اذا ناحت لنفسها فصرح في الذخيرة قال لم تر والنائحة التي تنوح في مصيبتها بل التي تنوح في مصيبة غيرها اتخذت ذلك مكسبة لانها لما ارتكبت معصية لاجل المال لا يؤمن ان تكذب شهادة الزور وكذلك وهو اشهر فيها من العقاء والنوح وهي العقاء والنوح في مدة طويلة لم يتعقب هذا احد من المشايخ فيما علمت لكن بعض متاخري الشارحين نظر فيه بانه معصية فلا فرق بين كونه للناس او لا قال صلى الله عليه وسلم لعن الله الصالقة والحالقة والشاقة وقال عليه السلام ليس منا من ضرب الخدود وشق الجيوب ودعى بدعوى الجاهلية وهما في صحيح البخاري ولا شك ان النياحة ولو في مصيبة نفسها معصية لكن الكلام في ان القاضي لا يقبل شهادتها لذلك وذلك يحتاج الى الشهرة ليصل الى القاضي فانما قيد بكونها للناس بهذا المعنى والا فهو يرد عليه مثله في قولهم ولا من الشرب على اللهو يريد شرب الاشربة المحرمة خمرا وغيره ولفظ محمد رحمه في الاصل ولا شهادة مدمن خمر ولا شهادة مدمن المسكر يريد ولو من الاشربة المحرمة التي ليست خمرا فقال هذا الشارح شرط الادمان في الخمر وهذه الاشربة يعني الاشربة المحرمة لسقوط العدالة مع ان شرب الخمر كبيرة بلا قيد الادمان ولهذا لم يشترط الخصاف في شرب الخمر الادمان لكن نص عليه في الاصل كما سمعت فما هو جوابه فالجواب في تقييد المشايخ بكون النياحة للناس ثم هو نقل كلام المشايخ في توجيه اشتراط الادمان انه انما شرط ليظهر عند الناس فان من شرب مرة سرا لا تسقط عدالته ولم يفش فيه الكلمة واحدة فكذا الذي ناحت في بيتها لمصيبتها لا تسقط عدالتها لعدم اشتهاره وذلك عند الناس والنقل الى تعليل المصنف رح بعد ذكر الادمان بانه ارتكب محرم وينبغي مع ان ذلك ثابت بلا ادمان وانما اراد انه اذا ادمن حينئذ يظهر انه مرتكب محرم دينه فقط وشهادته بخلاف التي ناحت تنوح للناس الخ وحينئذ يكون كالذي يظهر ويخرج سكران ويلعب به الصبيان في رد شهادته وصرح بان الذي يتهم بشرب الخمر لا تسقط عدالته ومنهم من فسر الادمان بينة وهو ان يشرب مرة اخرى وهذا هو معنى الاصرار وانت تعلم انه سيذكر رد شهادة من يأتي بابا من ابواب الكبائر التي تتعلق بها الحدود وشرب الخمر منها من غير توقف على ان نيته ان يشرب لان النية امر مبطن لا تظهر الناس والمدارات التي يتعلق بوجودها حكم القاضي لا بد ان يكون ظاهرة لا خفية لانها معرفة والخفي لا يعرف والظهور بالادمان الظاهر لا بالبينة نعم بالادمان الظاهر يعرف اصراره لكن بالاجماع العدالة لا تتوقف في الكبائر على الاصرار بل ان يأتيها ويعلم ذلك وانما ذلك في الصغائر وقد اندرج فيما ذكرنا شرح ذلك اما من يلعب

قال ولا من يدخل الحمام من غير إزار لأن كشف العورة حرام أو يأكل الربوا أو يقامر بالنرد والشطرنج لأن كل ذلك من الكبائر وكذلك من تفوته الصلوة للاشتغال بهما فأما بلعب النرد واللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لأن للاجتهاد فيه مساغا وشرط في الأصل أن يكون أكل الربوا مشهودا به لأن الإنسان قلما يخلو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا

بالطيور فإنه يورث غفلة وهذا كان بالخاصية المعروفة بالاستقراء وترد شهادة المغفل لعدم الأمن من زيادته ونقصه ولأنه يتوقف على عورات الناس لصعود سطحه ليطير طيره وهذا يقتضي منع صعود السطح مطلقا إلا أن يراد أن ذلك يكثر منه لهذه الداعية فإنها داعية كالحرب في اقتضاء المواظبة عليه كما في لعب الشطرنج فإنه يشاهد فيه داعية عظيمة على المواظبة حتى أنهم يستهترون النهار والليل لا يسأل عن أكل ولا شرب فإن ظهر وجه على أنه من دواعي الشيطان والأولى أن اللعب بالطيور فعل مستخف به يوجب في الغالب اجتماع الناس إليه وصحبتهم وذلك مما يسقط العدالة هذا وفي تفسير الكبائر كلام فقيل هي السبع التي ذكرت في الحديث وهو الإشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر والربا وبعضهم أكل الربوا وأكل مال اليتيم وفي البخاري عنه عليه السلام اجتنبوا السبع الموبقات قالوا يا رسول الله صلى الله عليه وسلم وما هن فذكرها وفيها السحر وأكل الربوا وأكل مال اليتيم وفيه عنه عم الا أنبئكم بأكبر الكبائر قالوا بلى يا رسول الله قال الشرك بالله وعقوق الوالدين وكان متكيا فجلس فقال ألا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها الحديث وقد عد أيضا منها السرقة وورد في حديث من جمع بين صلاتين من غير عذر فقد أتى بابا من أبواب الكبائر وقيل الكبيرة ما فيه حد وقيل ما ثبت حرمته بنص القرآن وقيل ما كان حراما بعينه نقل عن ظواهر زاوية أنها ما كان حراما محضا سمي في الشرع فاحشة كاللواطة أو لم يسم بها لكن شرع عليها عقوبة محضة بنص قاطع أما في الدنيا بالحد كالسرقة والزنا والوعيد بالنار في الآخرة كأكل مال اليتيم ولا تسقط عدالة شارب الخمر بنفس الشرب لأن هذا الحد ما ثبت بنص قاطع إلا إذا داوم على ذلك فإن العدالة تزول بالإصرار على الصغائر فهذا أولى وهذا يخالف ما تقدم من عد شرب الخمر من الكبائر في نفس الحديث وذكره الأصحاب وفي الخلاصة بعد أن نقل القول بأن الكبيرة ما فيه حد نص الكتاب قال وأصحابنا لم يأخذوا بذلك وإنما بنوا على ثلاثة بيان أحدها ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الدين والثاني أن يكون فيه مناينة المروة والكرم وكل فعل يرفض المروة والكرم فهو كبيرة والثالث أن يصر على المعاصي والفجور ولا يخفى ما في هذا من عدم الانضباط وعدم الصحة أيضا وفي الفتاوى الصغرى العدل من يجتنب الكبائر كلها حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته وفي الصغائر العبرة للغلبة لتصير كبيرة حسن ونقله عن أدب القاضي للخصاف وعليه المعول غير أن الحكم بزوال العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج إلى الظهور فلذا شرط في شرب المحرم السكر الإدمان والله سبحانه وتعالى أعلم ولا تقبل شهادة من يجلس مجالس الفجور والمجاهرة على الشرب وإن لم يشرب لأن اختلاطه بهم وتركه الأمر بالمعروف تسقط عدالته وفي الذخيرة والمحيط هذا إذا لم يعاونه على المعاصي وأعانت عليها من جملة الكبائر قوله ولا من يدخل حمام بغير إزار لأن كشف العورة حرام وفي الذخيرة إذا لم يعرف رجوعه عن ذلك وأما ما ذكر الكرخي أن من يمشي الطريق بسراويل ليس عليه غيره لا تقبل شهادته فليس للحرمة بل لأنه يخل بالمروة قوله أو يأكل الربوا إلى قوله أو من يفعل الأفعال المستحقرة أما أكل الربوا فكثير إطلاقه وقيده بعضهم في الأصل بأن يكون مشهورا به فقيل لأن مطلقه لو اعتبر بما لم يقبل شاهدا لأن العقود الفاسدة كلها في معنى الربوا وقل من يباشر عقود البياعات ويسلم وإنما منه وقيل لأن الربوا ليس بحرام محض لأنه يفيد الملك بالقبض كسائر البياعات الفاسدة وإن كان عاصيا مع ذلك فكان ناقصا في كونه كبيرة والمانع في الحقيقة هو ما يكون دليلا على إمكان ارتكاب شهادة الزور وشهادة الزور حرام محض فالدال عليها لا بد من كونه كذلك بخلاف أكل مال اليتيم ترد شهادته بمرة وقيل لأنه إذا لم يشتهر به كان الواقع ليس إلا حرمة أكل الربوا ولا تسقط العدالة به وهذا أقرب ومرجعه إلى ما ذكر في وجه تقييد شرب الخمر بالإدمان وأما قوله ليس بحرام محض فلا تعويل عليه والدال على تجويز شهادة الزور يكفي كونه مرتكبا محظورا وفيه ألا ترى إلى ما قال أبو يوسف إذا كان الفاسق وجيها تقبل شهادته لبعد أن يشهد بالزور لوجاهته على ما تقدم ثم لم يرتض ذلك لأنه مخالف لنص

قال ولا من يفعل الافعال المستحقة كالبول على الطريق والاكل على الطريق لانه ترك المروءة وانما لا يقبل من يعتاد الكذب ويتهم بقوله

الكتاب قوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا اما الاول فالربوا المختص بعقد على الاموال الربوية فيه تفاضل او نسيئة بل اكثر ما كانوا عليه ربا النسيئة
آية الربوا بسبب اقراضهم المقدار كالمائة وغيرها باكثر منه الى اجل فان لم يقضه فيه اربى عليه فتربو الكية وهذا هو المتداول في غالب الازمان لا
بيع درهم بدرهمين نقدا لا يتفق ذلك اصلا ولا قليلا واما اكل مال اليتيم فلا يقبله احد ونصوا انه كبيرة وانت تعلم انه لا بد من الظهور لا القاضي لان
الكلام فيما يرد به القاضي الشهادة فكانه يقبل لانه يحاسب فيعلم انه استقص من المال والحاصل ان الفسق في نفس الامر مانع شرعا غير ان القاضي
لا يرتب ذلك الا بعد ظهوره له فالكل سواء في ذلك كذا قول اذا علم انه يلعب بالنرد شهادته سواء قامر به او لم يقامر لما في حديث ابي داود من لعب
بالنرد شير فقد عصى الله ورسوله ولعبة الطاس في بلادنا مثله لانه يرمي ويطرح بلا حساب واعمال وفكر وكلما كان كذلك مما احدثه
الشيطان وعلمه اهل الغفلة فهو حرام سواء قومر به او لا واما الشطرنج فقد اختلفوا في اباحته فعندنا لا يجوز وكذا عند الامام احمد لما روينا فانه قيل ان
النرد شير هو الشطرنج ولما سياتي في باب الكراهة ان شاء الله تعالى من قوله صلى الله عليه وسلم كل لهو المؤمن باطل الا ثلاثة تاديبه لفرسه ومناضلته عن
قوسه وملاعبته مع اهله رواه ابو داود وعن عقبة بن عامر عنه صلى الله عليه وسلم ليس من اللهو الا ثلاث تاديب الرجل فرسه وملاعبته مع اهله ورميه بقوسه ونبله
وعند الشافعي ومالك يباح مع الكراهة ان تجرد عن الحلف كاذبا والكذب عليه وتاخير صلوة عن وقتها والمقامرة به فلما كان للاجتهاد فيه متجر وساغ لم تسقط
العدالة به واما ما ذكر من ان من يلعب على الطريق ترد شهادته فلاتيانه الامور المحقرة ولا تقبل شهادة اهل السعدة والذمي في ديارنا وكالاذا ما ساحرا او كاهنا
اعني الذي ياكل منها ويتخذها كسبا فاما من علمها ولم يعلمها فلا وصاحب السيمياء على هذا اقول ولا من يفعل الافعال المستحقة وفي بعض النسخ المستقبحة وفي بعضها المستخفة وان لم
تكن في نفسها محرمة والمستخفة بفتح الخاء وكسرها التي يستخف الناس فاعلها او بخصلة التي تستخف الفاعل فيه ومنه ما لا يليق وعلى هذا المعنى قوله تعالى ولا
يستخفنك الذين لا يوقنون وذلك كالاكل على قارعة الطريق يعني بمراى الناس والبول عليها ومثله الذي يكشف عورته ليستنجي من جانب
بركة والناس حضور وقد كثر ذلك في ديارنا من العامة وبعض من لا يستحي من الطلبة والمشي بسراويل فقط ومد رجله عند الناس وكشف راسه في
موضع يعد فعله خفة وسوء ادب وقلة مروءة وحياء لان من يكون كذلك لا يبعد منه ان يشهد بالزور وفي الحديث عنه عم ان مما ادرك الناس من
كلام النبوة الاولى اذا لم تستح فاصنع ما شئت وعن الكرخي لو ان شيخا صارع الاحداث في الجامع لم تقبل شهادته لانه سخيف واما اهل الصناعات الدنية كالكساح و
هو الذي يسمى في عرف بلاد مصر قنواتي والزبال والحائك والحجام فقيل لا تقبل وبه قال الشافعي واحمد وجه بكثرة خلفهم الوعد وكذبهم ورايت اكثر مخالف
الوعد السمكري والاصح تقبل لانها قد تعلو لا يقوم صالحون فما لم يعلم القادح لا يبنى على ظاهر الصناعة ومثله النخاسون والدلالون فانهم يكذبون كثيرا زيادة
على غيرهم مع حلفهم فلا يقبل الا من علم عدالته منهم وقيل لا تقبل شهادة بائعي الاكفان قال شمس الائمة هذا اذا ترصد لذلك العمل فاما اذا كان يبيع الثياب
ويشتري منه الاكفان فيقبل لعدم تمنيه الموت للناس والطاعون وقيل لا تقبل شهادة الصكاكين لانهم يكتبون هذا ما اشترى او باع او اجر او قبض
المبيع قبل وقوعه فيكون كذبا ولا فرق في الكذب بين القول والكتابة والصحيح تقبل اذا كان غالب احوالهم الصلاح فانهم غالبا انما يكتبون بعد صدور العقد قبل
صدوره ويكتبون على المجاز تنزيلا له منزلة الواقع يستغنون عن الكتابة اذا صدر المعنى بعدها ورد بعض العلماء شهادة القروي والاعرابي وعامة
العلماء تقبل الا من غيره ولا تقبل شهادة الشطرنجي والرقاص والمجازف في كلامه المسخرة وفي الحديث ويل للذي يحدث ويكذب كي يضحك منه الناس
ويل له ويل بلا خلاف وقال نصير بن يحيى من يشتم الهه ومماليكه كثيرا في كل ساعة لا تقبل وان كان احيانا تقبل كذا الشتام للحيوان كدابة واما في ديارنا فكثير

من يظهر سب السلف لظهور فسقه بخلاف من يكتمه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية وقال الشافعي لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما اوقعه فيه لا لدينه فيمتنع عن الكذب وصار كمن يشرب المثلث او ياكل متروك التسمية عامدا مستحلا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي اما الخطابية فهم قوم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكنت التهمة في شهادتهم لظهور فسقهم

قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت ملهم وقال مالك والشافعي لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد ولنا ان النبي عليه السلام اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل الولاية على نفسه وعلى اولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقد محرم دينه والكذب محظور الاديان كلها بخلاف المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا يجاوز الغيظ على التقول

يشتمون بائع الدابة فيقولون قطع الله يمين بائعك قال لا من يحلف في كلامه كثيرا ونحوه وحكي ان الفضل بن الربيع شهد عند ابي يوسف فرد شهادته فشكاه الى الخليفة فقال الخليفة ان وزيري جهل وين لا يشهد بالزور فسلم ردت شهادته قال لاني سمعته يلعنني فقال للخليفة انا عبدك فان كان صادقا فلا شهادة للعبد وان كان كاذبا فكذلك فعذره الخليفة والذي عندي ان رد ابي يوسف رده شهادته ليس لكذبه لان قول الحر لغيره انا عبدك انما هو مجاز باعتبار معنى القيام بخدمتك وكوني تحت امرك ممتثلا له على انا نفسي في ذلك التكلم بالمجاز على اعتبار الجامع ووجه الشبه ليس كذبا محضا شرعا ولذا وقع المجاز في القرآن ولكن رده لما يدل عليه خصوص هذا المجاز من اذلال نفسه وتملقه لاجل الدنيا فربما يغير هذا الكلام اذا قيل للخليفة فعدل الى الاعتذار بامر يقرب من خاطره والحاصل ان ترك المروءة مسقط للعدالة وقيل في تعريف المروءة ان لا يأتي الانسان ما يعتذر منه مما يخطه عن مرتبته عند اهل الفضل وقيل السمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب السخف والمجون والارتفاع عن كل خلق دني والسخف رقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل وعن ابي حنيفة رده لا تقبل شهادة البخيل وقال مالك ان افرط لانه يؤديه الى منع الحقوق **قوله** ولا من يظهر سب السلف كالصحابة والتابعين ومنهم ابو حنيفة رده وكذا العلماء ونص ابو يوسف رده على عدم قبوله قال لانه اذا اظهر سب واحد من المسلمين سقط عدالته فاذا ظهر في واحد من الصحابة فكيف يكون مقبولا وقيد بالاظهار لانه اذا اعتقده ولم يظهره فهو على عدالته تقبل شهادته وكذا قال ابو يوسف من رواية ابن سماعة لا اقبل شهادة من يشتم اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم اقبل شهادة من يتبرأ منهم لان اظهار الشتمة مجونة وسفه لا يأتي به الا الاوضاع والاسقاط وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك المتبري لانه يعتقده دينا مرضيا عند الله وان كان على باطل فالحاصل انه من اهل الاهواء وشهادة اهل الاهواء جائزة وتقبل شهادة اهل الاهواء كلهم من المعتزلة والقدرية والخوارج وسائرهم تقبل شهادتهم على مثلهم وعلى اهل السنة الا الخطابية وهم طائفة من الروافض لا لخصوص بدعتهم وهواهم بل لمقتهم كذب لما تقبل عنهم انهم يشهدون لمن حلف لهم انه محق او يرون وجوب الشهادة لمن كان على رأيهم وهو الذي ذكره المص فمنع قبول شهادتهم لشيعتهم كذلك ولغير شيعتهم للامر الاول وما نقله المص عن الشافعي هو قول مالك وابي حامد من الشافعية واما قول الشافعي فكقولنا بلا خلاف وجه قول مالك ما ذكر ان البدعة في الاعتقاد من اعظم الفسوق فوجب رد شهادته بالآية ولنا ان صاحب الهوى مسلم غير متهم بالكذب لتدينه بتحريمه حتى انه ربما يكفره كالخوارج فهو ابعد من التهمة واما الآية فانها مخصوصة بالفسق من حيث الاعتقاد مع الاسلام فكان المراد منها الفسق الفعلي ولذا قال محمد بقبول شهادة الخوارج اذا اعتقدوا ولم يقاتلوا فاذا قاتلوا ردت شهادتهم لاظهارهم الفسق بالفعل والدليل على التخصيص اتفاقنا على قبول روايتهم للحديث وفي صحيح البخاري كثير منهم مع اعتماد العلوي الصحة مع ان قبول الرواية ايضا مشروطة بعدم الفسق بظاهر وجه المعنى وهو ان من رد شهادته لفاسق لتهمة الكذب وذلك منتف فيهم والخطابية نسبة الى ابي الخطاب وهو محمد بن ابي زينب الاسدي الاجدع وقيل محمد بن ابي زينب الاسدي الاجدع وخرج ابو الخطاب بالكوفة وحارب عيسى بن موسى بن علي بن عبد الله بن عباس رضي الله عنهم واظهر الدعوة الى جعفر فتبرأ منه جعفر ودعا عليه فقتل هو واصحابه قتلة وصلبه عيسى بالكناسة **قوله** وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض قيد به ليخرج شهادتهم على المسلم فيدخل في اللفظ شهادة اهل ملة منهم على اهل ملة اخرى حتى نص عليه بقوله وان اختلفت ملهم احترز به عن قول ابن ابي ليلى وابي عبيد انها لا تقبل مع اختلاف الملة كشهادة اليهودي على النصراني وعكسه وقال مالك والشافعي لا تقبل اصلا لانه فاسق قال تعالى والكافرون هم الظالمون ووقع في كثير من نسخ الهداية والكافرون هم الفاسقون وفي النهاية النسخة المصححة تصحيح خط شيخي قال تعالى الكافرين هم الفاسقون اذ الذي في القرآن والكافرون هم الظالمون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادتهم على المسلم كالمرتد

قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به والله اعلم المستأمن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من اهل دارنا وهو اعلى حالا منه وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة وان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا وكذا المستأمن

بذلك الجامع ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وقال ممن ترضون من الشهداء والكافر ليس بعدل ولا مرضي ولا مستأمن ولانا لو قبلنا شهادتهم لاوجبنا القضاء على القاضي بشهادتهم ولا يلزم على المسلم شيء لقوله قال الصادق لنا ما روى النبي صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض قال الامام الزيلعي غريب وغير مطابق للمدعى وهو ان شهادة بعضهم على بعض جائزة وان اختلفت ملكهم ولو قال اهل الكتاب عوض النصارى وافق وكذا اخرجه ابن ماجه عن مجالد عن الشعبي عن جابر بن عبد الله ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة اهل الكتاب بعضهم على بعض ومجالد فيه مقال ثم قال شيخنا علاء الدين ولو جد في بعض نسخ الهداية اليهود عوض النصارى وذكر ما رواه ابو داود بهذا الاسناد جاءت اليهود برجل وامرأة منهم فزنيا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ائتوني باعلم رجلين منكم فاتوه بابني صوريا فنشدهما الله كيف تجدان امر هذين في التوراة قالا نجد فيها اذا شهد اربعة منهم انهم رأوا ذكره في فرجها كالميل في المكحلة رجما قال فما يمنعكما ان ترجموهما قالا ذهب سلطاننا فكرهنا القتل فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم باليهود فجاء اربعة شهدوا انهم رأوا ذكره في فرجها كالميل في المكحلة فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجمهما قال هكذا وجدته في نسخة علاء الدين بخط يده وهو تصحيف وانما هو مدعى بالشهود كشفته نحو عشرين نسخة وكذا رواه اسحاق بن راهويه وابو يعلى الموصلي والبزار في مسانيدهم والدارقطني كلهم قالوا فدعا بالشهود وقال في التنقيح قوله وفي الحديث فدعى بالشهود فشهدوا زيادة في الحديث تفرد بها مجالد ولا يحتج بما تفرد به انتهى كلامه لكن الطحاوي اسنده الى عامر الشعبي عن جابر وفيه انه صلى الله عليه وسلم قال ائتوني باربعة منكم يشهدون ثم قول القائل لا يقبل ما تفرد به مجالد يجري فيه ما ذكر من ان الراوي المضعف اذا قامت دلالة على صحة ما رواه حكم به لارتفاع وهم الغلط ولا شك ان رجمه عم كان بناء على ما سأل من حكم التوراة فيهما واجيب من ان حكمها الرجم بشهادة اربعة اذ هو يوافق ما انزل اليه فلا يمنع كونه بنى على شهادة اربعة في نفس الامر منهم وان لم يذكر في الرواية المشهورة لان القضية كانت فيما بين يهود في محاكمهم واماكنهم فهذه دلالة على ان مجالدا لم يغلط في هذه الزيادة وانت علمت في مسئلة اهل الهواء ان مثل الآية تسوق الافعال الى الذي تيمم فصار بالكذب لا الاعتقاد والا ان شهادتهم على المسلمين نسخت بقوله ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فبقيت شهادتهم على بعضهم بعضا ثم استدل المعنى وهو ان الذمي من اهل الولاية على جنسه بدليل ولايته على اولاده الصغار ومماليكه فجازت شهادته على جنسه بخلاف المرتد المقتول عليه لهم اذ لا ولاية له اصلا فلا شهادة له ولانه يتقول على المسلم لغيضة تقرره فكان متهما فيه بخلاف اهل ملة على اهل ملة اخرى لان وان عادوا ليس احدهم تحت قهر الآخر فلا حامل على المتقول عليه ولا يخفى ما فيه اذ مجرد العداوة مانع من القبول كما في مسلم يعادي مسلما ثم تقييد هذا المعنى حديث مضعف لعمر بن راشد رواه الدارقطني وابن عدي من حديث ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز شهادة ملة على ملة الا ملة محمد مصطفى صلى الله عليه وسلم فانها تجوز على ملة غيرهم ايضا فقول الراوي اجاز شهادة اهل الكتاب بعضهم على بعض يحتمل ان يكون حكاية واقعة حال شهد فيها بعض اليهود على بعض او بعض النصارى على بعض فلا عموم لها ويحتمل انه حكاية تشريع قولي فيعم شهادة الملتين ملة على ملة فلا يحكم باحدهما عينا غير ان في هذه خلافا في الاصول ورجح الثاني وهي مسئلة قول الراوي مثل قضى بالشفعة **قوله** ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به المستأمن لانه لا يتصور غيره فان الحربي لو دخل بلا امان قهرا استرق ولا شهادة للعبد على احد وذلك لان الذمي اعلى من المستأمن لانه قبل خلف الاسلام وهو الجزية فهو اقرب الى الاسلام منه ولهذا يقتل المسلم بالذمي عنده لا بالمستأمن وقوله بخلاف الذمي متصل بقوله فان كانوا من دارين يعني تقبل شهادة الذمي على المستأمن وان كانا من اهل دارين مختلفين لان الذمي يعقد الذمة صار كالمسلم وشهادة المسلم تقبل على المستأمن فكذا الذمي وانما لا يجري التوارث بين الذمي والمستأمن لان المستأمن

وان كانت الحسنات اغلب من السيئات وان جرح بجنب الكبائر قبلت شهادته وان اصر بمعصية فهذا هو الصحيح شاهد العدالة المعتبرة اذا كان بدله
من توفي انفيا وتلهاه بعد خفاء بتبر الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية لا يقدح به العدالة المشروطة فلا وبه الشهادة المشروطة العدالة لان في اعتبار
جنايته الكثير سد بابه وهو مفتوح احياء للحقوق قال وتقبل شهادة الاقلف لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق بعد الصبي
عدلا قال والخصي قانت تحرم رضي الله عنه تقبل شهادته علقمة الخصي لانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده قال وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق
الولد كالكفر فما هو مسلم وقال مالك لا تقبل في الزنا لانه يجب ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدالة لا ينافيها ذلك ولا يستحق الكلام في العدل قال وشهادة
الخنثى جائزة لانه رجل او امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص قال وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كان ليس على
الظلم وتيرة العامل اذا في حقها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما عن ابي يوسف في الفاسق لانه لو جازفه لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة وفيها بنه لا يستحق على الشهادة الكاذبة

من اهل ديارنا فيما يرجع الى المعاملات والشهادة منها ومن اهل دار الحرب في الارث والمال **قوله** واذا كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل
يجتنب الكبائر قبلت شهادته بهذا المعنى المروي عن ابي يوسف في حد العدالة وهو احسن ما قيل وفيه قصور حيث لم يعتبر المروءة بل اقتصر على تعلق بالمعاصي
والمروي عن ابي يوسف هو قوله ان لا يأتي بكبيرة ولا يصر على صغيرة ويكون ستره اكثر من هتكه وصوابه اكثر من خطائه ومروءته ظاهرة ويستعمل الصدق و
يجتنب الكذب ديانة ومروءة هكذا نقله القاضي ابو حازم حين سأله عبيد الله بن سليمان وزير المعتضد عن العدالة فقال له احسن ما نقل في هذا الباب
ما روي عن ابي يوسف يعقوب بن ابراهيم الانصاري القاضي ثم ذكر ذلك فكان يكفيه الى قوله ومروءته ظاهرة وقول المصنف واما الالمام بمعصية
فلا تقدح به العدالة يريد الصغيرة ولفظ الالمام والمم اشتهر في الصغيرة ومنه قول الحرائي وهو يسعى بين الصفا والمروة ان تغفر اللهم تغفر جما اي عبد لك
لا الما كذا اورده الشيخ عنه بسنده ونسبه الخطابي الى امية ونسبه صاحب الذخيرة اياه الى النبي صلى الله عليه وسلم غلط ولا يأثم كرا فرادض عليها منها ترك الصلوة بالجماعة بدون
الامام لا طعن عليه في دين ولا حال وان كان متناولا في تركها كان يكون معتقدا فضيلة اول الوقت والامام يؤخر الصلوة او غير ذلك لا تسقط عدالته بالترك وكذا ترك الجمعة بغير عذر
ومنهم من اسقطها بمرة واحدة كالحلواني ومنهم من شرط ثلاثة مرات كالسرخسي والاول اوجه وذكر الاسبيجابي من الكل فوق الشبع يسقط عدالته عند الاكثر ولا بد من كونه بغير اذاه
التقوي على صوم الغد او مؤنة الضيف هكذا من خرج لرؤية السلطان والامير عند قدومه ورشده وشهادة شيخ صالح المحاسبة انه في النفقة في طريق مكة كانه رأى
منه تضييقا ومشاحة تشهد بالبخل وذكر الخصاف ان ركوب البحر للتجارة او التفرج يسقط العدالة وكذا التجارة الى ارض الكفار وقرى فارس ونحو ما لا
يخاطر بدينه ونفسه لفضل المال فلا يؤمن ان يكذب لاجل المال وترد شهادة من لم يحج اذا كان موسرا على قول من يراه على الفور وكذا من لم يؤد زكوته وقد
اخذ الفقيه ابو الليث وكل من شهد على اقرار باطل وكذا على فعل باطل مثل ما يأخذ سوق النخاسين مقاطعة واشهد على وثيقة باشهدوا قال المشايخ
ان شهد واحل لعن اللعن لانه شهادة على باطل فكيف بهؤلاء الذين يشهدون عند مباشري السلطان على ضمان الجهات والاجارات المضاربة
وعلى الجبوبات عند بيعهم والذين في ترسيمهم **قوله** وتقبل شهادة الاقلف نص عليه الخصاف قال وتجوز صلوته واما منه الا اذا تركه على وجه الرغبة عن السنة
الا خوفا من الهلاك وكل من يراه واجبا تبطل به شهادته وعندنا هو سنة لما روي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الختان للرجال سنة وللنساء مكرمة ومع عن ابن عباس
رضي الله عنه انه لا تقبل شهادته ولا تؤكل ذبيحته انما اراد به المجوسي الاثري الى قوله ولا تؤكل ذبيحته **قوله** والخصي اذا كان عدلا ولا مانع لان
حاصل امره الظلم نعم لو كان ارتضاه لنفسه وفعله باختيار امتنع وقد قبل عمر شهادة علقمة الخصي على قدامة بن مظعون رواه ابن ابي شيبة بسنده ورواه
ابو نعيم في الحلية ثنا اسمعيل بن مسلم عن ابي المتوكل ان الجارود شهد على قدامة انه شرب الخمر فقال له عمر هل معك شاهد آخر قال لا قال عمر لجارود ما اراك
الا مجلودا قال يشرب قدامك الخمر واجلدنا فقال علقمة الخصي لعمر اتجوز شهادة الخصي قال وما بال الخصي لا تقبل شهادته قال فاني اشهد انه شربها فقال عمر
ما اراها حتى شربها فاقامه ثم جلده واخرجه عبد الرزاق مطولا **قوله** وولد الزنا لا تقبل شهادته في الزنا وغيره ولا تزر وازرة وزر اخرى وعن مالك لا تقبل
في الزنا وهو ظاهر في الكتاب وشهادة الخنثى المشكل جائزة اذا شهد مع رجل وامرأة فلو شهد مع رجل واحد وامرأة واحدة لا تقبل الا اذا زال الاشكال بظهور ما يحكم به
بانه رجل وامرأة فيعمل بمقتضاه **قوله** وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان لان العمل نفسه ليس بفسق لانه معين للخليفة على اقامة الحق وحماية
المال الواجب ولو كان فسقا لم يله ابو هريرة وابو موسى الاشعري لعمر وكثير وهذا احسن ما قيل ولو كان فسقا لم يله ابو بكر وعمر وعثمان لان هؤلاء
خلفاء والعمال في العرف من يوليهم الخليفة عملا فيكون نائبه فيه وكان الغالب فيهم العدالة في ذلك الزمان فتقبل ما لم يظهر ويشيع عنه الظلم كالحجاج

قال واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي ذلك فهو جائز استحسانا وان انكر الوصي لم يجز وفي القياس لا يجوز وان ادعى وصي هذا واذا شهد الوصي لهما بذلك
او غيرهما على الميت دين او لميت عليهما دين او شهد الوصيان انه اوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان ان القاضي
ولاية نصب الوصي اذا كان الاب الموت مردا فيملك القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين الا ان يثبت بما تنفي فصار كالفرعة والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث منهما
لجزمهما على التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا انكر او لم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي فتكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت
معروفا لانهما اقرا على انفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما وان شهدا ان اباهما الغائب كفله بقبض دينه بالكوفة فادعى الوكيل او انكر لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك
نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة قال ولا يسعه القاضي الشهادة على جرح مجرد ولا يحكم بذلك لان الفسق مما يدخل تحت الحكم لان له الرفع بالتوبة
فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر والستر واجب والاشاعة حرام وانما يرخص ضرورة احياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم الا اذا شهدا على اقرار المدعى بذلك لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم

وقيل اراد ما روي عن ابي يوسف في الفاسق الوجيه وعلمت ما فيه ورده شهادة الوزير لقوله للخليفة انا عبدك يعد هذه الرواية وقيل اراد بالعمال الذين
يعملون ويواجرون انفسهم للعمل لان من الناس من ترد شهادة اهل الصناعات الخسيسة فافرد هذه المسئلة لاظهار مخالفتهم وكيف لا وكسبهم طيب
وذكر الصدر الشهيد ان شهادة الرئيس لا تقبل وكذا الجابي والصراف الذي يجمع عنده الدراهم ويأخذها طوعا لا يقبل وقد منا عن البزدوي ان
القائم بتوابع هذه النوائب السلطانية والجبايات بالعدل بين المسلمين جائر وان كان اصله ظلما فعلى هذا تقبل شهادته والمراد بالرئيس رئيس القرية وهو المسمى
في بلادنا الشيخ البلد ومثله المعروفون في المراكب والعرفاء في جميع الاصناف وضمان الجهات في بلادنا لانهم كلهم اعوان على الظلم قوله واذا شهد الرجلان صورتها
رجل ادعى انه وصي فلان الميت فشهد بذلك اثنان موصى لهما المال ووارثان او غريمان لهما على الميت دين او للميت عليهما دين او وصيان فالشهادة
جائزة استحسانا والقياس ان لا تجوز لان شهادة هؤلاء تتضمن جلب نفع للشاهد اما الوارثان لقصدهما نصب من يتصرف لهما ويقوم باحياء
حقوقهما والغريمان الدائنان والموصى لهما لوجود منه يستوفيان منه والمديونان لوجود من يبرأ لان بالدفع اليه والوصيان من تعينهما في التصرف في المال
والمطالبة وكل شهادة جرت نفعا لا تقبل وجه الاستحسان انا لم نوجب بهذه الشهادة على القاضي شيئا لم يكن واجبا عليه بل انما اعتبرناها على
وزان القرعة لا يثبت بها الشيء ويجوز استعمالها لفائدة غير الاثبات كما جاز استعمالها لتطييب القلب في السفر باحدى نسائه لدفع التهمة عن القاضي في
تعيين الانسان فكذا بهذه الشهادة في هذه الصورة وانما اعتبرناها لفائدة اسقاط تعيين الوصي عن القاضي فان القاضي اذا ثبت الموت ولا وصي نصب
الوصي وكذا اذا كان للميت وصي وادعى العجز وبهذه الصورة من ذلك فان الشهادة لم تثبت شيئا وثبت الموت فللقاضي او عليه ان ينصب وصيا فلما شهدوا لا بوصاية
هذا الرجل فقد رضوا واعترفوا له بالاهلية الصالحة لذلك فكفى القاضي بذلك مؤنة التفتيش على الصالح وعين هذا الرجل بتلك الولاية لا بولاية اوجبتها
الشهادة المذكورة وكذلك وصيا الميت لما شهدا بالثالث فقد اعترفا بعجز شرعي منعا عن التصرف الا ان يكون هو معهما او بعجز علمه الميت منهما
حتى ادخل معهما فينصب القاضي الآخر وفي الصور كلها ثبوت الموت شرط لان القاضي لا يملك نصب وصي قبل الموت الا في شهادة الغريمين المديونين فانه لا يشترط
في اثبات ذلك الموصى الذي شهدا له ثبوت الموت بانهما مقران على انفسهما بثبوت حق قبض الدين لهذا الرجل فضررهما في ذلك اكثر من نفعهما فتقبل
شهادتهما بالوصية والموت جميعا وهذا بخلاف ما لو شهدا ان اباهما الغائب وكل هذا الرجل بقبض دينه وهو يدعي الوكالة لا تقبل لانه ليس للقاضي ولاية
نصب الوكيل عن الغائب فلو اثبت القاضي وكالته لكان مثبتا لها بهذه الشهادة وهي لا تقبل لتمكن التهمة فيها على ما عرف واذا تحققت ما ذكر ظهر ان
عدم قبول هذه ثابت قياسا واستحسانا اذ ظهر انه لم يثبت بها شيء وانما ثبت عندهما نصب القاضي وصيا اختاروه وليس هنا موضع غير هذا يصرف
اليه القياس والاستحسان ولو اعتبر في نفس ايصاء القاضي لانه قياس الاباء فلا وجه لجعل المشايخ فيها قياسا واستحسانا والمنقول عن اصحاب المذهب في الجامع الصغير
ليس الا محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في شاهدين شهد الرجل ان اباهما اوصى اليه قال جائز ان ادعى ذلك وان انكر لم يجز شهادتهما وان
شهدا ان اباهما وكله بقبض دينه بالكوفة كان باطلا في ذلك كله لان القاضي لا يقدر على نصب وكيل عن الغائب فلو نصبه كان عن هذه الشهادة وهي ليست بموجبة
فرع لا تقبل شهادة الوصي للصبي بعد العزل ولو شهد للورثة الكبار تقبل وان كان في حال الوصاية قوله ولا يسع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم به قيل قوله ولا يحكم
به تكرار اجيب بجواز ان لا يسمع البينة ويحكم بعلمه فلم يلزم من عدم السماع عدم الحكم على نفي الامرين والمراد بالجرح المجرد عن حق الشرع او العبد فان كان متضمنا احدهما
سمعت الشهادة وحكمه بها وذلك بان يشهدوا ان الشهود فسقة او زناة او اكلة الربوا او شربة الخمر او على اقرارهم انهم شهدوا بالزور او انهم رجعوا عن الشهادة

قال ولو اقام المدعى عليه البينة ان المدعى استأجر الشهود لم تقبل لانه شهادة على جرح مجرد والاستيجار وان كان امرا زائدا عليه فلا يخصم في اثباته لان المدعى عليه في ذلك اجنبي عنه حتى لو اقام المدعى عليه البينة ان المدعى استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا اقاما على اني صالحت هؤلاء الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا على هذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او فاذف او شريك المدعي تقبل

او على اقرارهم انهم اجرائي هذه الشهادة او اقرارهم ان المدعي مبطل في هذه الدعوى او اقرارهم ان لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة ففي هذه الوجوه لا تقبل الثلاثة اوجه اصحها الوجهان الذان ذكرهما المصنف احدهما الشهادة انما تقبل للحكم فلا بد من كون المشهود به مما يدخل تحت الحكم والفسق لا يدخل تحت الحكم لان الحكم الزام ليس في وسع القاضي الزام الفسق لا حالة التمكن من دفعه في الحال بالتوبة الثاني ان المجرد هذه الشهادة بفسق الشهادة فلا تقبل شهادته وهذا لان فيه اشاعة الفاحشة وهو ممنوع عنه قال تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب اليم فان قيل ليس المقصود اشاعة الفاحشة بل دفع الضرر عن المشهود عليه اجيب بان دفعه ليس بخصوصه في افادة القاضي على وجه الاشاعة بان يشهد في مجلس القضاء المشتمل على ملأ من الناس ان يندفع بان يخبر القاضي سرا فرع على هذه الصور التي ذكرنا او منها ما لو اقام رجل يعني المدعى عليه البينة ان المدعي استأجر للشهود لهذا الاداء لانه على جرح مجرد قال قيل الاستيجار امر زائد على مجرد الجرح اجاب المصنف عنه بقوله والاستيجار وان كان امرا زائدا فلا خصم في اثباته لان المدعى عليه ليس نائبا عن المدعي في اثبات حقه هذا بل اجنبي عنه اورد انه ينبغي ان تقبل هذه الشهادة بتجميع ما ذكرنا من وجوه الفسق من وجه آخر وهو ان يجعلوا مزكين لشهود المدعي فيخبرون بالوقوع من الجرح فيعارض تعديلهم واذا تعارض الجرح والتعديل قدم الجرح اجيب بان المعدل في زماننا يخبر القاضي سرا اتقاء من اشاعة الفاحشة والتعادي واما الرجوع عن الشهادة فلانه لا يسمع الا عند القاضي وقول الشاهد لا شهادة عندي لشك او ظن عرا بعد ما مضت فلا تقبل واما لو كان الجرح غير مجرد بل يتضمن اثبات حق العبد والله سبحانه بان يشهدوا ان المدعي استأجرهم بعشرة وعطاهم من مال الذي كان في يده او اني صالحتهم على كذا وقسمته اليوم على ان يشهدوا على هذا وقد شهدوا او انا اطالبهم بهذا المال الذي وصل اليهم تقبل بخلاف ما لو قال صالحتهم على كذا الخ لكن لم اوفهم المال لا تقبل لانه جرح مجرد وكذا اذا شهدوا ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شرب الخمر او سرق مني او زنى او شريك المدعي فيما ادعى به من المال او شهدوا على اقرارهم بانهم لم يحضروا ذلك المجلس الذي كان فيه هذا الامر قبلت او على اقرار المدعي انهم فسقة ونحو ذلك من اقرار او مبطل شهادتهم كاقرار المدعي انه استأجرهم تقبل في ذلك كله لان منه ما تضمن حقا للعبد وهو ظاهر وفي ضمنه ثبت الجرح ومنه الشهادة بفسقهم فان الرق حق العبد ومنه ما تضمن حقا للشرع من حد كالشهادة بفسقهم وشربهم وزناهم او غير حد كالشهادة بانهم محدودون فانها قامت على اثبات قضاء القاضي وقضاء القاضي حق الشرع ومنه ما هو مبطل لشهادتهم ولم يتضمن اشاعة فاحشة فتقبل ومنه شهادتهم انهم شركاء المشهود له ليس فيها اظهار الفاحشة فتقبل فتفسير الشريك كالمعاينة والمراد انه شريك المفاوضة فما حصل من هذا الباطل يكون له فيه منفعة الا ان يراد انه شريك في المدعى به والا ان اقرار بان المدعي مبطل لها ولهذا كل ما يشهدون به على اقرار المدعي بما ينسب الى شهوده من فسقهم ونحوه ليس فيه اشاعة منهم بل اخبار من اخبار المدعي عنهم بذلك فتصح كما لو سمع منه ذلك وذلك منه اعتراف ببطلان حقه والانسان مؤاخذ بزعمه في حق نفسه وكذا الاشاعة في شهادتهم انهم محدودون انما هي منسوبة الى قضاء القاضي او شهادة القذف هذا وقد نص الخصاف في الجرح المجرد انها تقبل الشهادة فيقبل في وجه انه يسقط العدالة فتقبل كالرق وانت سمعت الفرق واول جماعة قول الخصاف بحمله على شهادتهم في اقرار المدعي بذلك او انه يجعل كشاهد زكوة نفر وجرحه نفر وقد تقدم في هذا ما يمنعه ثم قيد وقع في عدم صور عدم القبول ان يشهدوا بانهم فسقة او زناة او شربة الخمر وفي صور القبول ان يشهدوا بانه شرب او زنى لانه ليس حدا مجردا لتضمنه دعوى حق الله تعالى وهو الحد ويحتاج الى جمع وتأويل

قال ومن شهد ولم يرجع حتى قال اوهمت بعض شهادتي وان كان متصلا بها جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اي اخطأت بنسيان ما كان يحق على ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمهابة مجلس القضاء فيكون العذر واضحا فيقبل اذا جاء به وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس خيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتصل بحق المقضي باهل الشهادة فصار كالكلام واحد ولا كذلك اذا اختلف على هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود او في بعض النسب هذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا بد من اعادة الكلام مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون كلامه عن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان متصلا ولا فلا وذكره

قوله ومن شهد ولم يرجع حتى قال اوهمت بعض شهادتي اي اخطأت بنسيان عرافي بزيادة باطلة بان كان شهد بالف فقال انما هي خمسمائة او بنقص بان شهد بخمسمائة فقال اوهمت انما هي الف جازت شهادته اذا كان متصلا بها بان لم يقم عن المجلس قبل ان يرجع وهو عدل ووجهه ان الشاهد قد يبتلى به لمهابة مجلس القضاء اذا طبع البشر النسيان وعند الشافعي مع عدم التهمة توجب قبول قوله ذلك بخلاف ما اذا غاب ثم رجع فقال ذلك لتمكن تهمة استثناء المدعي في الزيادة والمدعى عليه في النقص في المال فلا تقبل وعلى هذا اذا غلط في اجل الحدود وبان ذكر الشرقي مكان الغربي ونحوه وفي اجل النسب بان قال محمد بن احمد بن عمر مكان محمد بن علي بن عمر وتداركه في المجلس قبل وبعده لا واذا جازت ولم ترد فيما اذا قضى قبل بجميع ما شهد به لان ما شهد به صار حقا للمدعي على المدعى عليه فلا يبطل حقه بقوله اوهمت ولا بد من قيده بان يكون المدعي يدعي الزيادة فانه لو شهد له بالف وقال الشاهد بل الف وخمسمائة لا يدفع الا اذا ادعى الف وخمسمائة وصورة الزيادة على تقدير الدعوى ان يدعي الفا وخمسمائة فشهد بالف ثم يقول اوهمت انما هو الف وخمسمائة لا ترد شهادته لكن بل يقضي بالف او بالف وخمسمائة قيل يقضي بالكل وقيل بما بقي فقط وهو الالف حتى لو شهد بالف ثم قال غلطت بخمسمائة زيادة وانما هو خمسمائة يقضي خمسمائة فقط لان ما حدث بعد الشهادة وقبل القضاء يجعل كحدوثه عند الشهادة وهو لو شهد بخمسمائة لم يقض بالف كذا اذا غلطوا فيه قال شمس الائمة السرخسي فعلى هذا قوله في جواب المسئلة جازت شهادته اي لا ترد لكن لا يقضي الا كما قلنا هو اركان وجهه ذلك قبل القضاء او بعده وروى الحسن عن ابي حنيفة اذا شهد شاهدان لرجل بشهادة ثم زادا فيها قبل القضاء او بعده وقالا اوهمنا وهما غير متهمين قبل منهما وظاهر هذا انه يقضي بالكل وعن ابي يوسف رح رجل شهد ثم جاء بعد يوم وقال سكتت في كذا وكذا فان كان القاضي يعرفه بالصلاح تقبل شهادته فيما بقي وان لم يعرفه بالصلاح فهذه تهمة وعن محمد اذا شهدوا بالدار للمدعي وقضى القاضي بشهادتهم ثم قالوا لا ندري لمن البناء فانا لا نضمنهم قيمة البناء كما لو قالوا سكتنا في شهادتنا وان قالوا ليس البناء للمدعي ضمنوا قيمة البناء للمشهود عليه فعلم بهذا ان الشهود لا يختلف الحكم من قولهم سكتنا قبل القضاء وبعده وفي انه تقبل اذا كانوا عدولا بخلاف ما اذا لم تكن موضع شبهة وهو ما اذا ترك لفظة الشهادة او الاشارة الى المدعي عليه او المدعي او سمى احدهما فانه وان جاء بعد المجلس يكون قبل القضاء لان القضاء لا يتصور بلا شرط وهو لفظة الشهادة والتسمية ولو قضى لا يكون القضاء قضاء **فروع** من الخلاصة وقف وقفا على مكتب وعلى معلمه فغصب فشهد رجل من اهل القرية انه وقف فلان على مكتب كذا وليس للشهود اولاد في المكتب قبلت فان كان لهم فيه اولاد فالاصح انه يجوز ايضا وكذا لو شهد اهل المحلة للمسجد بشيء وكذا شهادة الفقهاء على وقفية وقف على مدرسة كذا وهم من اهلها تقبل وكذا اذا شهدوا ان هذا المصحف وقف على هذا المسجد ولو شهدا انه اوصى لفقراء جيرانه وللشهود اولاد محتاجون في جوار الموصي قال محمد لا تقبل للابن وتقبل للباقين وفي الوقف على فقراء جيرانه كذلك في وقف هلال قال وتقبل شهادة الجيران على الوقف وكذا ذكر الخصاف في اوقافه فيمن شهد على انه جعلها صدقة موقوفة على فقراء جيرانه او على فقراء المسلمين وهم من فقراء الجيران قال تجوز الشهادة لان فقراء الجيران ليسوا قوما مخصوصين الا يرى انما انظر الى فقراء الجيران يوم تقسم الغلة فمن انتقل منهم عن جواره لم يكن له في الغلة حق الا ترى الى رجلين فقيرين من اهل الكوفة لو شهدا انه جعل ارضه صدقة موقوفة على فقراء اهل الكوفة ان الشهادة جائزة فان الوقف ليس لجماعة منهما خاصة الا ترى ان ولي الوقف يدفع الغلة غيرهما من فقراء الكوفة كان جائزا وكذلك كل شهادة لا تكون خاصة انما هي عامة مثل اهل بغداد واهل البصرة ونحو ذلك فان الشهادة جائزة وذكر قبل هذا باسطر ان شهدا انه جعلها صدقة موقوفة على جيرانه وهما جيرانه شهادتهما

باب الاختلاف في الشهادة

قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل

باطلة وكان الفرق نعينها في هذه الصورة اذ لا جيران له سواهما بخلاف تلك الصورة ولو شهدوا انه اوصى بثلثه للفقراء واهل بيته فقراء لا تقبل ولو شهد بعض اهل القرية على بعض اهل القرية بزيادة الخراج لا تقبل وان كان خراج كل ارض معينا او لاخراج للشاهد تقبل وكذا اهل قرية شهدوا على صيغة انها من قريتهم لا تقبل وكذا اهل سكة يشهدون بشيء من مصالح السكة ان كانت السكة غير نافذة لا تقبل في النافذة ان طلب حقا لنفسه لا تقبل وان قال لا اخذ شيئا تقبل وهكذا في قول المدرسة هذا وفي فتاوى النسفي وقيل ان كانت السكة نافذة مطلقا وفي الاجناس في الشهادة على الوصية للفقراء واهل بيت الشاهد فقراء لا تقبل لهما ولو شهدا انه اوصى بثلثه لفقراء بني تميم وهما من بني تميم وهما فقيران الشهادة جائزة ولا يعطيان منه شيئا ومنه لو شهدا انه جعل ارضه صدقة الله تعالى على فقراء قرابته وهما من قرابته وهما غنيان يوم شهدا او فقيران لم تجز شهادتهما ووضع هذه الخصاف فيما اذا شهدا انه جعلها صدقة موقوفة على اهل بيته وهما من اهل بيته فهي باطلة قال وكذا اذا شهدوا على فقراء اهل بيته ومن بعدهم على المساكين ويوم شهدا غنيان قال شهادتهما باطلة لانهما ان افتقرا ثبت الوقت لهما بشهادتهما وكل شهادة تجر نفعا للشاهد او لابويه والولاده او زوجته لا تجوز ✦

باب الاختلاف في الشهادة الاختلاف في الشهادة خلاف الاصل بل الاصل الاتفاق لان الاصل فيما يتفرع من جهة واحدة ذلك والشهادة كذلك لانها تتفرع اما عن رؤية كما في الغصب والقتل او سماع باقرار وغيره والشاهدان مستويان في ادراك ذلك فيستويان فيما يؤديان فلذا اخره عما لم يذكر فيه خلاف **قوله** الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة لانها لاثبات حقه فلا بد من طلبه وهو المدعي وقد وجدت الدعوى فيما يوافقها اي يوافق الشهادة فوجد شرط قبولها فتقبل وانعدمت فيما يخالفها فانها لما لم يطابقها صارت الدعوى بشيء آخر وشرط القبول الدعوى بما به الشهادة زائد واعلم انه ليس المراد من الموافقة المطابقة بل ما المطابقة او كون المشهود به اقل من المدعى به بخلاف ما اذا كان اكثر فمن الاقل ما لو ادعى نكاح امراة بسبب انه تزوجها بمهر كذا فشهدوا انها منكوحته بلا زيادة تقبل وتقضى بمهر المثل اذا كان قدر ما سماه او اقل فان زاد عليه لا يقضى بالزيادة وكذا في غير نسخة من الخلاصة والظاهر انه انما يستقيم اذا كانت هي المدعية ومنه اذا ادعى ملكا مطلقا او بالنتاج فشهدوا في الاول بالملك بسبب وفي الثاني بالملك المطلق قبلنا لان الملك بسبب اقل من المطلق فانه يعتد الاولية بخلافه بسبب يفيد الحدوث والمطلق اقل من النتاج لان المطلق يفيد الاولية على الاحتمال والنتاج على اليقين وفي قلبه وهو دعوى المطلق فشهدوا بالنتاج لا تقبل ومن الاكثر ما لو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل الا اذا كان السبب الارث لان دعوى الارث كدعوى المطلق هذا هو المشهور وقيده في الاقضية بما اذا نسبه الى معروف سماه ونسبه اما لو جهله فقال اشتريه او قال من رجل وزيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت فهي خلافية ذكر الخلاف في القبول شيخ الدين وعن هذا اختلفوا فيما اذا تحمل الشهادة على ملك بسبب واراد ان يشهد بالمطلق لم يذكر في شيء من الكتب واختلف المشائخ فيه والاصح لا يحل له قلت كيف فيه ايضا ابطال حقه فانها لا تقبل فيما لو ادعاه بسبب ولو ادعى الشراء مع القبض فقال فقبضه منه هل هو كالمطلق حتى لو شهدوا بالمطلق قبلت في الخلاصة تقبل وحكى في فصول العمادي خلافا فقيل تقبل لان دعوى الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد وقيل لا تقبل لان دعوى الشراء

لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها

معتبرة في نفسها لا كالمطلق الا يرى انه لا يقضى له بالزوائد في ذلك وفي فوائد شمس الاسلام دعوى الدين كدعوى العين وكذا في شرح الجميل للحلواني فلو ادعى الدين بسبب اقرض شبهة فشهدوا بالدين مطلقا قال شمس الائمة محمود الاوزجندي لا يقبل قال في المحيط في الآتية مسئلتان يدلان على القبول وعندي الوجه القبول لان اولية الدين لا معنى له بخلاف العين وفي فتاوى رشيد الدين لو ادعى الملك المطلق فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا على المطلق لا تقبل لانهم لما شهدوا بسبب جعل دعوى المطلق عليه فلا تقبل بعده على المطلق ولو شهدوا اولا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب تقبل لانه ببعض ما شهدوا به اولا ولو ادعى المطلق فشهد احدهما به والآخر مع السبب تقبل ويقضى بالملك الحادث كما لو شهدوا جميعا وكل ما كان بسبب عقد او شراء وهبة فهو ملك حادث ولو ادعى بسبب فشهد احدهما به والآخر مطلقا لا تقبل كما اذا شهدوا جميعا بالمطلق وان ذا اليد قبضه لغير حق ودعوى الملك بسبب الارث كدعوى الملك المطلق فاذا شهد الشاهدين دون الآخر تقبل في دعوى غير المؤرخ لا في دعوى الملك المؤرخ ولو ادعى الشراء بسبب ارضه فشهدوا به بلا تاريخ تقبل لانه اقل وعلى القلب لا تقبل ولو كان للشراء شهران فاختلفوا شهر تقبل وعلى القلب تقبل ومن الزيادة والنقصان ما تضمنه هذه الفروع التي نذكرها دار في يد رجلين اقتسماها وعاب احدهما فادعى رجل على الحاضر ان له نصف هذه الدار مشاعا فشهدوا ان له النصف الذي في يد الحاضر فهي باطلة لانها باكثر من المدعى به ادعى واراد استثنى طريق الدخول ومقوماتها ومرافقها وشهدوا انها له ولم يستثنوا شيئا لا تقبل كذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوه الا اذا وافق فقال كنت بعت ذلك البيت منا فقبل وفي المحيط نقلا من الاقضية وادب القاضي للخصاف اذا ادعى الملك للحال اي في العين فشهدوا ان هذا العين كان قد ملكه تقبل لانها اثبتت الملك في الماضي فيحكم بها في الحال ما لم يعلم المزيل وقال شيد الدين بعد ما ذكرنا لا يجوز للقاضي ان يقول امروز ملك وي سيد اينك انتهى معنى هذا لا يحل للقاضي ان يقول للعلمون انه ملك اليوم نعم ينبغي للقاضي ان يقول بل للعلمون انه خرج من ملكه فقط ذكره في المحيط قال العمادي فعلى هذا اذا ادعى فشهدوا انه كان له عليه كذا ينبغي ان تقبل كما في العين ومثله ما اذا ادعى انها زوجته فشهدوا انه كان تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل هذا كله اذا شهدوا بالملك في الماضي اما لو شهدوا باليد له في الماضي لا يقضى به في ظاهر الرواية وان كانت اليد تسوغ الشهادة في الملك على ما سلفناه وعن ابي يوسف يقضى بها وخرج العمادي على هذا ما في الواقعات لو اقر بدين رجل عند الرجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين انه قضى دينه ان شاهدي الاقرار يشهدان ان انه كان له عليه دين ولا يشهدان ان له عليه فقال هذا ايضا دليل على انه اذا ادعى الدين وشهدوا انه كان له عليه تقبل وهذا غلط فانه انما تعرض لما يسوغ له ان يشهد ولا للقبول او عدمه بل بما يؤخذ من منعه من احدى البشارتين دون الاخرى ثبوت القبول في احدهما دون الاخرى كيف وقد ثبت ان شهادة العدلين عند الشاهدين انه قضاه لا يشهدان حتى يجبر القاضي بذلك وان القاضي لا يقضي بشيء وسيأتي من مسائل الكتاب اذا علم شاهد الالف انه قضاه خمسمائة لا يشهدان حتى يقر بقبضها والله سبحانه اعلم وعكس ما نحن فيه لو ادعى في الماضي ان هذه الجارية كانت ملكي فشهدوا انها له اختلف في قبولها والاصح انها لا تقبل وانما لا تقبل اذا شهدوا على طبق دعواه هذه انها كانت له لان اسناد المدعى دليل على نفي ملكه في الحال اذ لا فائدة في الاقتصار على الماضي الا ذلك فلم يكن ما شهدوا به مدعى بخلاف الشاهدين اذا استدلا بما يدل على نفيها اياه في الحال لجواز قصدهما الى الاحتراز عن الاخبار بما لا علم لهما به اذا لم يعلما سوى ثبوته في الماضي وقد يكون قوله تقبل فيخبر انه وان كان ثبت للحال الا استصحاب وفي الخلاصة ادعى النقرة الجيدة وبين الوزن وشهدوا على النقرة الوزن ولم يذكر الجيد او ردية او وسطا تقبل ويقضى بالردي بخلاف ما لو ادعى تفسير دقيق مع الخالية

فشهدوا

قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رح فان شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والعلقة والثلث

فشهدوا من غير تسمية او نخولا فشهدوا على غير المنخول لا تقبل وفيها ان من ادعى على رجل الفا ثمن بيت فشهدوا على الف من ضمان جارية غصبها وهلكت عنده لا تقبل وعن هذا ذكر في المسئلة المسطورة وهي ما اذا شهدا بالف من ثمن جارية باعها منه فقال البائع انه اشهدهما عليه بذلك والذي لا عليه ثمن متاع تقبل شهادتهما فقال في الخلاصة هو محمول على انهما شهدا على اقراره بذلك اي اقرار المدعي على ثمن الجارية كان بمثله في الاقرار تقبل لما سيأتي وفي الكفاية اذا شهدا انه اقر انه كفيل بالف عن فلان فقال الطالب هو اقر بذلك لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كان له ان يأخذه بالمال لانهما اتفقا فيما هو المقصود فلا يضرهما الاختلاف في السبب ومثله ادعى انه آجره دارا وقبض مال الاجارة ومات فانفسخت الاجارة وطلب مال الاجارة فشهدوا ان الآجر اقر بقبض مال الاجارة تقبل وان لم يشهدوا على عقد الاجارة لانهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الاجارة ولو ادعى الدين او القرض فشهدوا على اقراره بالمال تقبل وان شهد احدهما به والآخر بالاقرار به فقد اطلق القبول في المحيط والعمدة وقال قاضي خان قالوا تقبل عند ابي يوسف رح ولو ادعى قرضا فشهدوا ان المدعي دفع عليه كذا ولم يقولوا وقبضها المدعى عليه يثبت قبضه كالشهادة على البيع شهادة على الشراء وانما ثبت القبض بذلك باذن القول لذي اليد انه قبض بجهة الامانة فيحتاج الى بينة على انه بجهة القرض ان ادعاه ولو ادعى انه قضاه ودفعه فشهد احدهما به والآخر باقراره انه قبضه لا تقبل ولو شهدا جميعا بالاقرار به قبلت ولو ادعى شراء دار من رجل فشهدا انه اشتراها من وكيله لا تقبل وكذا لو شهدوا ان فلانا باعها منه وهذا المدعى عليه اجاز البيع ادعى انك قبضت من مالي جملا بغير حق مثلا وذكر سنه وقيمته فشهدا انه قبض من فلان غير المدعي تقبل ويجبر على احضاره لانه قال من مالي ولم يقبل قبضت مني فلا يكون ما شهدا به بينا قضيه فيحضره ليشير اليه بالدعوى فاذا اختلف الشاهدان ووجد شرط القبول في شهادة احدهما فقط وهو ما طابق الدعوى من الشاهدين والواحد لا يقوم به الحجة للقاضي وانما قيد الاشتراط بحقوق العباد احترازا عن حقوق الله سبحانه فان دعوى مدع خاص غير الشاهد ليس شرطا لقبول الشهادة لان حقه تعالى واجب على كل احد القيام في اثباته وذلك الشاهد من جملة من عليه ذلك فكان قائما في الخصومة من جهة الوجوب عليه وشاهدا من جهة تحمل ذلك فلم يحتج فيها الى خصم آخر قوله ويعتبر اتفاق الشاهدين الخ اي يشترط التطابق بين كل من الشاهدين كما بين الشهادة والدعوى ايضا لوجوب التفصل الشرط في مطابقة الشهادتين عند ابي حنيفة رحمه الله في اللفظ والمعنى والمراد من مطابقتهما تطابق لفظهما على افادة المعنى سواء كان بعين ذلك اللفظ او بمرادف حتى لو شهد احدهما بالهبة والآخر بالعطية قبلت لا بطريق التضمن فلو شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل فلم يقض بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين بخلاف ما لو كان يدعي الفا لا يقضى بشيء اتفاقا لانه اكذب شاهد الالفين الا ان فوق فقال كان لي عليه الفان نقضاني الفا او ابرأته من الف وللشاهد لا يعلم بذلك فح يقضى له بالالف على هذا لو شهد احدهما بمائة والآخر بمائتين او بطلقة وطلقتين وطلقة وثلاث لا يقضى بطلاق اصلا عنده وعندهما يقضى بالاقل وعلى هذا الخمسة والعشرة والدرهم والدرهمان وهذا في دعوى الدين اما في دعوى العين بانه كان في ليس الفا درهم فشهد احدهما ان جميع ما في الكيس له وهو الف درهم والآخر ان نصف ما فيه له وهو الف قبلت شهادتهما ان ذكر المقدار في المشار اليه مستغنى عنه ذكره الخجندي لقولهما قال الشافعي رح ثم في رواية عن الشافعي ومحمد يستحق الزائد بالحلف عليه لهما انهما اتفقا على الالف او الطلقة وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما وصار كالالف والالف وخمسمائة حيث اتفقتا على انه قضى بالالف كذلك وهو انهما اجتمعا على الشهادة بها ولابي حنيفة رحمه الله انهما اختلفا في لفظ غير مرادف لان الالف لا يعبر به عن الالفين ويلزمه اختلاف المعنى

فرأيهما اتفقا على الألف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به أحدهما فصار كالألف والألف والخمسمائة ولأبي حنيفة رحمه الله أنهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لأنه يستفاد باللفظ وهذا لأن الألف لا يعبر به عن الألفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما إذا اختلف جنس المال

فإنهما لما الألف والألفان جملتان أي عدتان متباينتان حصل على كل واحدة منهما شاهد فصار كما إذا اختلف جنس المال بأن شهد أحدهما بكرخية والآخر بهاتية يقبل والآخر بهاتية سود والمدعي يدعي السود لا تقبل على شيء أصلا لأن المدعي الكذب شاهد البيض إلا أن يوافق المدعي فيقول كان لي البيض فأبرأته من صفة الجودة فتقبل ح أما لو كان يدعي البيض ولها مزية فإنه يقضي بالسود ولم يحكوا خلافا ذكره في الخلاصة من الأقضية وكذا لو شهد المدعي بكرخية وقال أحدهما جيدة والآخر ردية والدعوى بالأفضل يقضي بالأقل كذا لو ادعى مائة دينار فقال أحدهما نيسابورية والآخر بخارية والمدعي يدعي النيسابورية وهي أجود يقضي بالبخارية بلا خلاف فينقل ويحتاج إلى الفرق على قول أبي حنيفة وهو أنما اتفقا على الكمية والجنس فصار كما لو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة فإن قيل لم يقع جواب قولهما الشاهد بالفين شاهد بالألف في ضمنها فاجتمعا عليه وتفرد أحدهما بالزيادة فلا تقبل أجيب بأنه ما شهد بها إلا من حيث هي جزء الألفين وإنما يثبت للألف في ضمن ثبوت الألفين لأن المتضمن لا يثبت بدون المتضمن ولم تثبت الألفان فلم تثبت الألف فإن قيل يشكل على قوله ما لو ادعى الفين وشهدا بألف تقبل بالاتفاق مع عدم المطابقة بين الدعوى والشهادة وهي شرط وعلى قول الكل ما لو شهد أحدهما أنه قال لها أنت خلية والآخر أنت برية لا يقضي ببينونة أصلا مع أن وتهما البينونة وتقدم أن اختلاف اللفظ وحده غير ضائر كما لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية تقبل أجيب عن الأول بأن الاتفاق بين الدعوى والشهادة وإن اشترط لكن ليس على وزان الاتفاقية بين الشاهدين ألا يرى أنه لو ادعى الغصب وتقبل فشهدا على إقراره تقبل ولو شهد أحدهما بالغصب والآخر على إقراره به لا تقبل ح فقد حصلت الموافقة بين الدعوى والشهادة فإنه لما كان يدعي الفين كان مدعيا الألف وقد شهد به اثنان صريحا فتقبل بخلاف شهادتهما بالألف الذي لم ينص شاهد الفين على الألفين من حيث هي ألفان ولم تثبت الألفان وفي المبسوط والأسرار الذي يبطل مذهبهما ما لو شهد شاهدان بطلقة يعني قبل الدخول وآخران بثلاث وفرق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف المهر على شاهدي الثلاث لا على شاهدي الواحدة ولو اعتبرنا قالا إن الواحدة توجد في الثلاث كان الضمان عليهما جميعا ولا يلزم ما إذا قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة تقع الواحدة لأن التفويض تمليك فقد ملكها الثلاث بالتفويض إليها فيها والملك يوجد من مملوكه ما شاء كما لو طلقها ألفا يقع الثلاث بملكه القدر غير أنه لغى ما فوق الثلاث شرعا وأما عن الثاني فيمنع الترادف لأن معنى خلية ليس معنى برية لغة والوقوع ليس إلا باعتبار معنى اللغة ولذا قلنا إن الكنايات عوامل بحقائقها وهما لفظان متباينان لمعنيين متباينين غير أن المعنيين المذكورين المتباينين يلزمهما لازم واحد وهو وقوع البينونة والمتباينان قد تشترك في لازم وهو خلافهما ثابت في اللفظ والمعنى فلما اختلف المعنى فهما كان دليل اختلال تحملها فإن هذا يقول إذا وقعت البينونة إلا بوصفها بخلية والآخر لم تقع إلا بوصفها ببرية والأقل لم تقع البينونة هذا كله إذا لم يدع المدعي عقدا إما إن ادعى المال في ضمن دعوى العقد في البيع والإجارة والجواب باستعمله في آخر الباب اعلم أن من المسائل المذكورة في أوقاف الخصاف ما يخالف أصل أبي حنيفة رح ذكرها ولم يذكر خلافا بل أشار إلى أنها اتفاقية فإنه ذكر فيما إذا شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة أبدا على أن لزيد ثلث غلتها وشهد آخران لزيد نصفها قال أجعل لزيد ثلث غلتها الذي أجمعا عليه والباقي للمساكين وكذا إذا سمى أحدهما مالا لزيد من هذه الصدقة والآخر أقل منه حكم لزيد بما أجمعا عليه وكذا إذا شهد أحدهما أنه قال لعطي زيد من غلة هذا الوقف من كل سنة ما يسعه ويسع عياله بالمعروف وقال الآخر يعطي ألفا قال أقدر نفقته ونفقة عياله في العام فإن كانت أكثر من الألف حكمت له بالألف أو الألف أكثر أعطيته نفقته والباقي للمساكين هذا بعد أن أدخل الكسوة في النفقة ثم أورد على نفسه فقال قلت لم أجزت هذه الشهادة وقد اختلفا في لفظها قال المعنى فيه إذا أراد الواقف إلى أن لزيد بعض هذه الغلة وأجعل لها الأقل انتهى فأراد هذا السؤال هو الذي

قال ت شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة لان اتفاق الشاهدين على الفا معنى لان الالف والخمسمائة شيئان
حسب احدهما على الآخر والعطف يثبت الاول وتقدير الطلقة والثلثة والنصف للاثنين والخمسون تركيب العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف
والالفين ان قال المدعي لم يكن لي عليه الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذبه المدعي في المشهود به وكذا اذا سكت لان دعوى الالف لانه
الكذب يشاركه فيه من التوفيق ولو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت لموافقته **قال** ر اذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه
خمسمائة قبلت شهادتهما عليه ولم يسمع قوله انه قضاه خمسمائة لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه آخر وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء
مضمون شهادته ان لا خمسمائة وجوابه ما قلنا **قال** ينبغي للشاهد اذا علم ذلك ان لا يشهد بالف حتى يعلم المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم وقال في الجامع الصغير رجلا
شهدا على رجل بالف درهم فشهد احدهما انه قد قضاه ما فالشهادة جائزة على اقراره بالف وعليه خمسمائة يعني احدهما بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا تقبل وهو قول زفر
لان المدعي اكذب شاهد القضاء قلنا هذا كذب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول

ذكرت اذا اشار الى انها الثانية وان ايراده ليس الا باعتبار قول ابي حنيفة رح وقوله وقد اختلف نقلها صحيح فيه ثم قال هذا استحسان لانه
ان الشهادة باطلة انتهى وحاصله انا علمنا استحقاقه بعض المال وترددنا بين اقل والكثر فيثبت المتيقن ولا يخلو عن نظر **فرع** ادعى البيع بالف فشهد احدهما
انه اشتراه وهذا العبد وشهد آخر على اقرار البائع به لا يقبل كما لو ادعى عينا انه له فشهد احدهما انه ملكه والآخر على اقرار ذي اليد انه ملكه لا يقبل ومثله دعوى الرهن فشهد مقتضى
القبض والآخر على اقرار الراهن بقبضه لا يقبل قال ظهير الدين الرهن شيء كالغصب وكذا الوديعة لو ادعيا فشهدا باقرار المودع قبلت او شهد احدهما باقرار المودع والآخر باقرار بها لا يقبل
قياس الغصب على قياس القرض يقبل بخلاف ما لو ادعى انه باع بيع الوفاء فشهدا انه باع بشرط الوفاء والآخران المشتري اقر بذلك يقبل للموافقة لان لفظ حكمهما واحد وهو الاستيفاء
وقيل لا خلاف لان الابراء اسقاط والهبة تمليك والاول اوجه لانه وان كان اسقاطا تضمن التمليك ولهذا يرتد بالرد ولو شهد على اقرار المدعى عليه من المدعي في يده والآخر
في يده لا يقبل وفي الحيلة ادعى دارا فشهد انها داره والآخر على اقرار ذي اليد انها لا يقبل بخلاف ما لو شهد احدهما على الدين والآخر على الاقرار به لا يقبل بخلاف ما لو
انها جارية والآخر على اقرار به لا يقبل وبخلاف ما لو شهد انها جارية والآخر انها كانت تقبل بخلاف ما لو شهد الآخر انها كانت في يده واذا رجعت القاعدة التي
من الفرق بين تخالف الشاهدين على القول والفعل خرجت كثير من الفروع والله سبحانه عليم **قوله** وان شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي
الفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف بالاتفاق عندهما ظاهر وعنده لانهما اتفقا على الالف لفظا ومعنى والفرد احدهما بالشهادة يحمل اخبرني منصوص
على خصوص كمتهما لا يقبل الشهادة بالالف كما لو شهد احدهما بالف ودرهم ومائة دينار وهو يدعيها ولو كان انما يدعي الالف
لم يقض بشيء لانه اكذب شاهد الالف وخمسمائة ظاهر الا ان السكوت في موضع البيان بيان الا ان وقف فقال كان حقي الفا وخمسمائة
فقضائي اجابة خمسمائة على نظير ما تقدم وما لم يوفق صريحا لا يقضى بشيء ولا يكفي احتمال التوفيق في الاصح **قوله** واذا شهدا بالف و
قال احدهما قضاه منها خمسمائة قضي بالف لقبول شهادتهما عليها ولا يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد لسقوط بعض الحق بقدر شهادته فلا يقبل
الا ان يشهد معه آخر وعن ابي يوسف رح في غير المشهور عنه انه يقضي بخمسمائة فقط لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان الدين ليس الا خمسمائة وجوابه
ما قلنا يعني قوله باتفاقهما عليه يعني فبعد ثبوت الالف باتفاقهما شهد واحد بسقوط خمسمائة بخلاف ما لو شهدا بالف وقال احدهما انه قضاه اياه بعد
قرضه فانه يقضي بالكل على قول الكل وعن ابي يوسف لا تقبل شهادة شاهد القضاء وذكر واقول زفر كقول ابي يوسف رح في هذه الرواية لانه اكذبه
المدعي فهو كما لو فسقه وجه الظاهر ما قدمنا من انهما اتفقا وتفرد احدهما اخر لا يلزم من الاكذاب التفسيق لجواز كونه تغليطا له قال القدوري وينبغي
للشاهد اذا علم ذلك اي يقضاء الخمسمائة ان لا يشهد حتى يعترف المدعي بقبضها لانه لو شهد فاما بالف ثم يقول قضاه منها خمسمائة وعلمت انه يقضي فيها بالف وخمسمائة
فيضيع حق المدعي عليه وان شهد بخمسمائة يثبت اختلافهما او شهد احدهما بالف والآخر بخمسمائة وفيه لا تقبل الشهادة اصلا على قول ابي حنيفة رح فيضيع
حق المدعي فالوجه ان لا يشهد الذي اعترف القضاء حتى يعترف المدعي بالقدر الذي سقط عن المدعى عليه ويشهد بخمسمائة والمراد منه من لفظه لا ينبغي لا يحل
نص عليه في جامع ابي الليث وانما نص على مسئلة الجامع بعد مسئلة القدوري لانه قد يتوهم ان تفريعها عليها على رواية ابي يوسف رح التي نقلها يقتضي انه
لو شهد احدهما بالف وقال احدهما قضاه اياها انما لا يقضي بشيء على رواية ابي يوسف فذكرها للاعلام بالفرق وقيل لانه قد كان يقال ان يقول في مسئلة
الجامع لا تقبل شهادة شاهد القضاء على وجوب المال متقدما لان في المسئلة الاولى للشاهد ان يقول انا تحملت الشهادة واحتاج الى الخروج منها وقد قضاه
خمسمائة ولكني اشهد كما اشهدت عليه وهو الف فاذا ظهرت شهادته مع الآخر بها قضي له بالالف اما في مسئلة الجامع فالشاهد يذكر ان الشهادة سقطت عنه

قال واذا شهد شاهدان انه قتل زيد يوم النحر بمكة وشهد آخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم يقبل الشهادتين لان احدهما كاذبة يقينا وليست احدهما باولى من الاخرى فان سبقت احدهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى قد تحكمت باتصال القضاء بها فلا ينتقض بالثانية قال واذا شهد اعلى رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وان قال احدهما بقرة والآخر ثور لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لا يقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض وقيل هو في جميع الالوان لهما ان السرقة في السواد غيرها في البياض فلم يلتقيا على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل اولى لان ابي الحدهما وصار كالذكورة والانوثة ولابي حنيفة ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان اذ يجتمعان في واحد فيكون السواد من جانب هذا والبياض من جانب آخر وهذا مشاهد بخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحد ولذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه

وليس على ادائها فشهادة باطلة ولا يقضى بالالف فرواية الجامع الصغير ازالة هذه الشبهة واثبت جواز الشهادة واستدرج في النهاية فقال التفاوت بين مسئلة الجامع والمسئلة التي قبلها ان في مسئلة الجامع احد الشاهدين شهد بالقضاء المديون كل الدين وفي التي قبلها شهد بقضاء بعض الدين **قوله** واذا شهد شاهدان انه قتل زيد يوم النحر بمكة وآخران انه قتله يوم النحر بالكوفة لم يقض بواحدة منهما فلو لم يجتمعوا بل شهد انه قتله بمكة فقضى به ثم شهد آخران انه بالكوفة فانه يقبل الشهود عليه اما الاول فلكذب احدهما بيقين ولا اولوية واما الثاني فللاولوية باتصال القضاء الصحيح بها فانه حين قضى بالاولى لا معارض لها اذ ذاك فنفذ شرعا فلا يتغير الحكم الشرعي الذي ثبت شرعا بحدوث معارض كمن له ثوبان في احدهما نجاسة شك في تعيينه فتحرى وصلى في احدهما ثم وقع ظنه على الآخر لا يصلي فيه ولا تبطل صلوته في الاول لانه ثبت تحريه الاول حكم شرعي هو الصحة بعد وجوب فيه فلا يؤثر الثاني في رفعه وكذا الاختلاف في الآلة قال احدهما قتله بسيف وقال الآخر بعصا لا يقبل وكذا ان شهد احدهما بالفعل والآخر باقراره لا تقبل لاختلاف المشهود به لان القول غير الفعل الذي هو نفس القتل ولم يتم على احدهما نصاب وكذا الضرب الواقع امس بتلك الآلة ليس عين الضرب الواقع اليوم وبآلة اخرى حقيقة ولا حكما لانه لا يمكن جعل الفعل الثاني اخبارا عن الاول ليتحد بالفعل نفسه وكل ما هو من باب الفعل كالبيع والجناية مطلقا والغصب او من باب القول المشروط في صحته الفعل كالنكاح المشروط معاينة انصار الشهود فاختلافهما في الزمان او المكان او الانشاء والاقرار يمنع القبول لما ذكرنا والمراد من الانشاء والاقرار انشاء العقد والاقرار به مثاله لو ادعى الغصب فشهد احدهما به والآخر بالاقرار به لا تقبل ولو شهدا جميعا بالاقرار به قبلت بخلاف اختلافهما في الزمان والمكان فيما هو من باب القول كالبيع والشراء والطلاق والعتاق والوكالة والوصية والرهن والاقرار والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف لا يمنع القبول فان القول مما يتكرر بصيغة واحدة انشاء واخبارا وهو في القرض بجملة على قول المقرض اقرضتك وكذا يقبل في الرهن والهبة والصدقة والشراء وان كانا يشهدان بمعاينة القبض لان القبض يكون غير مرة وفي المحيط ادعى عينا في يد رجل انها ملكه وان صاحب اليد قبضها بغير حق منذ شهر وشهدوا له بالقبض مطلقا لا تقبل لان شهادتهم على القبض الماضي تاريخ محمول على الحال والمدعي يدعي الفعل في الماضي والفعل في الماضي غير في الحال كما لو ادعى القتل منذ شهر فشهدوا به في الحال وكذا لو ادعى القبض مطلقا وشهدوا به من شهر لانه ادعى الفعل في الحال وهم شهدوا به في الماضي فلا تقبل الا اذا وفق وقال اردت من المطلق القبض من ذلك الوقت وقيل تقبل في هذا من غير توقيت لان المطلق اكثر واقوى من المؤرخ فقد شهدوا باقل مما ادعى به فتقبل انتهى فقد ظهر ان من الفعل القبض ومن القرض على الاصل المذكور ادعى الشراء اول من امس فشهدوا به امس تقبل لانه قول ولو ادعى النكاح اول من امس فشهدوا به امس لا تقبل لانه يتضمن الفعل كما ذكرنا من قريب هذا كله بيانا وقال الشافعي واحمد في ظاهر الرواية اختلافهما في الزمان والمكان يمنع في الكل الا اذا شهدا انه طلقها يوم الخميس وقال الآخر اقر بطلاقها يوم الجمعة واذا شهدا على اقرار الراهن والواهب والمتصدق بالقبض جازت ولو ادعى البيع وشهدا على اقرار البائع به واختلفا في الزمان والمكان قبلت وكذا لو شهد احدهما بالبيع والشراء والآخر على الاقرار به تقبل لان لفظهما سواء في الاقرار والانشاء فلم يثبت اختلاف المشهود به ذكره في الفصول وفيه عن الفتاوى الصغرى لو سكت شاهد البيع عن بيان الوقت والمكان فسألهما القاضي فقالا لا نعلم ذلك يقبل لانهما لم يكلفا حفظ ذلك **قوله** واذا شهد الخ صورتها ادعى على رجل انه سرق له بقرة ولم يذكر لها لونا واقام بينة فشهد احد بسرقة حمراء والآخر سوداء قال ابو حنيفة تقبل ويقطع وقالا هما والائمة الثلاثة لا يقطع ولو ان المسروق منه عين لونا كحمراء فقال احدهما سوداء لم يقض اجماعا لانه كذب احد شاهديه ولا فرق فيما اذا لم يعين المدعي لونا بين كون اللونين اللذين اختلفوا فيهما متقاربين كالسواد والحمرة ومتباعدين كالبياض والسواد في ثبوت الخلاف وقيل في المتباعدين الاتفاق على عدم القبول والاصح الاول ولم يذكر المصنف وذكره في المبسوط والظهيرية وعلى الخلاف المذكور لو ادعى سرقة ثوب مطلقا فقال احدهما هروي والآخر مروي ولو اختلفا في الزمان والمكان لم تقبل اجماعا لما ذكرنا من الفرق

بخلاف الاشهاد

قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبدا من فلان بالف وشهد آخران انه اشترى بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد وكان المدعي يكذب احد شاهديه وكذلك اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين ان يدعي لمدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا وكذلك الكتابة لان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا اذا كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد اذا كان المدعي هو المرأة والعبد والقاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه

بين السرقة والغصب بقليل تامل لها انها اختلفا في المشهود به فلم يوجد على كل منهما نصاب شهادة فصار كما لو اختلفا في ذكورتها وانوثتها او في قيمتها لا تقبل كذا هذا وايضا بطريق الدلالة في الغصب فانهما لو شهدا على غصب بقرة فقال احدهما سوداء او حمراء والآخر بيضاء لم تقبل مع انه لا يتضمن قبولها اثبات حد فلان لا تقبل فيما يوجب حدا اولى لان الحد اعتمد اثباتا فانه لا يثبت بشهادة النساء واما ما زيد من انه لا يثبت باقل من اربعة فليس مما فيه الكلام اعني السرقة بل يخص الزنا ولابي حنيفة ان بمجرد شهادتهما سرقة بقرة وهو المدعى به بلا ذكر المدعي لونا خاصا يثبت الحد ولم يقع فيه اختلاف بل وقع فيما ليس من نفس المشهود به وهذا لانهما لم يكلفا علم لونها فانهما لو قالا لا نعلم كونها لا تسقط شهادتهما ويجب الحد واختلافهما في امر زائد لا يلزمهما اليس يدعي به لا يبطل الحد كما لو اختلفا في ثياب السارق فقال احدهما سرقها وعليه ثوب احمر وقال الآخر ابيض فانه يقطع وكما لو اختلفا في مكان الزنا من البيت فقال احدهما في هذه الزاوية وقال الآخر في تلك فانه يحد وعلى هذا فلا حاجة في قبولها الى التوفيق كما فعله العلامة السرخسي غير انا نعبر عنا بالتوفيق بما ذكر من ان السرقة تكون غالبا بالليل ونظر الشاهد اليه من بعيد وذلك سبب اشتباه اللون اذا كانا متقاربين كالسواد والحمرة وقد يجتمعان وان كانا متباعدين في البياض كل لونا غير الآخر فيحصل اختلافهما على احد الامرين فعلى الاول او الثاني اذا اختلفا في المتقاربين وعلى الثاني فقط في المتباعدين بخلاف الغصب فانه يقع نهارا فلا اشتباه وبخلاف المذكورة والبقعة لانهما يكلفان معرفة ذلك لتقام القيمة فيظهر ان المسروق بلغ نصابا اولا ولان ذكر المذكورة دليل على انه من آدمي قريب وتحقق بحيث لا يشتبه عليه الحال فلا يتم ذلك التوفيق فالاختلاف وان كان في زيادة فقد شعب بها على نفسه فظهر ان هذا التوفيق ليس احتياطا لاثبات الحد كما لم يكن التوفيق في اختلافهما في مكان الزنا من البيت بانهما قد ينتقلان بحركة الوطء من مكان الى مكان احتياطا لاثباته ولان وجه قولهما اوفق واحق من قوله كما ظنه صاحب الاسرار وما قيل ان التوفيق لاثبات الحقوق واجب قبل تتم يجب الحد حينئذ ضرورة ثبوت السرقة جملة لم يصح منع وجوبه مطلقا بل اذا لم يستلزم وجوب حد **قوله** ومن شهد لرجل الخ صورتها على ما في الجامع في الرجل يدعي على رجل انه باعه هذا العبد بالف وخمسمائة فينكر البائع البيع فيقيم عليه شاهدا بالف وشاهدا بالف وخمسمائة قال يعني ابا حنيفة رح هذا باطل الخ ما هناك فقد ظهر ان هذا ينافي ما تقدم من ان الشاهدين اذا اختلفا فشهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي بالف وخمسمائة قضي بالالف بالاتفاق بين الثلاثة وههنا لا تقبل في شيء ولو كان المدعي يدعي الفا وخمسمائة فالامر بين بيانه وهو ان ذلك فيما اذا ادعيا فقط والمقصود ههنا دعوى العقد الا ترى الى قوله في الجامع فينكر البائع البيع ولانه لو كان المقصود الدين لم يحتج الى ذكر السبب واذا كان المدعى به البيع فالبيع يختلف باختلاف الثمن لان الثمن ان كان فلكل البعض جزء منه مقدار خاص غير مثله بمقدار اكثر منه ولم يتم على احدهما نصاب شهادة فلا يثبت البيع اصلا ولان المدعي يكذب احد شاهديه وهو الشاهد بالف وكذا اذا كان المدعي هو البائع بان ادعى انه باعه بالف وخمسمائة فانكر المشتري الشراء فاقام الشاهدين كذلك لا فرق ان يدعي المدعي منهما اكثر المالين او اقلهما لما بينا من اختلافهما في المشهود به والتكذيب من المدعي وفي الفوائد الظهيرية عن السيد الامام الشهيد السمرقندي تقبل لان الشراء لواحد يكون بالف ثم يصير بالف وخمسمائة بان يزاد في الثمن فقد اقاما على الشراء لواحد بخلاف ما لو قال احدهما اشتري بالف والآخر بمائة دينار لان الشراء لا يكون بالكل ثم يكون بمائة دينار وقال بعض المحققين الشارحين فيه نوع تامل كانه والله اعلم لجاز لزم القضاء بالثمن اذ لم يثبت احد الثمنين بشهادتهما ثم لا يفيد لانه يعود الخصومة كما لو كانت في الالف وخمسمائة المدعى بهما وان كان السبب وسيلة الى اثباتهما ومن هذا النوع ثمانية مسائل ذكرها المصنف رح والثانية الكتابة ذكرها في الجامع قال وكذلك الكتابة اذا ادعاها العبد وانكر المولى يعني الكتابة على وزان ما ذكر في البيع زاد المصنف فقال وكذا اذا كان المدعي هو المولى لان دعوى السيد المال على عبده لا يصح اذ لا دين له على عبده الا بواسطة دعوى الكتابة فينصرف انكار العبد عليه للعلم بانه لا يتصور له عليه دين الا بها فالشهادة ليست الا لاثباتها الثالثة والرابعة والخامسة الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد ان كان المدعي هي المرأة في الخلع والعبد في العتق والقاتل في الصلح عن دم العمد المقصود اثبات العقد لانه هو الذي يفيدهم الخلاص وتقوم

وان كانت الدعوى من جانب آخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه يثبت النفوذ والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل لانه لا حظ له في الرهن فصرت الشهادة عن الدعوى وان كان هو المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين

وان كان المدعي من الجانب الآخر وهو الزوج والمهر وولي القتل فهو بمنزلة الدين فيما ذكرنا من الوجوه حتى اذا ادعى اكثر مما اثبت فشهد شاهد والآخر بالاقل ان كان الاكثر بعلت مثل الف وخمسمائة تقضى بالاقل اتفاقا وان كان بدونه كالف والفين فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة لا يقضى بشيء وهذا لانه تثبت النفوذ بالعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فلم يبق الدعوى الا في الدين والمساواة الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا تقبل الشهادة بشيء اصلا ان قبولها بناء على صحة الدعوى ولم يصح لانه اي الراهن لا حظ له في الرهن اي لا يقدر على استرداده ما دام الدين قائما فلا فائدة لهذه الدعوى فلم تصح وان كان المدعي هو المرتهن فهو دعوى الدين وعلمت حكمه فان قيل الرهن لا يثبت الا بايجاب وقبول فكان كسائر العقود فينبغي ان يكون اختلاف الشاهدين في قدر المال كاختلافهما فيه في البيع والشراء اجيب بان الرهن غير لازم في حق المرتهن فان له ان يرده متى شاء بخلاف الراهن ليس له ذلك فكان الاعتبار لدعوى الدين في جانب المرتهن اذ الرهن لا يكون الا بالدين فيقبل بينة في ثبوت الدين ويثبت الرهن بالف ضمنا وتبعا للدين انتهى ولا شك ان دعوى المرتهن ان كان مثلا بكذا طالبه بالف وخمسمائة لي عليه على رهن له عندي فليس المقصود الا المال وذكر الرهن زيادة اذ لا يتوقف ثبوت دينه عليه بخلاف دين الثمن في البيع وان كان بكذا طالبه باعارة رهن كذا وكذا كان رهنه عندي على كذا ثم غصبه او سرقه مثلا فلا شك ان هذا دعوى العقد فاختلاف الشاهدين في انه رهنه بالف او الف وخمسمائة وان كان زيادة توجب ان لا يقضى بشيء لان عقد الرهن يخالف في السابقة الاجارة ان كان في اول المدة فهو كالبيع فان ادعى المستاجر والاجرة آجرني هذه الدار سنة بالف وخمسمائة فشهد واحد كذلك وآخر بالف لا يثبت الاجارة كالبيع اذ قيل استيفاء المنفعة لا يستحق بدل فكان المقصود اثبات العقد وهو يختلف باختلاف البدل فلا يثبت الاجارة وان كانت بعد مضيها استوفى المنفعة او لم يستوف بعد ان تسلم وان كان المدعي هو الآجر فهي دعوى الاجرة فان شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة وهو يدعي الاكثر يقضى بالف اذ ليس المقصود بعد المدة الا الاجرة وان شهد الآخر بالفين والمدعي يدعيها لا يقضى بشيء عنده وعندهما بالف وان كان المدعي هو المستاجر فهو دعوى العقد بالجماع لانه معترف بمال الاجارة ويقضى عليه بما اعترف به ولا يعتبر اتفاق الشاهدين في اختلافهما فيه ولا يثبت العقد لاختلاف الشاهدين النكاح وقد علمت ان النكاح اجري مجرى الفعل حتى لا يقبل الاختلاف حتى لو ادعى نكاحها فشهد احدهما انها زوجت نفسها منه تقبل وانما تقبل اذا ادعى انها زوجت نفسها منه فشهدا ان وكيلها فلان بن فلان زوجها لان لفظ زوجت نفسها يصدق به في العرف وقد اطلق محمد في الجامع عن ابي حنيفة فقال فاما النكاح فان ابا حنيفة كان يقول اذا جاءت بشاهد يشهد على الف وخمسمائة وشاهد يشهد على الف جازت الشهادة بالف وهي تدعي الفا وخمسمائة فاما ابو يوسف ومحمد فقالا النكاح باطل ايضا فمشى المص على اطلاقه فلم يفصل بين كون المدعي فيه الزوج او الزوجة وجعله الاصح نفيا لما حكاه من القول بالتفصيل بين كون المدعي الزوج فلا تصح بالاتفاق لانه دعوى العقد اذ الزوج لا يدعي عليها مالا وكون الزوجة فهو على الخلاف وقال في وجه الاصح باذكرنا يعني ما ذكره من التعليل لابي حنيفة رح من المال تابع في النكاح وانما المقصود منه الحل والازدواج والملك والاختلاف في هذا بل في البيع ولو وقع في البيع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه وح يلزم بالضرورة القضاء بالنكاح بالف فان هذا الوجه يقضي الصحة بالاقل بلا تفصيل وايضا اجدى اطلاقه في دعوى الاقل والاكثر فصح الصحة سواء ادعى المدعي الاقل والاكثر وهذا مخالف الرواية قال محمد رح في الجامع قيده بدعوى الاكثر حيث قال جازت الشهادة بالف وهي تدعي الفا وخمسمائة والمفهوم يعتبر رواية وبقوله ذلك ايضا يستقيم ولزوم التفصيل بالمدعى به بين كونه الاكثر فيصح عنده او الاقل فلا يختلف في البطلان لتكذيب المدعي شاهده الاكثر كما عول عليه محققو المشائخ فان قول محمد وهي تدعي الخ يفيد تقييد جواب قول ابي حنيفة بجوازها اذا كانت دعوى المدعية للاكثر دونه فان الواو فيه الحال والاحوال شروط فيثبت العقد باتفاقهما ودين الف **فروع** هي قسمان قسم من الاختلاف

قال فاما النكاح فانه يجوز بالفاظ استحسانا وقالا هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف رح مع قول ابي حنيفة رح لهما ان هذا التفاوت في العقد لان المقصود الجانبين السبب فاشبه البيع ولابي حنيفة رح ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الاصل

بين الدعوى والشهادة وقسم من الاختلاف بين الشاهدين القسم الاول ادعى ملكا على رجل بالشراء فشهدوا له بالملك المطلق لا تقبل وقيده في الاقضية بما اذا نسبه الى معروف كان قال اشتريته من فلان بن فلان وذكر شرائط التعريف اما لو جهله فقال اشتريته فقط او قال من رجل او من زيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت وذكر في فتاوى رشيد الدين في القبول خلافا ولو ادعى ملكا مطلقا فشهدوا به بسبب يقبل كذا اطلقه في الجامع الكبير وزاد في الاجناس في القبول ان القاضي يسأل المدعي الملك لك بهذا السبب الذي شهدوا به ان قال نعم قضى او لا فلا وفي الدعاوى والبينات اذا تحمل الشهادة على ملك بسبب واراد ان يشهد بالملك المطلق لم يذكر هذا في شيء من الكتب واختلف فيه المشايخ والاصح انه لا يسعه ذلك ولو كان ادعى الشراء من معروف ونسبه الى ابيه وجده مع القبض فقال وقبضه منه فشهدوا بالملك المطلق ففي الخلاصة تقبل بلا ذكر خلاف وحكى العمادي فيه اختلافا قيل تقبل لان دعوى الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين البائع وقيل لا تقبل لان دعوى الشراء معتبرة في نفسها كالمطلق الا يرى انه لا يقضى له بالزوائد في ذلك وفي فوائد شمس الاسلام دعوى الدين كدعوى العين وهكذا في شرح الحيل للحلواني لكن في المحيط ادعى الدين بسبب القرض وشبهه فشهدوا بالدين مطلقا كان شمس الائمة محمود الاوزجندي يقول لا تقبل كما في دعوى العين بسبب واشهدوا بالمطلق قال وفي الاقضية مسئلتان يدلان على القبول انتهى وفي فتاوى رشيد الدين لو ادعى ملكا مطلقا فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا على المطلق لا تقبل لانهم اذا شهدوا على الملك بسبب حمل دعوى الملك المطلق عليه فلا تقبل شهادتهم على المطلق بعد ذلك ولو شهدوا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب يقبل لانهم شهدوا ببعض ما شهدوا به اولا وتقبل اما النكاح فلو ادعى على امرأة انها امرأته بسبب انه تزوجها كذا فشهدوا انها منكوحته بلا زيادة تقبل ويقضى بمهر المثل ان كان قدر المسمى او اقل فان زاد على المسمى لا يقضى بالزيادة ولو لم يذكر المال والباقي بحاله قضى بالنكاح فقط ولو ادعى ملكا فشهد احدهما به والاخر مع السبب يقبل ويقضى بالملك الحادث كما لو شهدا جميعا بالملك الحادث وكل ما كان سببه عقد شراء او هبة او غيرهما فهو ملك حادث وان ادعى بسبب فشهد احدهما به والاخر مطلقا لا تقبل كما اذا شهدا جميعا بالطلاق وفيها لو ادعى النتاج فشهدوا على المطلق تقبل ولو ادعى المطلق فشهدوا على النتاج لا تقبل لان دعوى الملك المطلق دعوى اولية على سبيل الاحتمال والشهادة على النتاج شهادة على الرؤية على اليقين فشهدوا بما كثر مما ادعاه فلا تقبل قال وهذه المسئلة دليل على انه لو ادعى على النتاج او لا ثم ادعى الملك المطلق تقبل ولو ادعى المطلق او لا ثم النتاج لا تقبل وفي المحيط لو ادعى الملك بالنتاج وشهدوا على الملك بسبب لا يقبل بخلاف ما لو ادعى المطلق وشهد عليه بسبب حيث تقبل انتهى ولا يشكل انه لو ادعى النتاج فشهدوا بالسبب انه لا تقبل وفي الفصول القاضي اذا سأل الشهود قبل الدعوى عن كون الدابة فقالوا كذا ثم عند الدعوى شهدوا بخلافه تقبل لانه سألهم عما لا يكلف بيانه فهو كالمعدوم قال رشيد الدين ويخرج من هذا كثير من المسائل ولو ادعى ملكا مطلقا وبرهنا قال قبضته مني من شهر فشهدوا بالتاريخ لا تقبل وعلى العكس تقبل على المختار ودعوى الملك بسبب الارث كدعوى الملك المطلق وينبغي ان يستثنى ما اذا ارخ ففي الخلاصة ادعى دارا في يد رجل انها ملك ابيه مات وتركها ميراثا له منذ سنة فشهدوا انه اشتراها من المدعى عليه منذ سنتين لا يقبل الا اذا اتفق وقال اشتريتها منه سنتين وبعتها من ابي منذ سنة ثم ورثتها منه واقام البينة على هذا التوفيق واذا ارخ احد الشاهدين دون الاخر لا يقبل في دعوى الملك المؤرخ وتقبل في دعوى غير المؤرخ ولو ادعى الشراء بسبب ارخه فشهدوا بالشراء بلا تاريخ تقبل وعلى القلب لا ولو كان للشراء شهران وارخوا شهرا تقبل وعلى القلب لا ولو ارخ المطلق بان قال هذا العين لي منذ سنة فشهدوا انه له منذ سنتين لا تقبل ولو قال منذ سنتين وشهدوا انه له منذ سنة تقبل ولو ادعى انه قبض مني عشرة دنانير بغير حق

فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف في النتج يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى اقل المالين او اكثرهما في الصحيح
ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية وفيما اذا كان المدعي هو الزوج اجماع على انه لا تقبل
لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الخلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرناه

فشهدوا على الغائب تقبل ويحمل على انه قبض في الحال وعليه شهدوا وقدمنا من مسائل القبض شيئا دار في يد رجلين اقتسماها بعد الدعوى او قبلها وغاب
احدهما فادعى رجل على الحاضر ان له نصف هذه الدار مشاعا وفي يده نصفها مقسومة فشهدوا ان له النصف الذي في يد الحاضر فهي باطلة لانها اكثر من المدعى به
ومثله لو ادعى دارا واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومرافقها وشهدوا انها له ولم يستثنوا الحقوق والمرافق لا تقبل وكذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوه لا
اذا وفق فقال صدقوا لكني بعت ذلك البيت منها فتقبل وفي المحيط نقلا من الاقضية وادب القاضي للخصاف اذا ادعى الملك للحال فشهدوا ان هذا العين كان
قد ملكه تقبل لانها اثبتت الملك في الماضي فيحكم به في الحال بالمعلم المزيل قال العمادي فعلى هذا اذا ادعى الدين وشهد شاهدان انه كان له عليه كذا او قال بالمعاينة
اين مقدار زر خود را اين مدعا عليها بود مرين مدعي را ينبغي ان تقبل كما في دعوى العين انتهى ونظيرها في دعوى العين ما ذكر رشيد الدين اذا قالوا
نشهد ان هذا قد ملكه تقبل كما لو قالوا نشهد انه ملكه في الحال قال ولا يجوز للقاضي ان يقول امروز ملك وے ميدانيد انتهى ومعنى هذا لا يحل للقاضي ان
يقول هل تعلمون انه ملكه اليوم نعم ينبغي للقاضي هل يقول بل تعلمون انه خرج عن ملكه فقط ذكره في المحيط فيما اذا ادعى ملكا مطلقا في عين فشهدوا انه ورثه من
ابيه ولم يتعرضوا للملك في الحال او شهدوا انه اشتراه من فلان وفلان يملكه ولم يتعرضوا للملك في الحال يقبل ويقضى بالعين للمدعي لكن ينبغي ان يسألهم
القاضي الى آخر ما ذكرنا وكذا اذا ادعى ان هذه زوجته فشهدوا انه كان تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل هذا كله اذا شهدوا بالملك في الماضي اما لو شهدوا
بالبيت له في الماضي وقد ادعى الآن لا يقضى للمدعي به في ظاهر الرواية وان كانت اليد تسوغ الشهادة بالملك على ما اسلفنا وعن ابي يوسف يقضى بها
وخرج العمادي على هذا ما نقل في الواقعات لو اقر بدين رجل عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين انه قضى دينه ان شاهدي الاقرار يشهدان
انه كان له عليه دين ولا يشهدان له عليه فقال هذا ايضا دليل على انه اذا ادعى الدين وشهدوا انه كان له عليه تقبل وهذا غلط فان مقتضاه
ان لا فرق بين الشهادة بانه كان له عليه وان له عليه في الحال ان صاحب الواقعات فرق حيث قال يشهدان انه كان له عليه فلو لم يكن بينهما فرق
لم يكن لمنعه من احدهما دون الآخر معنى والذي يقتضيه الفقه انهما اذا ثبت عندهما بشهادة العدلين انه قضاه ذلك الدين الذي اقر به عندهما بعينه
بطريق افادتهما ذلك ان لا يشهدا كما عرف فيما اذا علم شاهدا الالف انه قضاه منها خمسمائة لا يشهدا حتى تقر بقبضها والله اعلم وعكس ما نحن فيه لو ادعى
في الماضي بان قال هذه الجارية كانت ملكي فشهدوا انها له اختلف في قبولها والاصح لا تقبل وكذا لو شهدوا على طبق دعواه بان شهدوا انها
كانت له لا تقبل لان اسناد المدعي دليل على نفي ملكه في الحال اذ لا فائدة له في الاقتصار على ان ملكه كان في الماضي الا ذلك بخلاف الشاهد
اذا اشهد ذلك لا يدل على نفيه اياه في الحال بجواز قصدهما اي الاحتراس عن الاخبار بما لا علم لهما به لانهما اذا لم يعلما سوى ثبوته في الماضي
ولم يعلما انتقاله فقد يكون انتقل في نفس الامر فيحترس عنه الشاهد وان كان ثبت للحال بالاستصحاب وفي الخلاصة ادعى النقرة الجيدة
وبين الوزن فشهد على النقرة والوزن ولم يذكر جيدة او ردية او وسطا تقبل ويقضى بالردي بخلاف ما لو ادعى بغير دقيق مع النحالة
فشهدوا من غير نحالة او بنحو لا فشهدوا على غير المنخول لا تقبل وفيها لو ادعى على رجل الفا من ثمن بيت فشهدوا على الف من
ضمان جارية غصبها فهلكت عنده لا تقبل وعن هذا ذكر في المسألة المسطورة وهي ما اذا شهدا بالف من ثمن جارية باعها منه فقال البائع
انه اشهد بما عليه بذلك والذي له عليه ثمن متاع تقبل شهادتهما فقال في الخلاصة هو محمول على انهما شهدا على اقراره بذلك اي اقرار المدعي
عليه بثمن الجارية لان بمثله في الاقرار تقبل لما ذكروا في المسألة المذكورة قبلها وهي الكفالة اذا شهدوا انه كفل بالف عن فلان فقال

فصل في الشهادة على الارث **قال** ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت الملك للمورث لا يقضى به للوارث حتى يشهدا الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند ابي حنيفة ومحمد رح خلافا لابي يوسف رح هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل الا انه يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما نذكره ان شاء الله تعالى وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب

الطالب هو اقر بذلك لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كان له ان يأخذه بالمال لانهما اتفقا فيما هو المقصود فلا يضرهما الاختلاف في السبب ومثله ادعى انه اجره دارا وقبض مال الاجارة ومات فانفسخت الاجارة وطلب مال الاجارة فشهدوا ان الاجر اقر بقبض مال الاجارة تقبل وان لم يشهدوا على عقد الاجارة لانهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الاجارة ولو ادعى الدين او القرض فشهدوا على اقراره بالمال تقبل ولو شهد احدهما به والآخر بالاقرار به فقد اطلق القبول في المحيط والعمدة وقال قاضي خان قالوا تقبل عند ابي يوسف رح ولو ادعى قرضا فشهدوا ان المدعى دفع اليه كذا ولم يقولوا وقبضها المدعى عليه يثبت قبضه كالشهادة على البيع شهادة على الشراء واذا ثبت القبض لذلك يكون القول لذي اليد انه قبض بجهة الامانة فيحتاج الى بينة على انه بجهة القرض اذا ادعى ولو ادعى انه قضاه ببينة فشهد احدهما به والآخر باقراره انه قضاه لا تقبل ولو شهدا جميعا بالاقرار قبلت ولو ادعى شراء داره من رجل فشهدا انه اشتراها من وكيله لا تقبل وكذا لو شهدا ان فلانا باعها منه وهذا المدعى عليه اجاز البيع او ادعى انك قبضت من مالي حمالا بغير حق مثلا وذكر ستة وقيمته فشهدا انه قبض من فلان غير المدعى تقبل فيجبر على احضاره لانه قال من مالي ولم يقل قبضت مني فلا يكون ما شهدا به بيانا قضيته فيحضر ليشير اليه المدعي القسم الثاني اختلاف الشاهدين ادعى بالبيع بيعا فشهد احدهما انه اشتراه وبه هذا العيب وشهد الآخر على اقرار البائع به لا يقبل كما لو ادعى هنيئا انه له فشهد احدهما انه ملكه والآخر على اقرار ذي اليد انه ملكه لا يقبل ومثله دعوى الرهن فشهد به بمعاينة القبض والآخر على اقرار الراهن بقبضه لا يقبل قال ظهير الدين الرهن في هذا كالغصب وكذا الوديعة لو ادعاها فشهد باقرار المودع قبلت ولو شهد احدهما بها والآخر بالاقرار بها لا تقبل على قياس الغصب وعلى قياس القرض تقبل بخلاف ما لو ادعى انه باع بيع الوفاء فشهدا انه باع بشرط الوفاء والآخران المشتري اقر بذلك تقبل لان لفظ البيع في الاخبار والانشاء واحد مثله ادعت صداقها فقال وهبتني اياه فشهد احدهما على الهبة والآخر على الابراء تقبل للموافقة لان حكمهما واحد وهو السقوط وقيل لا لاختلاف لان الابراء اسقاط والهبة تمليك والاول اوجه لانه وان كان اسقاطا يتضمن التمليك ولهذا يرتد بالرد ولو شهد على اقرار المدعى عليه ان المدعى به في يده والآخر انه في يده لا تقبل وفي المحيط ادعى دارا فشهد انها داره والآخر على اقرار ذي اليد انها له لا تقبل بخلاف ما لو شهد احدهما على الدين والآخر على الاقرار انه تقبل واذا رجعت القاعدة التي اسلفنا من الفرق بين اختلاف الشاهدين على القول والفعل خرجت كثير من الفروع والله سبحانه اعلم

فصل في الشهادة على الارث وجه المناسبة بين تعقيب الشهادة بملك متجدد ولحي عن ميت على الشهادة بملك متجدد لحي عن حي ظاهر

قوله ومن اقام بينة الخ اختلف علماؤنا في انه هل يتوقف القضاء للوارث بالشهادة على ملك الميت على الجرد والنقل وهو ان يقول الشهود في شهادتهم مات وتركها ميراثا لهذا المدعي فعند ابي يوسف لا وعند ابي حنيفة ومحمد نعم وجه قول ابي يوسف باذكر المص بقوله هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث لانه يصير ملكه خلافة ولهذا يخاصم ويرد بالعيب وعليه ويصير مغرورا فالشهادة بالملك للمورث شهادة به له فلا حاجة الى امر زائد يشترط للقضاء به له وقد ظهر بهذا محل الخلاف هو شهادتهم انه كان ملك الميت بلا زيادة ولو شهدا انها لابيه لا تقبل ذكره محمد بلا ذكر خلاف فقيل تقبل عند ابي يوسف وقيل لا تقبل بالاتفاق وهما يقولان ملك الوارث متجدد في العين حتى يجب على الوارث استبراء الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان يصدق به على مورثه الفقير ولو زكوة او كفارة

لان يد المستعير والمودع والمستأجر قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن اجرد النقل وان شهدوا انها كانت في يده وهي في يده جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتحويل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت وان قالوا لرجل حي شهدوا انها كانت في يد المدعي منذ شهر لم تقبل وعن ابي يوسف رحمه الله انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي وجه الظاهر وهو ما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منتفية وهي منزعة الى ملك وامانة وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينة

فلا بد من ذكرهما الجر والانتقال غير انه لا يشترط ذكر ذلك نصا بل اما نصا كما ذكرنا من قولهم مات وتركها ميراثا له او شهدا بالملك للمورث عند الموت او بما يقوم مقامه وهو اليد عند الموت ولا يخفى ان ابا يوسف تعرف بان ملك الوارث متجدد ولكن تجدده لازم شرعي لما شهدوا به فلا حاجة الى ذكره في شهادتهما اذا عرف هذا فالمسئلة التي ذكرها المص اتفاقية وهو قوله ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه ياخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له اما على قول ابي يوسف فظاهر واما على قولهما فلان الشهادة على الملك وقت الموت اذا لم يوقت الموت يقوم مقام ذلك وقد وجد الثاني في مسئلة الكتاب لانه اثبت اليد عند الموت حيث شهد انها معارة منه او مودعة عند الموت لان يد المستعير والمودع والمستأجر كيد المعير واخويه وقد طولبا بالفرق بين هذا وما اذا شهدا للميت بملك عين في يد رجل بانها كانت ملك المدعي او انه كان ملكها حيث يقضى بها وان لم يشهدا انها ملكه الى الآن ولذا لو شهدا المدعي عين في يد انسان انه اشتراها من فلان الغائب ولم يقيما بينة على ملك البائع وذو اليد ينكر ملك البائع فانه يحتاج الى بينة على ملكه فاذا شهدا بملكه قضي للمشتري به وان لم يقيموا على انها ملكه يوم البيع وهذا اشبه بمسئلتنا فان كلا من الشراء والارث يوجب تجدد الملك والجواب انهما اذا لم يقيما على ثبوت ملكه حالة الموت فانما يثبت بالاستصحاب والثابت به حجة لابقاء الثابت لا لاثبات ما لم يكن وهو المحتاج اليه في الوارث بخلاف مدعي العين فان الثابت بالاستصحاب بقاء ملكه لا تجدد وبخلاف مسئلة الشراء فان الملك مضاف اليه لا الى ملك البائع وان كان لا بد لثبوت ملك المشتري من بقائه لان الشراء آخر ما وجود وهو سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق لو لم يوجبه فيكون مضافا الى الشراء وهو ثابت بالبينة اما هنا فثبوت ملك الوارث مضاف الى كون المال ملكا للميت وقت الموت لا الى الموت لانه ليس سببا موضوعا للملك بل عند ثبوت ان كان له مال فافهم والله سبحانه اعلم هذا اذا شهدا انها كانت معارة او مودعة فلو شهدا انها كانت في يد ابيه مات وهي في يده والاب هو المراد بلفظ فلان في قول المص انها كانت في يد فلان يعني ابا الوارث المدعي جازت الشهادة فيقضي بالدار للوارث لاثباتهما اليد للميت الى حين الموت وبذلك يثبت الملك له ولان اليد وان تنوعت الى يد غصب وامانة وملك فانها عند الموت من غير بيان تصير يد ملك لما عرف ان كلا من الغاصب والمودع اذا مات مجهلا يصير المغصوب والوديعة ملك الصبي ورثته مضمونا عليه شرعا ولا يجتمع اليدان في ملك مالك والوديعة والمغصوب منه هذا اذا شهدا كذلك للميت فلو شهدا لحي ادعى عينا في يد شخص كذلك اي شهدا انها كانت في يد هذا المدعي منذ شهر او اقل او اكثر ولم يذكرا وقتا قال ابو يوسف هي كالتي للميت فيقضي للمدعي بالعين المذكورة وقالا لا يقضى بها للمدعي بهذه الشهادة لابي يوسف ان اليد المقصودة كالملك ولو شهدا في هذه الصورة انها كانت ملكا للمدعي تقبل على ما قدمناه في الفروع استصحابا بالملكية الى وقت الدعوى كذا هنا استصحابا باليد الى وقت الدعوى وصار كما لو شهدا وانه اخذها منه يقضى بالرد بهذه الشهادة وجه الظاهر من قول ابي يوسف وهو وجه قولهما ان الشهادة وقع كونها بينة منتفية شهادة بمجهول لان اليد متنوعة الى ملك وامانة وضمان ولم يلزم احدها بالبينة لترتفع الجهالة فتعذر القضاء بهذه الشهادة لتعذر القضاء بالمجهول بخلاف مثلها في الميت لانه لزم احدها بعينه بالموت وهو يد الملك فامكن القضاء بخلاف الاخذ فان له موجبا معلوما وهو الرد من حيث هو اخذ الى ان يتبين ثبوت انه اخذ حقه قال عم على اليد ما اخذت حتى ترده فيقضي به ايضا اليه معاين للمدعي عليه ويد المدعي مشهود بعجز عنه وليس الخبر كالمعاينة فيترجح المدعى عليه فلا يقضى به المدعي واستشكل عليه الترجيح مع ذي اليد وكذا بينة ذي الملك المطلق مع ذي اليد حيث ترجح بينة الخارج

وان اقر بذلك المدعى عليه دفعت الى المدعى لان الجهالة المقربة لا تمنع صحة الاقرار وان شهدا انها كانت في يد المدعى دفعت اليه لان المقر به هنا الاقرار وهو معلوم

باب الشهادة على الشهادة

قال الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة

الملك اجيب بان ذلك مسلم فيما لا يتنوع كبيتية الخارج ومدعي الملك المطلق بخلاف ما يتنوع وهذا الجواب حاصله ان المعاينة كانت تقدم لو لم تلزم الجهالة في المقضي وهو في التحقيق يصير الى الوجه الاول ويبطل استقلال الثاني بتامل يسير **قوله وان اقر الى آخره** يعني لو قال المدعى عليه بالدار التي في يده هذه الدار كانت في يد المدعي دفعت للمدعي وان كانت اليد متنوعة لان حاصل ذلك جهالة في المقر به وهي لا تمنع صحة الاقرار بل يصح ويلزم البيان فانه لو قال لفلان علي شيء صح ويجبر على البيان وكذا لو شهد شاهدان ان المدعى عليه اقر بانها كانت في يد المدعي تقبل لان المشهود الاقرار وهو معلوم وانما الجهالة في المقر به وهو لا يمنع صحة القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدا على اقرار المدعى عليه ان له عليه شيئا جازت ويؤمر بالبيان **تتمة** شرط الشهادة بالارث ان يشهدوا انه كان لمورثه فلو قالوا المورث انه تقدم ان محمدا قال لا يصح ولم يحك خلافا لان المورث ان كان حيا فالمدعي ليس خصما وان كان ميتا فاثبات الملك للميت خلاف الواقع وما قول بعضهم انما تصح على قول ابي يوسف وهو غير بعيد لانا نقطع بان الشاهد لم يرد هذا المعنى بل ملكه حال حياته فكان كالاول ولا بد ان يدرك الشهود الميت لان الشهادة على الملك لا تجوز بالتسامع وان بينوا جهة الاستحقاق حتى لو قالوا اخوه مات وتركها ميراثا له لا تقبل ما لم يقولوا لابيه او لامه او لهما لان الارث يختلف باختلاف الجهات وكذا لو قالوا كان لجده ولم يقولوا مات وتركها ميراثا لابيه ثم مات ابوه وتركها ميراثا له ولم يشترط ابو يوسف على ما عرف في الخلافية غير انه يسأل البينة عن عدم الورثة للقضاء واذا شهدوا انه كان لابيه تركه ميراثا له ولم يقولوا لا نعلم له وارثا سواه فان كان ممن يرث في حال دون حال لا يقضي لاحتمال عدم استحقاقه او يرث على كل حال يحتاط القاضي وينتظر مدة هل له وارث آخر او لا ثم يقضي بكله وان كان نصيبه يختلف في الاحوال يقضي بالاقل فيقضي في الزوج بالربع والزوجة بالثمن الا ان يقولوا لا نعلم له وارثا غيره وقال محمد وهو رواية عن ابي حنيفة يقضي بالاكثر والظاهر الاول وليس الاصل ان لا يكون له وارث ويأخذ القاضي كفيلا عندهما لا عنده على ما تقدم ولو قالوا لا نعلم له وارثا بهذا الموضع كفى عند ابي حنيفة خلافا لهما **فرع** اذا شهدا انه ان هذا وارث فلان لا نعلم له وارثا غيره ولم يذكرا سببا يرث به فالشهادة باطلة حتى يبينا سبب الارث وكذا اذا شهدا انه اخوه او عمه او ابن عمه او جده او جدته لا تقبل حتى يبينا طريق الاخوة والعمومة انه لاب او شقيق ونسب الميت والوارث حتى يلتقيا الى اب واحد ولا يذكر انه وارثه وهل يشترط قوله وارثه في الاب والام والولد قيل يشترط والفتوى على انه لا يشترط وقوله وارث وكل من لا يحجب بحال لا يشترط قوله وارثه وفي الشهادة بانه ابن ابن الميت او بنت ابنه لا بد من ذلك وفي الشهادة انه مولاه لا بد من بيان انه اعتقه ولا يشترط ذكر اسم ابي الميت حتى لو شهدا انه جد الميت لابويه ووارثه ولم يسميا ابا الميت قبلت وفي الاقضية شهدا انه جد الميت وقضى له ثم جاء آخر وادعى انه ابو الميت وبرهن فالثاني احق بالميراث شهدا انه اخو الميت ووارثه وقضى به ثم شهد هذان لآخر انه ابن الميت لا يبطل القضاء للاول بل يضمنان للابن ما اخذ الاول من الارث ولو شهد آخران ان الثاني ابن الميت تقبل وفي الزيادات شهدا ان قاضي بلد كذا قضى بان هذا وارث فلان الميت لا وارث له غيره فالقاضي يحتاط ويسأل المدعي عن نسبه فان لم يبين امضى القضاء للاول لعدم المنازع في الحال فان جاء آخر وبين انه وارثه فان كان اقرب من الاول قضى للثاني وان كان البعد منه لا يلتفت اليه وان زاحمه بان كان مثلا الاول ابنا والثاني ابنا قضى بالميراث بينهما على قدر حقهما لامكان العمل بهما والتوفيق والله اعلم

باب الشهادة على الشهادة لما فرغ من بيان احكام شهادة الاصول شرع في بيان احكام شهادة الفروع **قوله الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق يثبت مع الشبهة فخرج ما لا يثبت معها وهو الحدود والقصاص واما التعزير ففي الاجناس من نوادر ابن رستم عن محمد يجوز في التعزير العفو والشهادة على الشهادة ونص الفقيه ابو الليث على ان كتاب القاضي الى القاضي لا يجوز فيه الشهادة على الشهادة وفي فتاوى قاضي خان الشهادة على الشهادة**

[illegible] الشهادة على الشهادة [illegible] الشهادة [illegible] الشهادة على الشهادة [illegible] الحقوق [illegible]
الشهادة على الشهادة [illegible] من حيث البدلية [illegible] زيادة احتمال [illegible] بمنزلة الشهود فلا تقبل [illegible]
كجواز القياس [illegible] شاهدين على شهادة شاهدين [illegible] لان كل اصل [illegible] فان مقام شاهد [illegible]
على ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فيما سمعه الحق ثم شهد بحق آخر تقبل ولا تقبل شهادة
واسد على شهادة واحد [illegible] وهو حجة على مالك [illegible] ولانه حق من الحقوق فلا بد من نقله الشهادة

جائزة في الاقارير والحقوق واقضية القضاة وكتبهم وكل شيء الا الحدود والقصاص ولقولنا هذا قال احمد والشافعي في قول واصح قوليه وهو قول
مالك تقبل في الحدود والقصاص ايضا لان الفروع عدول نقلوا شهادة الاصول فالحكم بشهادة الاصول الشهادة تم وصار واكا ذكره وتمنع قوله وهذا استحسان اي جواز
الشهادة على الشهادة والقياس ان لا يجوز لانها عبادة بدنية وجبت على الاصل وليس للشهود له حق لا يجوز الخصومة فيها والاجبار عليها والنيابة في العبادة
البدنية لا تجوز ولان كون قول انسان نافذا على مثله ويلزمه بالنسبة اليه هو حنفيه ويدا منه انما عرف حجة شرعا عند قدر من احتمال الكذب وهو في
شهادة الاصول لعدم العصمة من الكذب والسهو فلا يكون حجة لذلك عند زيادة الاحتمال فكيف اذا كان الثابت ضعف ذلك الاحتمال وهو في شهادة
الفرعين وان اختلف محل الاداء فان محله في الاصلين في اثبات حق المدعي وفي الفرعين بالشهادة ان به من شهادة الاصلين ثم يرجع الى الحق المدعى به
لكن لما كان الشاهد قد يعجز عن الاداء لموته او غيبته او مرضه فيضيع الحق اثبتها اهل الاجماع صيانة لحقوق الناس لا لقال يستغنى عن ذلك بجنس الشهود
بان يستشهد على كل حق عشرة مثلا فيبعد موت الكل قبل دعوى المدعي لانا نقول المدعي جاز كونه وارث وارث صاحب الحق على مثله وقد انقرض
الكل فالحاجة متحققة اليها ولما كانت الحقوق منها ما يحتاط في اثباته ومنها ما اوجب الشرع الاحتياط في درئه وهو الحدود والقصاص لو اجرينا
فيها الشهادة على الشهادة مع ثبوت ضعف احتمال الكذب كان خلاف الشرع والمص علل بهذا وبما فيها من شبهة البدلية فاورد على هذا لو كانت
بدلا لم تجز شهادة اصل مع فرعين اذ البدل لا يجامع الاصل ولا شيء منه واجيب بان البدلية هنا بحسب المشهود به فان علما بثبوت المشهود
للاصول فيه شبهة كما ذكرنا وبالشهادة على شهادتهم تمكنت فيه شبهة اخرى لا تجب شهادة الاصل لان شهادتهم عيان ولا يخفى ما فيه ولعله لهذا
يرده الى التعليل الآخر وهو كثرة الاحتمال بتاعل لسيره فلا يكونان تعليلين وهو خلاف ما ذكر المص لا جرم ان اصل السؤال غير وارد لانه انما
يرد على حقيقة البدلية والمص انما قال فيه شبهة البدلية لا حقيقتها فان قيل ذكر في المبسوط ان الشاهدين لو شهدا
على شهادة شاهدين ان قاضي بلدة كذا حد فلانا في قذف تقبل حتى ترد شهادة فلان اجيب بان لا نقض فان الشهود في فعل القاضي
وهو ما يثبت مع الشبهات والمراد من الشهادة بالحدود الشهادة لوقوع اسبابها الموجبة لها فاورد ان فعل القاضي موجب لردها ورد ما من حده
فهو موجب للحد اجيب بالمنع بل الموجب لردها اذا كان من حده فهو الموجب الحد والذي يوجبه هو القذف نفسه على ان في المحيط ذكر محمد في الزيادات
لا تقبل هذه الشهادة **قوله** ويجوز شهادة شاهدين او شهادة رجل وامرأتين على شهادة شاهدين يعني اذا شهدا على شهادة كل من الشاهدين فيكون لهما
شهادتان شهادتهما على شهادة هذا وشهادتهما ايضا على شهادة الآخر اما لو شهدا على شهادتهما بمعنى شهد واحد على شهادة اصل والآخر على شهادة
الاصل الآخر فلا يجوز الا على قول مالك على ما نقل عنه في كتب اصحابنا لكن في كتب اصحابه انه لا يجوز وفي الجملة ان على قول احمد وابن ابي ليلى وابن شبرمة والحسن
البصري والعنبري وعثمان البتي واسحق تجوز الشهادة لان الفرع قائم مقام الاصل بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القضاء كانه شهد به
واعتبروه برواية الاخبار ولنا ما عن علي لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ذكره المص وهو بهذا اللفظ غريب والذي في مصنف عبد الرزاق
انا ابراهيم بن ابي يحيى الاسلمي عن حسين بن سمرة عن ابيه عن جده عن علي قال لا تجوز على شهادة الميت الا رجلان واسند ابن ابي شيبة شاذكوني عن
اسمعيل الازرق عن الشعبي قال لا تجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين ولان شهادة كل من الاصلين هي المشهود بها فلا بد ان يجتمع على كل مشهود به
شاهدان حتى لو كانت امرأة شاهدة مع الاصول لا تجوز على شهادتها الا رجلان او رجل وامرأتان وقال الشافعي في احد قوليه لا يجوز واختاره المزني

وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل اشهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان ابن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب عنا
فلا بد من التحميل والتوكيل على الفرع كما لا بد من التشهيد كما لا يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره لا حمل له الشهادة
وان لم يقل له اشهد ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده
بكذا او قال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا واقصر منه وحيث لا اداء اصلا

لان الفرعين يقومان مقام اصل واحد كالفرعين فكالقوم الحجة بهما كالفرعين لما قاما مقام رجل واحد لا يقضى بشهادتهما ولان احدهما لو كان اصلا فشهد بشهادته ثم شهد مع
فرع على شهادة الاصل الآخر لا يجوز اتفاقا فكذا اذا شهدا جميعا على شهادة الاصلين وفي قول آخر للشافعي يجوز كقولنا وهو قول مالك واحمد لما روينا من قول علي فانه تنظم باطلاقه
محل النزاع ولان حاصل امرهما انهما شاهدان يحق هو شهادة احد الاصلين ثم شهدا بحق آخر هو شهادة الاصل الآخر ولا مانع من ان يشهد شاهدان بحقوق كثيرة بخلاف اداء الاصل
بشهادة نفسه ثم بشهادته على الاصل الآخر مع آخر فانه انما يجوز لان فيه يجتمع البدل والمبدل بخلاف ما لو شهد بشهادته وشهد اثنان على شهادة الاصل الآخر حيث تجوز وقوله وهو
حجة على مالك فيه نظر اذ كتبهم ناطقة بان شهادة الواحد على الاصل لا تجوز وانما نقل هذا عن احمد وابن ابي ليلى وابن شبرمة والحسن البصري والعنبري
وعثمان البتي واسحق لان الفرع قائم مقام الاصل بمنزلة رسوله كما قدمنا وما ذكره المص رواية عنه وانما تقبل هذا عمن تقدم في الحلية لما تقدم من
ان الفرع كرسوله وكرواية الاخبار ويدفعه ما ذكرنا عن علي وان كل واحد حق فلا يثبت الا باثنين وذكر في المستوعب للحنابلة عن احمد لا بد من
اربعة فروع ليشهد كل فرع على واحد من الاصلين قوله وصفة الاشهاد اي اشهاد شاهد الاصل شاهد الفرع ان يقول شاهد الاصل له اشهد على شهادتي
اني اشهد ان فلان ابن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه انما شرط اشهاد الاصل الفرع في شهادة الفرع لانه كالنائب عنه فلا بد من الاستنابة
وذلك بالتحميل بخلاف شاهد الاصل يجوز على المقر وان لم يحمله وكذا كل من شاهد امرا غير الشهادة له ان يشهد به وان لم يحمل كالاقرار والبيع والغصب على ما مر يعني في فصل ما
تحمله الشاهد وانما لم يقل لانه نائب عنه لانه لو كان حقيقة النائب لم يجز القضاء بشهادة فرعين على شهادة اصل واحد لامتناع الجمع بين الاصل والخلف لكنه جائز
وقوله ولا بد ان يشهد اي شاهد الاصل عند الفرع قوله كما يشهد شاهد الاصل عند القاضي لينقله الفرع الى مجلس القضاء وان لم يذكر شاهد الاصل في شهادته
عند الفرع قوله واشهدني يعني المقر على نفسه بذلك جاز لما ذكرنا آنفا من الفرق واذا وقع التحميل بما ذكر فيقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان
فلان بن فلان وليعرفه اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك فلا بد من ذكر الفرع جد شاهد الاصل فلزم فيه خمس
شيئات وذلك لانه لا بد للفرع في شهادته وذكر شهادة الاصل والتحميل قال المص ولها اي ولشهادة الاداء من الفرع بلفظ اطول من هذا واقصر
الاطول فان يقول اشهد ان فلانا اشهدني ان لفلان على فلان كذا واشهدني على شهادته وامرني ان اشهد على شهادته وانا الان اشهد على شهادته
بذلك فيلزم ثمان شيئات واما الاقصر فان يقول الفرع اشهد على شهادة فلان بان فلانا اقر عنده بكذا ففيه شيئان وهو اختيار الفقيه ابي الليث
واستاذه ابي جعفر وحكي فتوى شمس الائمة السرخسي به وبكذا ذكره محمد في السير الكبير وبه قالت الائمة الثلاثة وحكي ان فقهاء من ابي جعفر خالفوا
واشترطوا زيادة تطويل فاخرج ابو جعفر الرواية من السير الكبير فانقادوا له قال في الذخيرة فلو اعتمد احد على هذا كان اسهل وكلام المص يقتضي ترجيح كلام القدوري
المشتمل على خمس شيئات حيث حكاه وذكر ان ثم اطول منه واقصر ثم قال وخير الامور اوساطها وذكر ابو نصر البغدادي شارح القدوري اقصر آخر بثلاث شيئات قال
ويمكن الاقتصار من جميع ذلك على ثلاثة الفاظ وهو ان يقول اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا ثم قال وما ذكره صاحب الكتاب
يعني القدوري اولى واحوط ثم حكى خلافا بين ابي حنيفة ومحمد وبين ابي يوسف وان قوله وقال لي اشهد على شهادتي شرط عند ابي حنيفة ومحمد فلا يجوز تركه و
عند ابي يوسف رحمه الله يجوز قال وجه قولهما انه اذا لم يقله احتمل ان يكون امره ان يشهد مثل شهادته وهو كذب ويحتمل انه امره على وجه
التحميل فلا يثبت النائب بالشك ولابي يوسف ان امر الشاهد محمول على الصحة ما امكن فيحمل لذلك على التحميل انتهى والوجه في شهود الزمان القول بقولهما وان كان
فيهم العارف المتدين لان الحكم للغالب خصوصا المتخذ بها مكسبة للدراهم وقولهم في اعطاء الصورة اشهدني على شهادة فلان ونحوها المراد منه التمثيل والا فلا

[illegible] فلان يشهد الناس على شهادته حتى يقول اشهد على شهادته لا بد من التحميل وهذا ظاهر عن محمد لان [illegible]
شهادة الفروع كالاصول حتى يشتركوا في الضمان عند الرجوع وذكر اعن [illegible] لانه لا بد من نقل شهادة الاصول التعبير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة
قال ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور
مجلس الحاكم لان جواز ها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان العجز بعد المسافة ومدة السفر
بين محكمتي [illegible] من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن ابي يوسف انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يثبت
في اهله صح كما لو شهدا احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن والثاني ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث

ان يعرف شاهد الاصل قال في الفتاوى الصغرى شهود الفرع يجب ان يذكروا اسماء الاصول واسماء آبائهم واجدادهم حتى لو قال اشهد ان رجلين يعرفهما اشهدا انما على شهادتهما انما يسعهما ان
يقولا لا نسميهما او لا نعرف اسماءهما لم تقبل لانه تحمل لا مجازفة لا عن معرفة قوله ومن قال اشهد في الخ اي قال شاهد عند آخر اشهد في فلان على نفسه بكذا لا يسع للسامع
ان يشهد على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي بذلك ووجهه العموم انه لا بد من التحميل اما عند محمد فلانه يقول باشتراك الاصول والفروع في الضمان اذا رجعوا ومعنى هذا ان محمد الخبر المشهود
عليه مبني لتضمين الاصول والفروع وليس المراد ما يتبادر ظاهر اللفظ من انه تضمين الكل معا وان اختار تضمين الفروع لا يرجعون على الاصول كما في باب الغصب لو ضمن المالك الغاصب الثاني
لا يرجع به على الغاصب الاول وان ضمن الاصول لا يرجعون على الفروع ايضا بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب تخير المغصوب منه في تضمين ايهما شاء فان ضمن الغاصب يرجع على غاصبه
واما عند ابي يوسف فلانه لا بد من التحميل لانه لا بد من النقل يعني الى مجلس القاضي ليصير حجة فيظهر بالنقل تحميل ما هو حجة يعني شهادة الاصول وهذا الكلام يقتضي ان وجوب التحميل لوجوب النقل
والنقل لا يتحقق الا بالتحميل حتى لو سمع شاهدا يقول لرجل اشهد على شهادتي الخ ليس له ان يشهد على شهادته لانه انما حمل غيره بحضرته فاذا نقل ظهر للقاضي انه وجد الشرط وهو التحميل فتثبت
عنده الحجة بخلاف ما لو سمع قاضيا يقول لآخر قضيت عليك بكذا او على فلان فانه يجب ان يشهد على قضائه بلا تحميل لان قضاءه حجة كالبيع والاقرار بخلاف الشهادة ليس
نفسها حجة حتى تنقل الى القاضي ولقائل ان يقول كون النقل الى القاضي والحجية يتوقف على التحميل شرعا مما يحتاج الى دليل ان لم يكن فيه اجماع الامة وهو
فتسف على الاصح عند الشافعية والا فالاتفاق على ان من سمع اقرار رجل له ان يشهد عليه بما سمع منه وانما لم يشهده بل ولو منعه من الشهادة بما سمع منه فاخرج
الاقرار بشهادة الشاهد شهادته على فلان يحتاج الى كل دليل من الشرع وذكر في الفتاوى الظهيرية في وجه امر آخر وهو ان الاصل له منفعة في نقل شهادته
فان الشهادة حق عليه يلزمه اداؤه اذا طلب منه من هي له ومقتضى هذا انه لا يحتاج الى التوكيل والتحميل لان من عليه دين اذا تبرع انسان بقضاء دينه جاز وان لم
يكن بامره لكن فيه مضرة ابداء ولا يتفق تنفيذ قوله على المشهود عليه فيتوقف على امره ورضاه فيشترط كمن له ولاية النكاح صغيرة لو نكحها انسان لا بامره لا يجوز لذلك قوله
ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلاثة ايام ولياليها فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تمس
عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبر بالسفر لان العجز بعد المسافة فقدرت بمسافة اعتبرناها الشارع بعيدة حتى اثبت رخصا عندها من الفطر والقصر وامتداد
مسح الخف وعدم وجوب الاضحية والجمعة وعن ابي يوسف انه لو كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يثبت في اهله صح شهادة الفروع احياء لحقوق الناس قالوا
الاول احسن يعني من جهة الدليل لموافقته لحكم الشرع والثاني ارفق احياء لحقوق الناس وفي الذخيرة كثير من المشايخ اخذوا بهذه الرواية وبه اخذ الفقيه ابو الليث وذكر محمد
في السير الكبير وعن محمد تجويز الشهادة كيف ما كان حتى روي انه اذا كان الاصل في زاوية المسجد فشهد الفرع في رواية اخرى تقبل وقال الامام السرخسي وغيره يجب ان يجوز على قولهما
خلافا لابي حنيفة مرة بناء على جواز التوكيل بالخصومة عندهما بلا رضى الخصم وعنده لا الا برضاه والاقطع صرح به عنهما فقال وقال ابو يوسف ومحمد تقبل والكافي في المصح فروع
خرس الاصلان او عميا او عميا وارتدا والعياذ بالله او فسقا لم يجز شهادة الفروع ويجوز شهادة الابن على شهادة الاب دون قضائه في رواية والصحيح الجواز فيهما
ولو شهدوا على شهادة نفسه واخران على شهادة غيره صح وتقبل الشهادة على الشهادة في النسب وكتاب القاضي الى القاضي وفي الاصل لو شهد رجلان على شهادة رجل
وشهد احدهما على شهادة نفسه في ذلك الحق فهو باطل لان شهادة الاصل الحاضر على شهادة الاصل الغائب غير مقبولة لانها لو قبلت ثبت بشهادة الاصل الحاضر ثلاثة ارباع
الحق نصفه بشهادته وحده وربعه بشهادته مع آخر وشهادة الاصل الغائب ولا يجوز ان يثبت بشهادة الواحد ثلثه ارباع الحق كذا ذكره الامام السرخسي ولم يزد في شرح
الكافي على تعليله بان شهادته لنفسه اصل وشهادته على غيره بدل ولا يجتمعان بخلاف ما لو شهدوا على شهادة نفسه وآخران على شهادة آخر يصح ولو شهد على شهادة
رجلين بشيء ولم يقبل شهادتهما حتى حضر الاصلان ونهيا الفروع عن الشهادة صح النهي عند عامة المشايخ وقال بعضهم لا يصح والاصح الاول وتقبل الشهادة على الشهادة
وان كثروا سمعنا قول حاكم حكمت بكذا على هذا ثم نصب حاكم غيره لهما ان يشهدا ان القاضي قضى عليه وان كان سماه من القاضي في المصر

قال فان عدل شهود الاصل الخ شهود الفرع شهادة الاهم من اهل التزكية وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر مع لما قلنا غاية الامر انه منفعة له من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول في حق نفسه ان رأت شهادة صاحبه فلا يقبل قال وان سكتوا من تعديل جاز ينظر القاضي في حالهم وهذا عند ابي يوسف وقال محمد لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فان لم يعرفوها لم يقبلوا الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف ان الاخذ بقولهم اقل دون التعديل لانه تدخل عليهم ولا يقبلوا ليعرف القاضي العدالة كما اذا احضروا بانفسهم وشهدوا قال وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف درهم وقالا اخبرانا انهما يعرفانها جاءا بامرأة وقالا كانت هي هذه ام لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان انها فلانة لان الشهادة على المعروفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة وتفسير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بين كرحين وحدوده وشهد على المشتري

وسواده في رواية الحسن عن ابي حنيفة وهذا لا يتيسر وعن ابي يوسف لا يجوز ان سماه في غير مجلس القاضي وهذا احوط قوله فان عدل شهود الاصل الخ شهود الاصل منصوب على الاولى وشهود الفرع فاعل العدل اذا شهد الفرعان فان علم القاضي عدالة كل من الفروع والاصول قضى بموجب الشهادة وان لم يعلم عدالة الاصول وعلم عدالة الفروع سأل الفروع عن عدالة الاصول فان عدلوا هم جاز لانهم من اهل التزكية فتقبل وكذا لو شهد اثنان فعدل احدهما وهو معلوم العدالة للقاضي الآخر جاز خلافا لقول بعض المشايخ انه لا يجوز لانه متهم في ذلك حيث كان تعديله رفيقه يثبت القضاء بشهادته وذلك ما اشار اليه المصنف بقوله غاية الامر ان فيه منفعة الخ لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه يعني ان شهادة نفسه تتضمن مثل هذه المنفعة وهي القضاء بها فكما انه لم يعتبر الشرع مع عدالته ذلك ما نحن فيه وان سكتوا اي الفروع عن تعديل الاصول حين سألهم القاضي جازت شهادة الفروع ونظر القاضي في حال الاصول فان علم غيرهم قضى والا لا ودون تعديلهم وهذا مذهب ابي يوسف وقال محمد اذا سكتوا وقالوا لا نعرف عدالتهم لا تقبل شهادة الفروع لان قبولها باعتبار انتقال شهادة ولم يثبت شهادة الاصول فلا تقبل شهادة الفروع ولابي يوسف ان الماخوذ اي الواجب على الفروع ليس الا نقل ما تحملوه الاصول دون تعديلهم فانه قد يخفى حالهم عنهم فاذا نقلوا ما تحملوه على القاضي ان يعرف حالهم غير ان الفروع حاضرون وهم اهل التزكية اذا كانوا عدولا فسؤالهم اقرب للمسافة من سؤال غيرهم فان كان عندهم علم فقد قصرت المسافة والا احتاج الى تعرف حالهم من غيرهم كذا ذكر الخلاف الناطفي في تهذيب اوب القاضي للخصاف صاحب الهداية وذكر شمس الائمة فيما اذا قال الفروع حين سألهم عن عدالة الاصول لا نخبر لشيء لم تقبل شهادتهما اي الفروع في ظاهر الرواية لان هذا ظاهر في الجرح كما لو قالوا اتهمهم في هذه الشهادة ثم قال وروي عن محمد انه لا يكون جرحا لانه يحتمل كونه توقيفا في حالهم فلا يثبت جرحا بالشك انتهى وعن ابي يوسف في غير هذه الرواية عن محمد انها تقبل ويسأل غيرهما ولو قالا لا نعرف عدالتهما ولا عدمها فكذا الجواب فيما ذكره ابو علي السغدي وذكر الحلواني انها تقبل ويسأل عن الاصول وهو الصحيح لان الاصل بقي مستورا فيسأل عنه وذكر هشام عن محمد في عدل اشهد على شهادة شاهدين ثم غاب غيبة منقطعة نحو عشرين سنة ولا يدري اهو على عدالته ام لا فشهدا على تلك الشهادة ولم يجد الحاكم من يسأله عن حاله ان كان الاصل مشهورا كابي حنيفة وسفيان الثوري قضى بشهادتهما عنه لان عشرة المشهور يتحدث بها وان كان غير مشهور لا يقضي به ولو ان فرعين معلوما عدالتهما شهدا عن اصل وقالا لا اعرفه وذكره غيرهما لا تقبل شهادتهما وان قال ذلك احدهما لا يثبت اذا جرحه فتبقى التهمة اذا شهدا انه عدل وليس في المثل من يعرفه فان كان ليس موضع المسألة يعني ان يخفى فيه المسألة يسألهما عنه او يبعث من يسألهما عنه سرا فان عدلاه قبل والا اكتفى بما اخبراه علانية قوله فان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة الفروع لان انكارهما الشهادة انكار للتحميل وهو شرط في القبول فوقع في التحميل تعارض خبرهما بوقوعه وخبر الاصول بعدمه ولا ثبوت مع التعارض قوله واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف درهم هكذا عبارة الجامع وتمامه فيه فيقولان قد اخبرانا انهما يعرفانها ويجيئان بامرأة فيقولان هذه هي هذه ام لا فقال يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان انها فلانة الفلانية بعينها فايهما الشهادة والمصافرة فقال فجاء بامرأة يعني المدعي جاء بها وهو النسب وهذا لان الشهادة بالالف على المعروفة بالنسبة وقد تحققت بالشهادة المذكورة للفروع والمدعي يدعي الالف على حاضرة يجاز كونها غيرها فلا بد من تعريف الحاضرة بتلك النسبة التي هي شاهد بالالف عليها قال المص ونظير هذا اذا تحملوا شهادة ببيع محدود وقال قاضي خان وهذا كرجلين يشهدان ان فلانا اشترى دارا في بلد كذا بحدود كذا ولا يعرفان الدار بعينها يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان ان هذه الدار المحدودة المذكورة بهذه الحدود في يد هذا المدعى عليه ليصح القضاء وهذا التصوير اوفق بالكتاب حيث قال تحملوا الشهادة ببيع محدود وذكر التمرتاشي رح وصار كرجل ادعى محدودا في يد رجل وشهد شهود ان هذا المحدود المذكور بهذه الحدود ملكه وفي يد المدعى عليه بغير حق فقال المدعى عليه الذي في يده غير محدود وبهذه الحدود التي ذكرها الشهود

لا بين من آخرين يشهدان على ان الجحد ودمها في يد المدعى عليه وكذا اذا انكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة حدوده ما في يديه قال وكذا كتاب القاضي
الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال دينانته ووفور ولايته يتفرد بالنقل ولو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها
الى فخذ هما هي القبيلة الخاصة هذا لان التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة بالنسبة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل
بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة خاصة
والى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد رح خلافا لابي يوسف رح
على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى

يقال للمدعي هات شاهدين ان الذي في يده محدود بهذه الحدود وتم تصوير المص لصدق فيما اذا كان المدعي شفيعا والمحدود في يد المشتري فادعاه لطلب الشفعة وقيل
المشتري الذي في يده بطريق الشراء ليس بهذه الحدود ثم قال المص قال يعني محمدا في الجامع الصغير وكذلك كتاب القاضي فانه ذكره في المسئلتين فانه قال
بعد قوله فاجيز الشهادة وكذلك كتاب القاضي الى القاضي بشهادة شاهدين وقال ابو حنيفة ان قالا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها الى هنا
لفظ الجامع الصغير يعني ان القاضي اذا كتب في كتابه الى القاضي الآخر ان شاهدين عدلين شهدا عندي ان لفلان بن فلان على فلانة بنت فلان الفلانية
مائة درهم فاقض عليها بذلك فاحضر المدعي امرأة في مجلس القاضي المكتوب اليه وقال هي هذه يقول له المكتوب اليه هات شاهدين ان التي احضرتها هي فلانة
بنت فلان الفلانية المذكورة في هذا الكتاب لتمكن الاشارة اليها في القضاء عليها وقوله الا ان القاضي الخ جواب عن مقدر وهو انه اذا كان في معنى الشهادة على الشهادة
ينبغي ان لا يقبل قول القاضي وحده لانه كشاهد الفرع شهد على الاصول بما شهدا به فقال ان للقاضي زيادة وفور ولاية ليست للشهود فقامت تلك مع دينانته مقام
قول الاثنين فانفرد بالنقل ثم قال المص قال ولو قالوا فلفظ قال ايضا على ما ذكرنا من قول المص نقلا للفظ الجامع على ما نقلناه آنفا اي قاله في الجامع قال ابو حنيفة
لو قالوا في هذين البابين اي الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي هي القاضي الى القاضي هي فلانة بنت فلان التميمية لم يكف حتى ينسبوها اي فخذها يريد القبيلة الخاصة
التي ليس دونها اخص منها وهذا على احد قولي اللغويين وهو في الصحاح وفي الجمهرة جعل الفخذ دون القبيلة وفوق البطن وانه بتسكين الخاء والجمع افخاذ وجعله في
ديوان الادب بكسر الخاء وانه اقل من البطن ولذا ذكر صاحب الكشاف والمزهر قال العرب على ست طبقات شعب وقبيلة وعمارة وبطن وفخذ وفصيلة فالشعب
يجمع القبائل والقبيلة تجمع العمائر والعمارة تجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ يجمع الفصائل فمضر شعب وكنانة قبيلة ومدرج وخزيمة وسميت شعوبا لان الناس
تشعبت منها وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وعلى هذا لا يجوز الاكتفاء بالفخذ ما لم ينسب الى الفصيلة لانها دونها ولذا
قال الله تعالى وفصيلته التي تؤويه وقدمنا في فصل الكفاءة من ذكر بعد الفصيلة ايضا العشيرة والعمارة بكسر العين والشعب بفتح الشين واستفدنا بذلك
ذكرنا في منظومته في شرحها انه لم يكف بذكر نحو التميمية لانها نسبة عامة فلا يحصل بها التعريف وهو المقصود بذكر ذلك ونقل في الفصول عن قاضي خان ان
حصل التعريف باسمه واسم ابيه ولقبه لا يحتاج الى ذكر الجد وان كان لا يحصل بذكر الاب والجد لا يكتفى بذلك وفي الفصل العاشر من فصول الاستروشني رايت بخط
ثقة لو ذكر اسمه واسم ابيه وفخذه وصناعته ولم يذكر الجد تقبل وشرط التعريف ذكر ثلاثة اشياء على هذا لو ذكر اسمه ولقبه واسم ابيه بل يكفي فيه اختلاف المشايخ
والصحيح انه لا يكفي وفي اشتراط ذكر الجد اختلاف فاذا قضى القاضي بدون ذكر الجد ينفذ لانه وقع في فصل مجتهد فيه قال كذا رايت في بعض الشروح ولا
يخفى ان ليس المقصود من التعريف ان ينسب الى ان يعرفه القاضي لانه قد لا يعرفه ولو نسبه الى مائة جد والى صناعته ومحلته بل يثبت بذلك الاختصاص
ويزول الاشتراك وانه قلما يتفق اثنان في اسمهما واسم ابيهما وجدهما او صناعتهما ولقبهما فما ذكر عن قاضي خان من انه لو لم يعرف مع ذكر الجد لا يكتفى
بذلك لا وجه منه ما نقل في الاصول من ان شرط التعريف ذكر ثلاثة اشياء غير انهم اختلفوا في اللقب مع الاسم هل هما واحد او لا نظير ما ذكر في النسب
ما ذكر في النسبة الى البلدان في حق من لا يعرف له نسبة الى جد مشهور مثل ان يقول الفرغانية وكذا البلخية كما ذكره ابو الليث وقيل السمرقندية والبخارية
عامة بخلاف الاوزجندية وقيل فالنسبة الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة قال المص ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة
ومحمد خلافا لابي يوسف في عدم اشتراطه ذكر الجد على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى اي الجد الاعلى في ذلك الفخذ خاص فنزل منزلة الجد
الخاص وهذا التعليل لقول ابي حنيفة المنقول في الجامع ان قال في هذين البابين فلانة التميمية لم يجز حتى ينسبها الى فخذها فانه ذكره فيما اذا قالا

فصل قال ابو حنيفة لا يشاهد الزور اشهره في السوق ولا اخزاه وقال لا توجعه ضربا وتحبسه هو قول الشافعي لما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيه حد مقدر فيعزر دلالة ان شريحا كان يشهر ولا يضرب ولان الازجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع ما دونه فاعتبر الزجر فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رحمه الله انه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر ثم يقولون ان شريحا يقرأ عليكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله يشهر عنهما ايضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ما ذكرناه في الحد وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا بزور لم يضربا ولا يعزران وفائدته ان شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي الشهادة والبينات للاثبات والله اعلم

فالا فلانة نبت فلان الفلانية من غير تحديد فعلم ان الفلانية تقوم مقام الجد اذا كان نسبت الى اخص الاباء

فصل قوله قال ابو حنيفة رحمه الله شاهد الزور لم اخر تمام شهادة الزور لانها خلاف الاصل اذ الاصل الصدق لان الاصل في الفطرة كونها على الحق والاخبار عنه لعارض من قبل النفس والشيطان وشاهد الزور لا يعرف الا باقراره بذلك ولا يحكم به بدون شهادته بمخالفة الدعوى اذ الشاهد الآخر اذا كذب المدعي له اذ قد يكون محقا في المخالفة او للمدعي غرض في ادائه وذكر شيخ الاسلام ان الشهود بموت واحد فيحيى حيا ولو قال غلطت او ظننت فذلك قيل هما بمعنى كذبت لاقراره بالشهادة بغير علم واذا ثبت كونه شاهد زور وقال ابو حنيفة رحمه الله يعزر بتشهيره على الملا في الاسواق ليس غير وقالا توجعه ضربا وتحبسه فصار معنى قوله واعزره ولا اضربه والحاصل الاتفاق على تعزيره غير انه اكتفى بتشهير حاله في الاسواق وقد يكون ذلك اشد عليه من الضرب بخفيفه وهما اضافا الى ذلك الضرب ويقولهما قال الشافعي ومالك رحمهما الله لما روي ان عمر رضي الله عنه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا رواه ابن ابي شيبة ثنا ابو خالد عن حجاج عن مكحول عن الوليد بن ابي مالك ان عمر رضي الله عنه كتب الى عماله بالشام في شاهد الزور يضرب اربعين سوطا ويسخم وجهه ويحلق راسه ويطال حبسه ويروى عبد الرزاق في مصنفه عن مكحول ان عمر رضي الله عنه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وقال اخبرنا يحيى بن العلا اخبرني الاحوص بن حكيم عن ابيه عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه امر بشاهد الزور ان يسخم وجهه وتلقى عمامته في عنقه ويطاف به في القبائل فوجه الاستدلال بذلك ممن يرى تقليد الصحابي الظاهر اما من لا يراه فيوجهين احدهما عدم النكير فيما فعل عمر فكان اجماعا وليس لشيء لان الانكار لا يتجه فيما طريقه الاجتهاد واذا فرض انه اداه اجتهاده الى ذلك فلا يجوز النكير على مجتهد في محل اجتهاده فلا حجة في هذا السكوت والثاني انه اسقى كبيرة من الكبائر على ما صرح به النبي صلى الله عليه وسلم فيما روى البخاري انه صلى الله عليه وسلم قال الا اخبركم باكبر الكبائر قالوا بلى يا رسول الله قال الشرك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس قال الا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها حتى قلنا لا يسكت وقد ورد التعليل بينها وبين الشرك قال فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور واذا كان كبيرة وليس فيها تقدير شرعي ففيه التعزير وهذا لا ينتقض على ابي حنيفة فانه يقتضي التعزير وهو لا ينفيه بل قد قال به على ما حققناه لكنه ينفي الزيادة فيه بالضرب والحق انه ينتقض عليه بنفي الضرب وهما يثبتانه فان كان الضرب زيادة في التعزير فليكن اذ قد ثبت الزيادة فيه به ولابي حنيفة ان شريحا رضي الله عنه كان يشهر ولا يضرب روى محمد بن الحسن في كتاب الآثار انا ابو حنيفة عن الهيثم بن ابي الهيثم عن جدته عن شريح انه كان اذا اخذ شاهد الزور فان كان من اهل السوق قال للرسول قل لهم ان شريحا يقرؤكم السلام ويقول لكم انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وان كان من العرب ارسل الى مجلس قومه اجمع ما كانوا فقال للرسول مثل ما قال في المرة الاولى ونحوه ما رواه ابن ابي شيبة ثنا وكيع ثنا سفيان عن ابي حصين قال كان شريح يبعث بشاهد الزور الى مسجد قومه والى السوق ويقول انا رأينا شهادة هذا وفي لفظ كان تكتب اسمه عنده وقال الخصاف في ادب القاضي ثنا وكيع قال حدثنا سفيان عن ابي حصين قال كان شريح يبعث بشاهد الزور فاوحل بين وكيع وابي حصين سفيان وقد يقال ليس من هذه ما يصرح بانه لم يضربه بل انه فعل ذلك ولا ينفي هذا ان يكون مع شيء آخر ثم وجدنا هذا المحتمل مرويا قال عبد الرزاق انا الثوري عن الجعد بن ذكوان قال اتي شريح بشاهد زور فنزع عمامته عن راسه وخفقه بالدرة خفقات وبعث فيه الى مسجد يعرفه الناس غيرا ابا حنيفة رضي الله عنه قال ان قد رضنا انه وقع الضرب وقد قلنا انما يعرف شاهد الزور باقراره

قال (واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد سبقنا الى تعدي القتل الا وقتل الشاهد لا يضمنان لانه لا مباشرة للتسبيب بين وجود المباشرة وذلك يمنع ايجاب الضمان على المباشر وهو القاتل لانه كالملجئ الى القتل وفي الكتاب عن تقلده وتقرر استيفاؤه من المدعي لان الحكم مامون فاعتبر التسبيب واذا يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا كان الا تلافه بحق ولا يضمنان ما تلفا بين اخذ العين والزام الدين قال (وقد رجع احدهما كان النصف

ان اتحاد المحل انما هو شرط امتناع اجتماع المتضادين لا شرط الكل من المتضادين في نفسه كما ان المجلس شرط لكل من الشهادة والقضاء ولو رجعا ثم شهدا ان الراجع توبة عن ذنب الكذب وكان ذلك الذنب في مجلس القضاء فتحقق التوبة عنه مجملا ولا شك ان ذلك ايضا غير لازم جمعا بين ملازمة شرعية بحديث معاذ بن جبل حين بعثه النبي صلى الله عليه وسلم الى اليمن فقال اوصني عليك بتقوى الله ما استطعت الى ان قال واذا عملت شرا فاحدث توبة السر بالسر والعلانية بالعلانية وانت تعلم ان العلانية لا يتوقف على الاعلام في محل الذنب بخصوصه مع ان ذلك لا يكون بل في مثله ما فيه علانية وهو اظهار للناس الرجوع واشهدهم عليه وبلغ ذلك القاضي بالبينة مثلا كيف لا يكون معلنا والله اعلم قوله واذا شهد

شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه وهذا من مذهب مالك واحمد والشافعي رحمه الله في الجديد لا ضمان عليهما لانهما مسببان ولا غير بالتسبيب وانما كان تعديا مع وجود المباشرة قلنا المباشر القاضي والمدعي ولا ضمان على القاضي اتفاقا لانه كالملجئ الى مباشرة القضاء الذي به الاتلاف من جهة الشرع باقتراض عليه بعد ظهور العدالة واذا تحققا والشرع لا يضمنه دلالة يوجب عدم قبول القضاء الذي من اخذوا ما المدعي فلا ينفذ ظاهرا ناض لان خبر الرجوع ليس اولى من الاول لينقض الحكم واذا لم ينقض لا يكون جبرا على اعطاء ما اخذ بذلك الوجه الماضي شرعا واذا تعذر الايجاب على المباشر تعين على المتعدي بالتسبيب كحافر البئر في الطريق واعلم ان الشافعية اختلفوا في هذه المسئلة والصحيح عند الامام والعراقيين وغيرهم ان الشهود يضمنون [illegible] القول الآخر لا ينقض لا يرد المال من المدعي ولا يضمن الشهود وهو عن قول ابي حنيفة الاول اذا كان مالهما وقت الرجوع [illegible] وقد نقض عليه ايضا بايجاب القصاص على الشهود اذا رجعوا بعد قتل المشهود عليه مع وجود المباشر وهو الولي على المقتضى القاضي واجيب عنه بان ذلك لدليل خاص وهو قول علي للشاهدين السرقة بعد ما قطع ورجعوا وجاءا بآخر وقالوا هذا الذي سرق لو علمت انكما تعمدتما لقطعت ايديكما اخرجه الشافعي رحمه الله وقال بهذا القول نقول فان نوقض بانه لا يرى تقليد الصحابي انكر الجواب عنه بانا انما قلنا به لما ظهر من مناطه من ان امر الدين اشد من امر المال قلنا الاشدية لا يتوقف ثبوتها على ثبوت التزامات في احكام الدنيا سيما اعتبار امر الآخرة ثم متى يقضي بالضمان على الشاهد قال المنصف اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لان هذا ضمان اتلاف والاتلاف على المدعي عليه انما يتحقق باخذه منه دينا اختيار شمس الائمة وفرق شيخ الاسلام بين كون المشهود به عينا فيضمنان قبل قبض المدعي اياه بعد القضاء له بها او دينا فلا يضمنان حتى يقبضه المدعي وجه الفرق ان ضمانهما ضمان اتلاف وضمان الاتلاف مقيد بالمماثلة واذا كان المشهود به عينا فالشاهدان وان ازالاه عن ملك المشهود عليه بشهادتهما عند اتصال القضاء بها حتى لا ينفذ تصرفه فيه فلو ازالا قيمته عما ملكها باخذ الضمان منهما قبل ان يستوفي المشهود له من المشهود عليه انتفت المماثلة لان المستوفي ههنا عين في مقابلة دين او جباه وشمس الائمة يوافق في وجه الدين ويقول في العين ان الملك وان ثبت فيه للمدعي بجبر القضاء لكن المقضي عليه يزعم ان ذلك باطل لان المال الذي في يده ملكه فلا يكون له ان يضمن الشاهد شيئا ما لم يخرج من يده قال البزازي رحمه الله في فتاواه والذي عليه الفتوى الضمان بعد القضاء بالشهادة قبض المدعي المال او لا وكذا العقار يضمن بعد الرجوع ان اتصل القضاء بالشهادة فروع شهدا انه اجله الى سنة ثم رجعا ضمناه حالا ثم يرجعان على المطلوب بعد السنة ولو توى ما على المطلوب لم يرجعا على الطالب بخلاف الحوالة ولو شهدا انه ابراه او وهبه او تصدق به عليه ثم رجعا ضمنا شهدا على هبة عبد وتسليم ثم رجعا ضمنا قيمته للمالك

الآخر الدين

والاصل ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من بقي بشهادته نصف الحق وان شهدا بالمال ثلاثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع فان رجع آخر ضمن الراجعان نصف الحق لان بقاء احدهم بقي نصف الحق وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة ارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان بقاء الرجل بقي نصف الحق وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لان بقي من بقي بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلثة الارباع وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداس عند ابي حنيفة وقالا على الرجل النصف وعلى النسوة ثمن لان بقي مقام رجل واحد ولهذا لا يقبل شهادتهن الا بانضمام رجل ولابي حنيفة ان كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنين منهن بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين لما قلنا ولو شهد رجل وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم

ولا رجوع للواهب على الموهوب له ولا عليهما لانه كالعوض وان لم يضمن الواهب الشاهدين له الرجوع شهدا انه باع عبده بخمسمائة الى سنة وقيمة العبد مائة وقضى به ثم رجعا يخير البائع بين رجوعه على المشتري بالثمن الى سنة وبين تضمين الشاهدين قيمته حالة ولا يضمنهما الخمسمائة فان ضمن الشاهدين رجعا على المشتري بالثمن اذا حل الاجل لانهما قاما مقام البائع او الضمان وطالب لهما قدر مائة وتصدقا بالفضل

قوله والاصل ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع لان الشهادة انما تثبت المال والرجوع انما يوجب الضمان لانه اتلاف لهم فاذا بقي بعد رجوع من رجع من يستقل باثبات المال ثانيا لم يتحقق بالرجوع اتلاف شيء ومن المحال ان يضمن مع عدم اتلاف شيء واما ما اورد من انه ينبغي اذا رجع احد من الاثنين ان لا يبقى شيء من المال لان الواحد لا يثبت بشهادته شيء اصلا فيقتضي ان يضمن الواحد الراجع كل المال فهو مصادم للاجماع على نفيه وانما كان الاجماع على نفيه لان عدم ثبوت نفي بشهادة واحدة انما هو في الابتداء لا يلزم في حال البقاء ما يلزم في الابتداء وح فبعد ما ثبت ابتداء شيء بشهادة اثنين نسب الى كل منهما في حال البقاء ثبوت حصته منه بشهادته فيبقى هذه الحصة مالبقي على شهادته ويكون متلفا لها برجوعه اذ اعرف هذا فاذا رجع احد الاثنين لزمه ضمان النصف لانه اتلفه برجوعه وان شهد بالمال ثلاثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي الحق من غير اطلاق شيء منه ببقاء الشاهدين والاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان كما اذا اتلف مال زيد فقضى بزمانه عليه فظهر ان مستحقه عمرو فانه ياخذه ويسقط الضمان لزيد فاولى ان يمتنع الضمان وما نحن فيه من هذا فان بالرجوع ما تلف على المشهود له حصته التي اثبتها له بشهادته او صارت مستحقة للمشهود عليه وبقاء من بقي كما الحق بظهور استحقاق المشهود به لذلك الحصة دون المشهود عليه فيدفع الزمان للمشهود عليه فان رجع آخر من الثلاثة ضمن الراجعان نصف المال لان ببقاء الثالث يبقى نصف المال فلو قال الراجع الاول كيف اضمن برجوع الثاني ما لم يلزمني ضمانه برجوع نفسي وقت رجوعي لما يقبل هذا كما لا يقبل قول احدهم لو رجع الثلثة لا يلزمني شيء لان غيري ثبت به كل الحق فرجوع غيري موجب عليه لا علي وحقيقة الوجه ان تلف النصف وان كان مما يستقل به رجوع واحد اذا فرض تحققه مع رجوع جماعة تحاصوا الضمان لانه ليس احدهما اولى به من الآخر وان شهد رجل وامرأتان فرجعت احداهما ضمنت ربع المال لبقاء ثلاثة ارباعه ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا النصف لان بشهادة الرجل يبقى نصف الحق وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع منهن ثمان لا ضمان عليهن لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى ضمن التسع ربع الحق لبقاء النصف بشهادة الرجل الباقي والربع بشهادة الباقية وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى جملة النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام الرجل ولابي حنيفة ان كل امرأتين قامتا مقام رجل قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلهن عدلت شهادة كل امرأتين منهن بشهادة رجل روى البخاري من حديث الخدري انه صلى الله عليه وسلم قال يا معشر النساء تصدقن واكثرن الاستغفار فاني رأيتكن اكثر اهل النار فقالت امرأة منهن يا رسول الله ما لنا اكثر اهل النار قال تكثرن اللعن وتكفرن العشير ما رأيت من ناقصات عقل ودين اغلب لذي لب منكن قالت يا رسول الله وما نقصان العقل والدين فقال اما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل وتمكث الليالي لا تصلي وتفطر في رمضان فصار كما لو شهد به بذلك ستة رجال ثم رجعوا وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين يعني بالاتفاق على اختلاف التخريج

قال [illegible] على ما مر [illegible] وانما تضمن بتقوم بالتملك لانها تصير متقومة ضرورة الملك بابانة المحل وكذلك اذا شهدا على رجل بتزويج امرأة بمهر [illegible] لانه اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كالاتلاف وهذا لان معنى الضمان [illegible] والاتلاف بعوض [illegible] لانها تصير متقومة ضرورة الملك بابانة المحل وكذلك اذا شهدا على رجل بتزويج امرأة بمهر [illegible] لانه اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كالاتلاف وهذا لان معنى الضمان [illegible] والاتلاف بعوض [illegible] رجعا ضمنا الزيادة لانها التلفا من غير عوض

تقدم لا لان الثابت شهادتهما بنصف المال وعند البقاء من ثبت به النصف وهو الرجل كما لو شهد ستة رجال ثم رجع خمسة ثم ليست الواحدة اولى بضمان النصف من الاخريين ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست بشهادة بل بعض شهادة لان المرأتين شاهدتان واحدة شطر علة وشطر العلة لا يثبت شيئا فكان القضاء ليس الا بشهادة الرجلين فلا تضمن المرأة عند رجوعها شيئا ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع رجل وامرأة وجب ضمان نصف المال لبقاء من بقي بشهادته نصف المال اعني الثلاث ثم هو على الرجل خاصة على قولهما لثبوت النصف بشهادة الرجل والنصف بشهادة النساء وينبغي في قياس قول ابي حنيفة ان النصف اثلاثا على الرجل والمرأة لان القضاء بالشهادة الكل من الرجل والنساء على الشيوع ثم لقاء كل امرأتين مقام رجل فثلث نسوة مقام رجل ونصف فان رجعوا جميعا فعند هما النصف اثلاثا وعنده اخماسا على النسوة ثلثة اخماس وعلى الرجل خمسان قوله وان شهدا على رجل على امرأة نكاحا بقدر مهر مثلها وادعاه باقل بان ادعاه بمائة ومهر مثلها الف فشهدا ان قضى بقضى بشهادتهما ثم رجعا لا يفسخ النكاح برجوعهما ولا يضمنان شيئا في الصورتين كما ذكره المصنف وذكر في المنظومة في صورة النقصان انما يضمنان ما نقص من مهر مثلها عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف قال في باب ابي يوسف لو اشتروا انكحها فاوكسوا ان رجعوا لم يضمنوا ما بخسوا لهم بينه في شرحه المسمى بالحصر وجعل الخلاف مبنيا على مسئلة اختلاف الزوجين في قدر المهر فان عند ابي حنيفة ومحمد القول قولها الى مهر مثلها وكان يقضى لها بالالف لولا هذه الشهادة فقد اتلفا عليها تسعمائة وعند ابي يوسف القول للزوج فلم يتلفا على قوله عليها شيئا وتبعه صاحب البحر وما ذكره صاحب الهداية هو المعروف وعليه صاحب النهاية وغيره من الشارحين لم يتعقبوا سواه خلافا للشافعي فلو كان لهم شعور بهذا الخلاف الثابت في المذهب بين الائمة الثلاثة لم يعرضوا عنه بالكلية واشتغلوا بنقل خلاف الشافعي وذكروا وجهه بان البضع متقوم لثبوت تقومه حال الدخول فكذا في غيره لانه في حال الخروج عين ذلك الذي ثبت تقومه واجابوا بحاصل توجيه الشافعي بان تقومه حال الدخول ليس الا لاظهار خطره حيث كان منه النسل المطلوب في الدنيا والآخرة وغير ذلك من النفع كما شرطت الشهادة على العقد عليه دون سائر العقود لذلك لا لاعتباره متقوما في نفسه كالاعيان المالية لانه لا يرد الملك على رقبته والمنافع لا تتقوم فلا تضمن لان التضمين يستدعي المماثلة بالنص ولا مماثلة بين الاعيان التي تحرز وتقول والاعراض التي لا تتصور ولا تبقى وفرع في النهاية على الاصل المذكور خلافية ما اذا شهدوا بالطلاق الثلث ثم رجعوا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنوا عندنا وكذا اذا قتل رجل امرأة رجل لا يضمن القاتل لزوجها شيئا وكذا لو ارتدت المرأة لا شيء عليها لزوجها وعنده عليها على القاتل للزوج مهر المثل واورد على قولنا تقضا انهم اوجبوا الضمان باتلاف منافع البضع حقيقة فيما اذا اكره مجنون امرأة فزنى بها يجب عليه مهر المثل فكذا في الاتلاف الحكمي واجاب نقلا عن الذخيرة بانه في الاتلاف الحقيقي بالشرع على خلاف القياس والحكمي دونه فلا يكون الواقع فيه واردا في الحكمي ونظيره ما في شرح الطحاوي لو ادعى انه استاجر الدار من هذا شهرا بعشرة واجر مثلها مائة والموجر ينكر فشهدا بذلك ثم رجعا لا ضمان عليهما لانهما اتلفا المنفعة وتلف المنفعة لا ضمان عليه قوله وكذا اي لا ضمان عليهما اذا شهدا على رجل انه زوج امرأته بمهر مثلها بان ادعت امرأة عليه بذلك فشهدا ثم رجعا لا يفسخ النكاح على كل حال لعدم ما يقتضيه ولا يضمنان ما اتلفاه

قال وان شهدا ببيع شئ بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فيضاف التلف اليهما وان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا طمعا على شرف السقوط الا ترى انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت يسقط المهر اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة لكونه واجبا بشهادتهما

عليه من مهر المثل لانها عوض ملك البضع وهو متقوم حال ورود التملك عليه والاتلاف بعوض كلا اتلاف وانما كان كذلك لان مبنى الضمان على المماثلة كما ذكرنا ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وهو الثابت في حق الزوج والاتلاف بلا عوض وهو الذي يحكم به على الشاهدين وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة على مهر المثل لانهما اتلفاه بلا عوض وهي من الاعيان التي يقع المماثلة بالتضمين فيها قوله وان شهدا ببيع شئ بمثل القيمة او اكثر بان ادعى ذلك مدع فشهدا له به ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان شهدا به باقل من القيمة ثم رجعا ضمنا نقصان القيمة لانهما اتلفا هذا القدر عليه بلا عوض هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بقبض الثمن فلو شهدا به ونفذ القبض ثم رجعا فاما ان نظما هما في شهادة واحدة بان يشهدا بانه باعه هذا بالف واوفاه الثمن او في شهادتين بان شهدا بالبيع فقط ثم شهدا بان المشتري اوفاه الثمن ففي الاول يقضى عليهما بقيمة المبيع لا بالثمن وفي الثاني يقضى عليهما بالثمن للبائع وجه الفرق ان في الاول المقضي به البيع دون الثمن لانه يمكن القضاء بايجاب الثمن لاقترانه بما يوجب سقوطه وهو القضاء بالايفاء ولهذا قلنا لو شهد اثنان على رجل انه باع من هذا عبده واقاله بشهادة واحدة قوله ولا يقضى بالبيع فانه قارن القضاء به ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالاقالة فكذا هذا واذا كان المقضي به البيع فقط وزال البيع بلا عوض فيضمنان القيمة بخلاف ما اذا كان بشهادتين فان الثمن يصير مقضيا به لان القضاء بالثمن لا يقارنه ما يسقطه لانهما لم يشهدا به وبعد ذلك واذا صار الثمن مقضيا به ضمناه برجوعهما ثم قال المص ولا فرق بين كون البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب يعني البيع هو السابق حتى استحق المشتري المبيع بزوائده وقد اثبتاه بشهادتهما فيضاف الحكم اليه عند سقوط الخيار اليه فاضافا التلف الى الشهود وهذا جواب عن سؤال ذكره في المبسوط حاصله ينبغي ان لا ضمان عليهما لانهما انما اثبتا البيع بشرط الخيار للبائع وبه لا يزول ملكه عن المبيع وانما يزول اذا لم يفسخ حتى مضت المدة واذا لم يفسخ حتى مضت كان مختارا في ازالة ملكه غيره فلا يجب الزمان والجواب ان سبب التلف العقد السابق وثبوته بشهادتهم فيضاف اليهم غاية الامر انه سكت الى مضت المدة وهو لا يستلزم رضاه بجواز كونه لتحرزه عن ان يضاف اليه الكذب لانه قد انكر القول فاذا فسخ كان مقرا بصدوره منه فيظهر للناس تناقضه وكذبه والعاقل يحترز عن مثله وكذا لو شهدا بالعقد على ان فيه خيار المشتري ومضت المدة ولم يفسخ وفي قيمة المبيع نقصان عن الثمن الذي شهدا به ضمناه ولو ان المشهود عليه بالشراء اخذه في المدة سقط الضمان عنهما لانه اتلف ماله كاختياره كما لو اجازه البائع في شهادتهما بالخيار له ثمن ناقص عن القيمة ليسقط ايضا قوله وان شهدا انه طلق امرأته قبل الدخول فقضي بالفرقة ثم رجعا ضمنا نصف المهر هذا اذا كان في العقد مهر مسمى فان لم يكن ضمنا المتعة لانها الواجبة فيه وذلك لانهما اكدا ما كان على شرف السقوط وعلى الموكد يا على الموجب اما كونه على شرف السقوط فان المهر بحيث لو ارتدت الزوجة والعياذ بالله او طاوعت ابن زوجها سقط المهر اصلا واما ان على الموكد يا على الموجب في مسئلتين هما ما اذا اخذ محرم صيد الحرم فقتله في يده اخر يجب الجزاء على الآخذ ويرجع على القاتل لانه اكد ما كان بحيث يسقط بان يتوب فيطلقه وما اذا اكره رجل آخر على الطلاق قبل الدخول فبان على الزوج نصف المهر ويرجع به على المكره لانه اكد ما كان بحيث يسقط بان يتاركه وكذلك بارتداد او نحوه ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فوجب بسقوط كل المهر كما مر في النكاح اي من باب المهر من ان بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه اليها كما كان سالما

قال وان شهدا على المعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا ماليته العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء اليهما وان شهدا بالقصاص ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية ولا يقتص منهم وقال الشافعي يقتص منهم لوجود القتل منهم تسبيبا فاشبه المكره بل اولى لان الولي يجان والمكره يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد ولكن تسبيبا لان السبب ما يفضي اليه غالبا وههنا لا يفضي لان العفو مندوب بخلاف المكره لانه يؤدي حيوته ظاهرا ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا اقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف

فلا يجب بمقابلته شيء ثم يجب نصف المهر ابتداء فقد اوجبا بشهادتهما ما لا يجب ضمانه عليهما وانما قال في معنى الفسخ ولم يقل فسخ لانه ليس حقيقة الفسخ والا لم ينقص من عدد الطلاق شيء فانما هو في معناه بسبب عود المعقود عليه اليها سالما ولم يذكر المصنف ما لو شهدا بالطلاق بعد الدخول مع انه مذكور في القدوري والبداية وحكمه انه لا يجب ضمان لان البضع لا تقوم له وحال الخروج وما دفع من قدر المهر قد اعتاض عنه منافع البضع ولم يتلفا عليه مالا بلا عوض وفي التحفة لم يضمنا الا ما زاد على مهر المثل لان بقدر مهر المثل اتلاف بعوض وهو منافع البضع التي استوفاها ثم المعروف ان الشاهدين لم يضمنا سوى نصف المهر من غير ذكر خلاف وخرج بعضهم ان ذلك قول ابي حنيفة وابي يوسف اما على قول محمد فيضمنان للمرأة ما زاد على نصف المهر الى تمامه لانهما برجوعهما زعما ان الزوج لم يطلقها وانما وقع بالقضاء به فعند ابي حنيفة وقوعه بالقضاء كايقاع الزوج وبايقاع الزوج ليس لها الا النصف وعند محمد القضاء ليس ايقاعا منه فبقي حقها ثابتا في كل المهر وفوتاه بشهادتهما فقد اتلفاه انتهى والوجه عدم لان القضاء بالوقوع انما هو حجة تكذيبا له في انكاره الطلاق على ان نقل هذا الخلاف غريب ليس في الكتب المشهورة ولا يعول عليه **قوله** وان شهدا انه اعتق عبده وقضي بالعتق ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا عليه مالا متقوما بلا عوض فيضمنان سواء كانا موسرين او معسرين لانه ضمان اتلاف وهو لا يتقيد باليسار والولاء للمولى لان العتق من جهته وهو وان كان منكرا للعتق صار مكذبا بشرعه وانما لا يتحول للشاهدين بضمانهما لان العتق لا يقبل الانتقال ولا يكون الولاء عوضا نافيا للضمان لانه ليس بمال بل هو كالنسب سبب يورث به ولو كان شهدا بتدبير العبد وقضي به كان عليهما ضمان ما بين قيمته مدبرا وغير مدبر وقد سلف في كتاب العتق قدر نقصان التدبير فان مات المولى بعد رجوعهما فعتق من ثلث تركته كان عليهما بقية قيمته عبدا للورثة ولو شهدا بالكتابة ضمنا تمام قيمته والفرق انهما بالكتابة حالا بين المولى وبين ماليته العبد بشهادتهما فكانا غاصبين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير فانه لا يحول بين المولى ومدبره بل نقص ماليته ثم اذا ضمنا تبعا للمكاتب على نجومه لانهما قاما مقام المولى حين ضمنا قيمته ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي اليهما الجميع كما كان مع المولى وولاؤه للذين شهدا عليه بالكتابة وان عجز فرد في الرق كان لمولاه لان رقبته لم تصر مملوكة للشاهدين بالضمان لان المكاتب لا يقبل النقل من ملك الى ملك ويرد المولى ما اخذ منهما بزوال حيلولتهما برده في الرق فهو كغاصب المدبر اذا ضمن قيمته بعد اباقه ثم رجع يكون مردودا على المولى ويرد المولى على الغاصب ما اخذ منه ولو كانا شهدا على اقراره بان هذه الامة ولدت منه فقضي بذلك ثم رجعا ضمنا للمولى نقصان قيمتها وذلك بان تقوم امة وام ولد له جاز بيعها مع الامومة فيضمنان ما بين ذلك فان مات المولى بعد ذلك فعتقت كان عليهما بقية قيمتها امة للورثة وانهما نصا في شهادتهما على اقراره في ابن في يده انه منه بان شهدا على انه اقر انها ولدت منه هذا الولد كان عليهما ما ذكرنا للمولى قيمة الولد ان قبضها ثم مات فورثه هذا الابن كان عليه ان يرد على الشاهدين ما ورث مثل ما كان الميت اخذه منهما من قيمته وقيمة امه لانه يقول الميت اخذه بغير حق وانه دين في تركته لهما والذي عندي انه ينبغي ان يضمنا للورثة مقدار ما ورث الابن لانهما اتلفاه عليهم بشهادتهما **قوله** واذا شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما وهو مذهب مالك خلافا للشافعي والدية على عاقلة الشهود ومذهب احمد ان قالا اخطأنا ضمنا الدية في مالهما وان قالا تعمدنا اقتص منهما وقال الشافعي يقتص لوجود القتل منهما تسبيبا فاشبه الشاهد المكره فانه تسبب بشهادته في قتل الولي كما ان المكره تسبب باكراهه في قتل المكره فيقتل

قال: اذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد ولا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا هذا عند محمد وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا ضمان عليهم لان القضاء وقع بشهادة الفرع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم ولذا لو رجع الفرع نقلوا شهادة الاصول فصار كانهم حضروا

المسكر بل هو اولى منه لان ولي القصاص بعد الشهادة يبقى على قتل المشهود عليه ولا ينكر عليه احد والمكره لا يبقى على القتل بالاكراه بل يمنع وينكر عليه للعلم بانه محظور عليه ولذا ان القتل من الشاهد لم يوجد تسبيبا لان التسبيب ما يفضي الى ما تسبب فيه غالبا والشهادة لا تفضي الى قتل الولي على وجه الغلبة فان انصرفت الى القضاء به بل كثيرا ما يقع ثم يقف الناس في الصلح على الدية بل على قدر بعضها فلم يفض غالبا اليه بل قد وقع من الناس من يغيب عليه طلب الشفي ومنهم من يغلب عليه العفو بالمال يرى انه جمع بين ما هو الاحب للشارع وحصول ماله ينتفع به وهو جمع بين دنياه واخرى لا شك ان هذا بالنظر الى مجرد ذاته ومفهومه يقتضي كثرة وجوده بالنسبة الى القتل فكيف اذا علم كثرة وقوعه واذا انتفى التسبب حقيقة من الشاهد انتفى قتله بخلاف المكره يعني يخالف الولي المكره لان الغالب ان الانسان يؤثر حياته على حياة غيره فكان المكره باكراهه سببا حقيقة حيث يثبت بفعله ما هو المفضي للقتل بسبب الايثار الطبيعي ولا يصح قياس الشاهد عليه لانتفاء الجامع وهو اثبات ما يفضي غالبا الى الفعل ووجه آخر وهو ان الفعل الاختياري ذي الاختيار الصحيح اعني قتل الولي المعترض بعد الشهادة مما يقطع نسبة الفعل الى الشاهد كما عرف فيمن فك عن عبد انسان قيده فابق باختياره واشباهه كمن دفع انسانا في بئر حفرها غيره تعديا فانه يدفعه الاختياري القطعت نسبة التلف الى الحافر فلا وجود للتسبب مع المباشر مختارا بخلاف المكره فانه وان اعترض فعله الاختياري على الاكراه لكن اختياره اختيار فاسد للاكراه عليه فكان كلا اختيار ولذا لا يصح مع اختياره هذا البيع ولا الاجارة ونحوها فلم تصح لقطع نسبة الفعل عن المكره فاعتبر المكره كآلة للمكره قتل بجاذ لك التقييد على انه لو لم يقطع الاختياري الصحيح النسبة الى الشاهد فلا اقل من ان يوجب شبهة في ايجاب القصاص عليه والقصاص يندرئ بالشبهات بخلاف المال فانه يثبت مع الشبهة وقوله فاشبه المكره بكسر الراء وقوله والمكره بفتحها والمراد بالمختلف مختلف الرواية للفقيه ابي الليث وفي شرح الجامع الكبير للقتابي اذا شهدوا على رجل انه قتل فلانا خطأ او عمدا فقضي بذلك واخذ الولي الدية في الخطاء وقتل القاتل في العمد ثم جاء المشهود بقتله حيا فالعاقلة في الخطأ ان شاؤا رجعوا على الآخذ لانه اخذ بغير حق ولا يرجع هو على احد وان شاؤا ضمنوا الشهود لانهم تسببوا للتلف بغير حق وهم يرجعون على الولي لانهم ملكوا المضمون وهو الدية باداء الضمان فتبين ان الولي اخذ مالهم وفي العمد لا يجب القصاص على الولي ولا على الشهود لان القضاء اورث شبهة لكنه تجب الدية ويخير ورثة المقتول بين ان يضمنوا الولي الدية ولا يرجع هو على احد وبين ان يضمنوا الشاهدين وهما لا يرجعان عند ابي حنيفة لانهم لم يملكوا المضمون وهو الدم لانه لا يقبل التمليك لانه ليس مالا وعندهما يرجعون ضمنوا لان اداء الضمان انعقد سببا لتملك المضمون لكن لم يثبت الملك في المضمون لعدم قبوله فثبت في بدله كمن غصب مدبرا وغصبه آخر ومات في يده وضمنه المالك يرجع على الثاني بما ضمن لما قلنا كذا هذا قوله واذا رجع شهود الفرع ضمنوا وهذا بالاتفاق لان الشهادة التي في مجلس القضاء وهي التي بها القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا لم يضمنوا ولم يذكر المصنف خلافا وفي شرح القدوري لابي نصر البغدادي قال هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يضمنون وهو رواية عن ابي حنيفة انتهى وقال ابو المعين في شرح الجامع الكبير فيما اذا شهد فرعان على شهادة شاهدين على رجل انه قتل فلان ابن فلان خطأ فقضى بالدية على عاقلته وقبضها الولي ثم جاء المشهود عليه بقتله حيا لا يضمن

لو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رح المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكراه وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فرجحنا بينهما في التضمين وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في ذلك لم يلتفت الى ذلك لان ما امضي من القضاء لا ينتقض بقي لهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع

الفروع لعدم رجوعهم وعدم ظهور كذبهم بيقين لجواز ان الاصلين اشهدا هما غير ان الولي يرد على القاتل وما اخذ منها فلو حضر الاصلان وقالا لم نشهد هما لم يلتفت الى انكارهما ولا ضمان على الاصلين اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فلانهما لو رجعا بان قال اشهدنا هما بباطل لا ضمان عليهما لان شهادتهما واشهادهما الفرعين كانا في غير مجلس القضاء فلا يكون سببا للضمان كالرجوع في غير مجلس القضاء واذا لم يضمنا بالرجوع فكذا اذا اظهر المشهود لقتله حيا واما عند محمد فيضمنان بالرجوع ثم قال بناء لا يضمنان يعني قال محمد في انكار الاصول الاشهاد لا يضمن الاصلان ثم ذكر تردد في انه قاله على انه قول ابي حنيفة وابي يوسف خاصة وقاله اتفاقا واما صاحب النهاية فصرح بان عدم الضمان بالاجماع قال المصنف وجهه لانهم انكروا اي شهود الاصل السبب وهو الاشهاد وذلك لا يبطل القضاء لانه خبر يحتمل الصدق والكذب فصار كرجوع الشاهد بعد القضاء لا ينقض به الشهادة لهذا بخلاف ما اذا انكروا الاشهاد قبل القضاء لانه يقضي بشهادة الفرعين كما اذا رجعوا قبله هذا اذا قالوا لم نشهدهم وان قالوا اشهدناهم وغلطنا او اشهدناهم ورجعنا ضمن الاصول كما اطلق القدوري حكم المصنف بان الضمان قول محمد اما عند ابي حنيفة وابي يوسف فلا ضمان على الاصول لمجاوزة الفرعين نقلا شهادتهما الى المجلس ووقع القضاء بها كانهما حضرا بانفسهما وادياها فاذا رجعا ضمنا وغاية الامر ان يكون شهادتهما ليست في المجلس حقيقة لكنها فيه حكما باعتبار انها المنقولة فعملنا بالحقيقة عند عدم الرجوع وبالحكم عند الرجوع ولا حاجة الى اعتبار الفرعين نائبين عن الاصلين فيكون فعلهما كفعلهما ليرتفع فانه لو كان كذلك لعمل منع الاصلين اياهما عن الاداء بعد التحميل ولا يعمل فلهما بل عليهما ان يؤديا الى منع هما بعد التحميل ولابي حنيفة وابي يوسف ان القضاء انما وقع بشهادة الفروع لانهم يشهدون بشهادة الاصول فهو كما لو شهد واحد آخر انما يقضي به بشهادتهم وهذا لان القاضي انما يقضي بما عاين من الحجة وهو شهادتهما واذا ثبت ان القضاء ليس الا بشهادتهما لم يضمن غيرهما وقد اخر المصنف دليل محمد مع تقديم قوله وعادته ان يكون المرجح عنده ما آخره **قوله** ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير على ما عرف لهما من ان القضاء انما وقع بشهادة الفروع والضمان انما يكون برجوع من قضي بشهادته وعند محمد المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكراه هو قولهما ان القضاء بما عاين القاضي من الحجة وانما عاين شهادة الفروع ومن الوجه الذي ذكر اي محمد وهو ان الفروع نقلوا شهادة الاصول فالقضاء بالشهادة المنقولة وهي شهادة الاصول وقوله والجهتان متغايرتان جواب عما يقال لم يجمع بين الجهتين فيضمن كل من الفريقين نصف المتلف فقال هما متغايران لان شهود الاصل يشهدون على اصل الحق وشهود الفرع يشهدون على شهادتهم وقيل لان احدهما اشهاد والاخرى اداء للشهادة في مجلس القضاء ولا مجانسة بين الشهادتين فلا يعتبر شهادة الفريقين بمنزلة شهادة واحد باجر واحد فلهذا لم يجمع بين الفريقين في التضمين شيئا ثبت له الخيار في تضمين اي الفريقين شاء ولا يرجع واحد من الفريقين اذا ضمن بما ادى على الفريق الآخر بخلاف الغاصب يا غاصب الغاصب فانه اذا ضمن الغاصب يرجع الى غاصبه لان كلا من الشهود هو آخذ بفعله فاذا ضمن المشهود عليه لا يرجع به على الآخر بسبب المتلف نقل شهادة الاصول اذ لولا شهادة الاصول ما يمكن الفروع من النقل ولولا نقل الفروع لم يثبت النقل وكان فعل كل من الاصول والفروع في حق المشهود عليه

قال وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمنون لانهم اثبتوا على الشهود خيرا فصار كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت بمعنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض

قال واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط المحض الا ترى ان القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى المسئلة يمين الفراق والطلاق قبل الدخول

سبب للضمان اما الفروع فبالنقل اولا واما الاصول فبتحميلهم الفروع على النقل اذ تحميلهم لزمهم ذلك شرعا حتى يأثمون لو تركوا النقل بخلاف الغاصب مع غاصبه قوله وان رجع المزكون عن التزكية بعد القضاء بالمال ضمنوا المال اطلقه القدوري وذكر المصنف وغيره ان ذلك قول ابي حنيفة وعندهما لا يضمنون لان القضاء الذي به الاتلاف لم يقع بالتزكية بل بالشهادة فلم يضف التلف اليهم فلا يضمنون وصاروا كشهود الاحصان اذا رجعوا بعد الرجم لا يضمنون الدية باتفاقنا ولابي حنيفة رحمه الله ان التزكية علة اعمال الشهادة والشهادة علة التلف فصار التلف مضافا الى التزكية لان الحكم يضاف الى علة العلة بخلاف الاحصان لانه ليس العلة في القتل بل العلة فيه الزنا والاحصان ليس مثبتا للزنا فشهوده لا يثبتون الزنا فليس عليه لعلة القتل ليجب الضمان بل هو شرط محض اي عند وجوده فيكون الحد كذا وتمام الموثر في الحد رجما كان او جلدا ليس الا الزنا الا انه قد يقال من طرفهما ان الحكم لا يضاف الى علة العلة الا عند عدم العلة وعند وجودها الاضافة الا اليها وهذا فرع ذكره في المبسوط شهدوا بالزنا وزكوا وقال المزكون علمنا انهم احرار مسلمون فظهروا عبيدا او كفارا لا ضمان عليهم ولا على الشهود اما الشهود فلانه لم يثبت كذبهم في الشهادة بل الواقع ان لا شهادة على المسلمين من عبيد او كفار واما المزكون فلانهم اعتمدوا قول الناس في ذلك وليس اخبار القاضي ذلك شهادة واما دعوا وقالوا تعمدنا الكذب فعليهم ضمان الدية عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما الدية في بيت المال في الوجهين لان المزكين ما اثبتوا سبب الاتلاف وهو الزنا انما اثبتوا على الشهود خيرا وابو حنيفة يقول جعلوا ما ليس بموجب اصلا للشهادة موجبا بالتزكية الخ يعني ما ذكرنا قوله واذا شهد شاهدان باليمين اي شهدا بتعليق طلاق زوجته قبل الدخول بما بعد دخول الدار وتعليق عتق عبده به ثم شهد آخران بدخول الدار فقضى بالطلاق والعتاق ثم رجع الفريقان فالضمان كنصف المهر وقيمة العبد على شهود اليمين خاصة واحترز بلفظ خاصة عن قول زفر فانه يوجب الضمان على الفريقين بالسوية قال لان التلف حصل بشهادتهم قلنا القضاء بالعتق والطلاق انما هو بثبوت قوله انت طالق وانت حر فانه العلة في الوقوع وهذا الذي سماه المصنف سببا فكان انما اثبتوا شهود اليمين بخلاف شهود الدخول لان الدخول لم يوضع علة شرعا للطلاق والعتاق فلم يكن علة واذا ضمن الدافع مع وجود الحافر وهما مسببان غير ان الدافع مثبت لسبب اقرب من الحفر لان العلة انما هي الثقل فلان يضمن مباشر العلة دون مباشر السبب اولى ومن هنا اذا رجع شهود التخيير مع شهود اختيار انفسها يضمن شهود الاختيار خاصة لان الاختيار هو العلة والتخيير سبب ولا يلزم على هذا اذا شهدا انه تزوج فلانة وشهد آخران انه دخل بها وقضى بكل المهر ثم رجعوا يجب الضمان على شهود الدخول وان كان وجوب المهر بالتزوج لان شهود الدخول اثبتوا ان الزوج استوفى عوض ما وجب عليه بالتزوج فخرجت شهادتهما من ان يكون اتلافا فلم يقتضي ما في وجه انفراد شهود اليمين بالضمان ان يجب على شهود الشرط لو رجعوا وحدهم بسببهم بانهم اثبتوا السبب عنده بخلاف ما اذا رجع شهود اليمين وحكى المصنف اختلاف المشايخ قال القاضي قال اكثر المشايخ يضمنون لانهم تسببوا في التلف بغير حق لان له اشتراكا في وجود العلة عنده فيكون مسببا للضمان عند عدم العلة بخلاف الاحصان لانه اثر في منع وجود العلة لان الدخول في نكاح صحيح سبب الامتناع من الزنا لا سبب اثباته فلا يلحق بالعلة وجعل شمس الائمة هذا عن بعض مشايخنا يعني ما ذكرنا من كلام القاضي ثم قال وهذا غلط بل الصحيح من المذهب ان شهود الشرط لا يضمنون شيئا لان النص عليه في الزيادات لان قوله انت حر مباشرة الاتلاف وذلك عند وجود الشرط مضافا اليه لا الى الشرط سواء كان منجزا او لا بخلاف مسئلة الحفر فالعلة هناك تحصل الماشي وذلك ليس من مباشرة الاتلاف في شيء فلهذا يحيل الاتلاف مضافا الى الشرط وهو ازالة المسك

کتاب الوکالۃ

ثم لا یخفی علیک ان صورۃ رجوع شہود الشرط وحدہم فذا ان تحلف فی عدم الضمان علیہم واللہ سبحانہ اعلم

کتاب الوکالۃ

اعقب الشہادۃ بالوکالۃ لان کلا من الشاہد والوکیل ساع فی تحصیل مراد غیرہ الموکل والمدعی معتمد علیہ کل منہما والوکالۃ لغۃ بفتح الواو وکسرہا اسم للتوکیل وہو تفویض امرک الی من وکلتہ اعتمادا علیہ فیہ ثقۃ بہ وتیسیرا منک وعجزا منہ والوکالۃ ابدا اما للعجز او للترفہ وکل منہما للضعف ولذا کان معنی الوکیل من فیہ ضعف وبہ فسر قول لبید ؎ وکانی بلجم سوذانقا ؎ اجدلیا کریا غیر وکل ؎ والسوذانق والسوذق والسوذقین الشاہین والاجدل الصقر نسب فرسہ الیہ ووکلہ جعلہ وکیلا ای مفوضا الیہ الامر ومنہ وکل امرہ الی فلان ومن ہذا قول الحطیئۃ ؎ فلا یا قصرت الطرق عنہم بحیرۃ ؎ امرن ذا وکلتہا لا تواکل ؎ یعنی اذا فوضت امرہا الیہا لا تواکل نفسہا علی ان اشہا علی السیر بل تسیر علی جدہا فی السیر ولا تضعف فیہ وتوکل قبل الوکالۃ اتکلت علیہ اعتمدت واصلہ اوتکلت قلبت الواو یاء لسکونہا وانکسار ما قبلہا ثم ابدلت تاء واوغمت فی تاء الافتعال واما الوکیل فہو القائم بما فوض الیہ من الامور وہو فعیل بمعنی مفعول ای موکول الیہ الامر فاذا کان قویا علی الامر قادرا علیہ نفوذہا اتم امر الموکل فاذا رضی اللہ سبحانہ وتعالی ان یکون وکیلا عنک واعتمدت علی غیرہ فہو الحرمان العظیم فکیف اذا اوجبہ علیک لتحقق مصلحتک فضلا منہ قال اللہ عز وجل رب المشرق والمغرب لا الہ الا ہو فاتخذہ وکیلا وعلی ہذا استمرار احسانہ وبرہ لا الہ غیرہ واما شرعا فالتوکیل اقامۃ الانسان غیرہ مقامہ فی تصرف معلوم فلو لم یکن التصرف معلوما ثبت بہ ادنی تصرفات الوکیل وہو الحفظ فقط وقال الامام المحبوبی اذا قال لغیرہ انت وکیلی فی کل شیء کان وکیلا بالحفظ واما سببہا فدفع الحاجۃ المتحققۃ الیہا کما یظہر فی کلام المصنف رحمہ اللہ واما رکنہا فالالفاظ الخاصۃ الاتی بہا یثبت من قولہ وکلتک ببیع ہذا او شرائہ مع اقترانہ بقبول المخاطب صریحا او دلالۃ فیما اذا سکت فلم یقبل او یرد ثم عمل فانہ ینفذ وتظہر قبولہ بالعمل وروی بشر عن ابی یوسف انہ اذا قال لغیرہ احببت ان تبیع عبدی ہذا او قال ہویت او رضیت ووافقنی او شئت او اردت ونحو ذلک فہو توکیل ولو قال لا انہاک عن طلاق زوجتی لا یکون توکیلا فلو طلق لا یقع ولو قال لعبدہ لا انہاک عن التجارۃ لا یصیر ماذونا قال الفقیہ ابو اللیث الجواب فی الوکالۃ کذلک اما فی الاذن یجب ان یکون ماذونا فی قول علمائنا لان العبد لسکوت المولی یصیر ماذونا وہذا فوق السکوت ذکرہ فی الذخیرۃ ولا بد من قول المعنی ان قولہ لا انہاک فی حال عدم مباشرۃ البیع فوق سکوتہ اذا اراد بیع وتقدم عن المحبوبی انت وکیلی فی کل شیء یکون بالحفظ قال فلو زاد فقال انت وکیلی فی کل شیء جائز تصنعہ وامرک فعند محمد یصیر وکیلا فی البیاعات والاجارات والہبات والطلاق والعتاق حتی ملک ان ینفق علی نفسہ من مالہ وعند ابی حنیفۃ فی المعاوضات فقط ولا یلی العتق والتبرع وفی فتاوی بعض المتاخرین علیہ الفتوی وکذا لو قال طلقت امرأتک او وقفت ارضک لا صح انہ لا یجوز ومثلہ انہ اذا قال وکلتک فی جمیع امورہا ولو قال فوضت امر مالی الیک یصیر وکیلا بالحفظ فقط وکذا فوضت امری الیک الصحیح انہ مثلہ وفی المبسوط اذا وکلہ فکل قلیل او کثیر فہو وکیل بالحفظ لا بالقبض ولا بالبیع ولا بالشراء فوضت لک امر مستغلاتی وکان اجرہا ملک تقاضی الاجرۃ وقبضہا وکذا امر ولو فی ملک التقاضی وامر وابی ملک الحفظ والرعی والتعلیق وامر مماليک ملک الحفظ والنفقۃ او فوضت الیک امر امراتی ملک طلاقہا واقتصر علی المجلس بخلاف

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل به غيره فيكون بسبيل منه دفعا للحاجة وقد صح ان النبي عليه السلام وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة

بالموت وكذلك الوصاية حالة الحيوة وكالة كالوكالة بعد الموت وصاية لان المنظور اليه المعاني وكذلك في كل اموري وانت مقام نفسي ليس توكيلا عاما فان كان له صناعة معلومة كالتجارة مثلا ينصرف الى ذلك وان لم يكن له صناعة معلومة ومعاملاته مختلفة فالوكالة باطلة ولو قال وكلتك في جميع الامور التي يجوز فيها التوكيل فتوكيل عامة يتناول البياعات والانكحة ولا شرطها فاسيأتي عند قوله ومن شرط الوكالة ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام واما صفتها فانها من العقود الجائزة غير اللازمة حتى ملك كل من الموكل والوكيل العزل بلا رضى الآخر كما سيجيء ان شاء الله تعالى ولكن شرعيتها غير لازمة رد المحققون قول بعض المشايخ فيما لو قال كلما عزلتك فانت وكيلي لانه لا يملك عزله لانه كل ما عزله يتجدد وكالته فان تعليق الوكالة بالشرط جائز فانه يستلزم كون الوكالة من العقود اللازمة لا الجائزة فالحق امكان عزله ثم اختلفوا في تحقيق لفظ العزل فقيل ان يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف الى المعلق والمنجز وقيل لا يصح لان العزل فرع قيام الوكالة وذلك انما يتحقق في المنجز لان المعلقة بالشرط عدم قبل وجود الشرط فالصحيح ان يقول عزلتك عن وكالة المنفذة ورجعت عن الوكالة المعلقة والرجوع عنها صحيح وقال الفقيه ابو جعفر وظهير الدين المرغيناني يجب ان يقدم الرجوع عن المعلقة على العزل عن المنفذة لانه اذا قدم العزل عن المنفذة تنجز وكالة اخرى من المعلقة قيل وهذا انما يلزم اذا كان لفظ الرجوع يخص المعلقة احترازا عن قول ابي يوسف ان الاخراج عن المعلقة بلفظ العزل لا يصح واما على قول محمد انه يجوز فلا وهو المختار فاما حكمها بجواز مباشرة الوكيل ما وكل به وثبوت حكمه للموكل ولا بد من تقييده بكونه الحكم الاصلي المقصود بالذات من الفعل الموكل به والا فمن احكام البيع التمكن من المطالبة بالثمن والبيع والخصومة في ذلك وليس يثبت ذلك للموكل قوله كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به احترازا عما باطله لا احد فلا يرد عليه ان المسلم لا يملك بيع الخمر ويملك توكيل الذمي به لان ابطال القواعد بابطال الطرد لا بالعكس ولا يمكن طرده بعدم توكيل الذمي مسلما ببيع خمره وهو يملكه لانه يملك التوكيل به الذمي فيصدق الضابطة لانه لم يقل كل عقد يملكه يملك توكيل كل احد به بل التوكيل به في الجملة وانما يرد عليه توكيل الوكيل الذي لم يفوض اليه التصرف مطلقا فانه يملك التصرف ووكل به ولا يملك التوكيل به فذكر وان المراد يملكه بمجرد اهليته استبداد الانبا على اذن غيره قوله لما صح عن النبي صلى الله عليه وسلم الى آخره اما وكالة حكيم فرواية ابي داود بسند فيه مجهول انه صلى الله عليه وسلم بعثه بدينار ليشتري له اضحية فاشترى اضحية وباعها بدينار واشترى اضحية وجاء بدينار واضحية الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فتصدق النبي به ودعا له ان تبارك تجارته رواه الترمذي من حديث حبيب بن ثابت عن حكيم وقال لا نعرفه الا من هذا الوجه وحبيب لم يسمع عندي من حكيم الا ان هذا داخل في ارسال عندنا فيصدق قوله صح اذا كان حبيب اماما ثقة واخرج ابو داود عن شبيب بن غرقدة قال حدثني الحي عن عروة البارقي قال اعطاه النبي دينارا ليشتري اضحية او شاة فاشترى شاتين فباع احدهما بدينار واتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة فكان لو اشترى ترابا ربح فيه واخرجه ايضا ابو داود والترمذي وابن ماجه واحمد عن ابي لبيد واسمه لمازة بن زبار عن عروة فذكره الذي يتحقق عن هذا ان هذه القضية وقعت لرسول الله صلى الله عليه وسلم مع حكيم او مع عروة او كل منهما بناء على انهما واقعتان فيثبت شرعية الوكالة في كل حال واما انه وكل عمر ابا سلمة بالتزويج فاخرج النسائي عن ثابت حدثني ابن عمر ان ابا سلمة ان النبي لما بعث ابا سلمة الى اهرة مصيبة وابي عبر وانه ليس احد من اوليائي شاهدا فقال النبي صلى الله عليه وسلم اما كونك مصيبة فان الله سيكفيك مصيبتك واما ان احدا من اوليائك ليس شاهدا فليس احد من اوليائك لا شاهد ولا غائب الا وهو يرضاني فقالت ام سلمة قم يا عمر فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم فزوجه اياها رواه احمد وابن ابي خيثمة وابو يعلى وابن حبان في صحيحه والحاكم وقال صحيح الاسناد واسم ابن عمر بن ابي سلمة سعيد بن سماعة غير حماد بن ابي سلمة ونظر فيه ابن الجوزي لعلة باطنة وهي ان عمر كان اذ ذاك يعني حين زوجها اياه عليه السلام سنة اربع او ثلث سنين فكيف يقال لمثله زوج واستبعده صاحب التنقيح ابن عبد الهادي قال وان كان الكلاباذي وغيره

قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلا وجعفرا
اسن وكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنه وكذا بالاقرار والاستيفاء الا في الحدود والقصاص حتى ان الوكالة لا تصح باستيفائهما مع غيبة الموكل عن المجلس لانهما تندرئان
بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف حالة الغيبة لان الظاهر عدم الرجوع وتجدد حالة الحضرة
يستفاد هذه الشبهة وليس كل احد حتى لا يهتدي فوضع عنه بيسر باب الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز
الوكالة باثبات الحدود والقصاص واقامة الشهود وايضا قول محمد رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله وقيل هذا الاختلاف في غيبة
الخصم حتى لو كان الموكل يتنقل الى البلد كل حتى حضر رده الخصم كان كلامه بنفسه له ان التوكيل انابة وشبهة النيابة تتمكن في هذا الباب اي في الشهادة
على الشهادة وفي الاستيفاء وكذا في غيبة الخصم لان الحضرة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل
بالجواب من جانب من عليه الحق والقصاص وكذا عند ابي حنيفة رحمه الله فيه ايضا لان الشبهة لا تمنع الدفع خيرا ان اقرار الوكيل مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به

قال قال ابن عبد البر انه ولد في السنة الثانية من الهجرة الى الحبشة ويقوي هذا ما اخرجه مسلم عن عمر بن ابي سلمة انه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم
فقال صلى الله عليه وسلم سل هذه يعني ام سلمة انه عليه السلام يصنع فقال عمر يا رسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر فقال صلى الله عليه وسلم اما والله اني
لاتقاكم لله واخشاكم فظاهر هذا انه كان كبيرا ثم لا يخفى ان ظاهر اللفظ يقتضي انه كان وكيلا من امه لانها هي الثاكلة ثم ما عمر فروى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما يفيد ذلك
حديث اخرجه البيهقي من طريق الواقدي انه صلى الله عليه وسلم خطب ام سلمة الى ابنها عمر بن سلمة فزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يومئذ غلام صغير الا انهم يضعفون
الواقدي خلافا لنا وفيه دليل على صحة وكالة الصبي العاقل خلافا لهم ان نظرنا الى حديث الواقدي فظاهر والى الحديث الصحيح فلانه لم يشترط بالحكم الولاية على امه لان الصبي لا ولاية له
فيكون تزويجه بحكم الوكالة والله تعالى اعلم وقيل ان عمر ابن الخطاب وهو المقول له زوج والمزوج هو سلمة بن ابي سلمة ودليل على مشروعية الوكالة ما اخرجه ابو داود
عن ابن اسحق في كتاب القضاء حدثني وهب بن كيسان عن جابر بن عبد الله انه سمعه يقول اردت الخروج الى خيبر فاتيت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسلمت عليه وقلت
اني اريد الخروج الى خيبر فاذا اتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا فان ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته وابن اسحق عندنا من الثقات واما على توكيل علي رضي الله تعالى عنه
عقيلا رضي الله تعالى عنه فاخرج البيهقي عن عبد الله بن جعفر قال كان علي كره الخصومة وكان اذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن ابي طالب فلما كبر عقيل وكان وجع
عن علي انه وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة وقول المصنف لان الانسان قد يعجز الى آخره بيان حكمة مشروعية الوكالة **قوله** ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق
لما قدمنا من الحاجة الى ذلك فانه ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات التي بها يثبت حقه او يندفع بها عنه ما يدعيه الآخر وكذا يجوز التوكيل بالايفاء الحقوق واستيفائها
الا في الحدود والقصاص في النفس وما دون النفس فان الوكالة لا تصح بايفائها لا باستيفائها مع غيبة الموكل من المجلس هذا متعلق بالاستيفاء فقط واما الايفاء فمطلق
الايفاء ليس الا بتسليم ظهره ونفسه لاقامة الواجب وليس ذلك الا من الجاني وليس هو الوكيل فكان ذلك تعيينا في الاستيفاء وانما لا يجوز الاستيفاء حال غيبة الموكل
لانها اي الحدود والقصاص تندرئ بالشبهة وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى بخلاف غيبته للشاهد
بالحد والقصاص فانه يستوفى ذلك مع غيبته لان الشبهة فيه ليس الا الرجوع وليس قريبا ولا ظاهرا الا من جهة الاصل ولا للغالب لان الاصل الصدق خصوصا
مع العدالة والرجوع ليس غالبا بل من نحو ثمان مائة عام الا نعم الا ما وقع عند علي والله سبحانه وتعالى اعلم بل قد عند غيره وهو بمنزلة ما لا وجود له فلا يصير
شبهة يدرئ باعتبارها حكم بخلاف الاستيفاء حال حضرة الموكل فان الوكالة به تجوز فان المستحق قد لا يحسن الاستيفاء فلو امتنع التوكيل لبطل هذا الحق وهذا في القصاص
واما في الحدود فان الذي يلي استيفاءها الامام وقد لا يحسن فجاز توكيل الجلاد والا امتنع ثم لا يخفى ان تعليل المص النفي حالة الغيبة بثبوت شبهة العفو انما يستقيم في القصاص
دون الحدود لان العفو فيها لا يتحقق اصلا كما اسلفناه في الحدود ولو كان حد قذف وسرقة لان الحق صار لله سبحانه وحده حتى لو عفى المسروق منه لا يلتفت اليه ولقطعه
فالوجه ان يقع فيه ما يجري فيه من امكان ظهور شبهة او غلط فيه الاستيفاء الا يمكن تداركه فيؤخر الى ان يحضر نفس المستحق احتياطا للدرء **قوله** وهذا الذي ذكرناه اي من
جواز التوكيل باثبات الحدود من جهة القذف والسرقة باقامة البينة على السبب قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا تجوز الوكالة باثباتها وقول محمد مضطرب
تارة يضم الى ابي يوسف وتارة الى ابي حنيفة فظاهر كلام المصنف ترجيحه وكذا فعل في المبسوط وقيل هذا الخلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف عند غيبة الموكل فلو وكل
باثباتها وهو حاضر جاز اتفاقا لان كلام الوكيل بل ينتقل الى الموكل عند حضوره لابي يوسف ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتمكن في هذا الباب اي باب
الحدود والقصاص حتى لا يثبت بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب القاضي الى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال فصار كالتوكيل بالاستيفاء حال الغيبة
ولابي حنيفة رحمه الله ان الخصومة شرط محض لثبوت الحد لان وجوبه انما يضاف الى نفس الجناية لا الى الخصومة والظهور اي ظهور الجناية انما يضاف
الى نفس الشهادة لا الى السعي في اثباتها فكان السعي في ذلك حقا كسائر الحقوق فيجوز لقيام المقتضي وانتفاء المانع وقوله سائر الحقوق اي باقيها

وقال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضاء الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا لا يجوز التوكيل بغير رضاء الخصم وهو قول الشافعي رح ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق القدرة

فيجوز الوكالة بهذا الحق الباقي الحقوق ولا حاجة الى تفسيره بجميع الحقوق هذا على ما في صحاح الجوهري ثم تخطاه به بانه انما هو بمعنى الباقي لا الجميع هذا وقد يمنع انتفاء المانع فان هذه الخصومة ليس الا السعي في اثبات سبب الحد والاحتيال فيه ووضع الشرع الاحتيال لاسقاطه فان قيل لو صح هذا لم يخبر اثباتها من الموكل لنفسه على ما ذكرت لانه سارع الى آخره وذلك محل الاجماع قلنا الفرق ان الوكالة فيها زيادة تحميل وزيادة تكلف لاثباته اذ الظاهر انه يوكل للاستيفاء به عليه لنفعه هو عن الاثبات والشرع اطلق في اثباته لا بذلك التكلف الزائد والتهالك فيه بل اذا عجز تركه لانه صلى الله عليه وسلم قال للذين تبعوا ماعزا حين هرب لما رفلته الحجارة هلا تركتموه او نحو ذلك قوله وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص اجازه ابو حنيفة ومنعه ابو يوسف لا شك ان كلام ابي حنيفة فيه اظهر منه بالوكالة باثباتها لان الشبهة التي لها منع ابو يوسف هناك لا تمنع الدفع بل تقتضي ان يقول بجواز الوكالة بدفعه ثم لا يجبر الوكيل الاقرار على موكله كما هو قول ابي حنيفة فخلافه هنا عجيب والله تعالى اعلم ثم وجه عدم صحة اقرار الوكيل من جهة المطلوب هنا وجوازه في غيره ان الوكالة بالخصومة انصرفت الى الجواب مطلقا نوعا من المجاز فيعتبر عيونه فيما لا يندرئ بالشبهات ويحصل منه الاعتراف فيما يندرئ بها بالشرع والدم في الدرء بالشبهات وفي اعترافه شبهة في عدم الامر به قوله وقال ابو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة من قبل المدعي والمدعى عليه الا برضى الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقال لا يجوز ذلك بغير رضا الخصم وهو قول الشافعي قال المصنف ولا خلاف في الجواز انما الاختلاف في اللزوم قالوا فعلى هذا قولنا لا يجوز التوكيل الى آخره لا يلزم الا برضا الآخر وانكر بعض الشارحين ما اتفق عليه غيره من التفسير المذكور بسبب المفهوم من عبارة محمد والحسن والطحاوي وكثير خلاف ذلك ساق عباراتهم فلم نزد على ما علمه من نحو قول القدوري المسطور رضاه وهو لا يجوز التوكيل الا برضا الخصم وهم قد علموا ذلك لم يشكا فيه انما فسروه بذلك وسبق الامام شمس الائمة الى ذلك فقال التوكيل بالخصومة عنده بغير رضى الخصم صحيح لكن الخصم ان يطالب الخصم ان يحضر بنفسه ويجيب نحو ذلك هذا الكلام كثير مما يفيد ان المراد ما ذكره وسبب ذلك انه لما لم يعرف لاحد القول بانه اذا وكل فعلم خصمه فرضي لا يكون رضاه كافيا في توجه خصومة الوكيل ولا يتبع حتى يجدد له وكالة اخرى على ما هو مقتضى الظواهر التي ساقها علموا ان المراد بل يجوز الا برضاه انها لا تمضي على الآخر ويلزم عليه الا ان يرضى ومعنى هذا الا ان اللزوم عليه موقوف على رضاه وهو معنى التأويل المذكور من العبارات التي نقلها مع عن ابي حنيفة لا اقبل وكالة حاضر من صحيح الا ان يرضى خصمه هي قرينة من التفسير المذكور والحاصل انه يجب التعويل على ما ذكره القوم حتى انه اذا وكل فرضي الآخر لا يحتاج في سماع خصومة الوكيل الى تجديد وكالة كما هو لازم ما اعتبر من ظاهر العبارة لها ان التوكيل بالخصومة تصرف في خالص حقه لان الخصومة حقه الذي لا يصدق عنه فاستنابته فيه تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره وصار كالتوكيل بغير ذلك بتقاضي الديون وله ان جواب الخصم مستحق على خصمه ولاستحقاقه عليه يستحضره الحاكم قبل ان يثبت له على شيء ليجيبه عما يدعيه عليه فاية ما ذكرتم انه تصرف في خالص حقه لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما ينفذ اذا لم يتعد الى الاضرار بالغير ولا شك ان الناس متفاوتون في الخصومة كما صرح قوله عليه السلام انكم تختصمون الي ولعل بعضكم ان يكون الحن بحجته من الآخر فاقضي له فمن قضيت له بحق اخيه فانما هي قطعة من نار ومعلوم ان الوكيل انما يقصد عادة لاستخراج الحيل والدعاوي الباطلة ليغلب وان لم يكن الحق معه كما افاده الحديث المذكور وفي هذا ذكر ضرر بالآخر فلا يلزم الا بالتزامه وصار كالعبد المشترك اذا كاتبه احد الشريكين فانه تصرف في خالص حقه وهذا لما كان متضمنا الاضرار بالآخر كان له فسخها ومن استأجر دابة يركبها اجارة ايا ما تصرف في حقه وملكه مع ذلك لا يجوز لما فيه من الاضرار بالموجر اذ كان الناس يتخلفون في الركوب بخلاف ما قاسا عليه من التوكيل بتقاضي الدين فانه حق ثابت معلوم يقبضه من غير ضرر على الآخر فيه فان القبض معلوم بجنس حقه ليس ثباته على المطلوب ان يقضي ما عليه وللقاضي عدد معلوم اذا جاوزه منع منه بخلاف الخصومة فان ضررها اشد من شدة التقاضي وعدم المساهلة في القبض لتضمنها بالتحيل على اثبات ما ليس بثابت او في ما هو ثابت فلا تقبل بغير رضاه الا اذا كان معذورا وذلك بسفره فانه يعجز عن الجواب بنفسه مع غيبته او مرضه والتوكيل عليه وغيره بالخصومة ان لم يقبل فيه استرضاء الخصم لم يقبل عدمه فهو جائز الوقوع فلا يدل لاحد قال شمس الائمة والذي يختاره ان القاضي اذا علم من المدعي التعنت في هذا التوكيل يقبله من غير رضاه واذا علم من الموكل القصد الى الاضرار بالتوكيل لا يقبله

ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم قال الرازي ره يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال رح وهذا شيء استحسنه المتاخرون

الابرص الآخر فيتحاشى وضع الفرس الجانبين ثم ذكر في حد المرض ان لم يستطع المشي ويقدر على الركوب ولو على الدابة لكن يزداد مرضه صح التوكيل وان لم يزدد اختلفوا فيه والصحيح انه لا يوكل لان النفس الخصومة مظنة زيادة سوء المزاج فلا يلزم به ولا يلزم التوكيل من المسافة ثلثة ايام الحاضر عند ارادة السفر غير ان القاضي لا يصدقه في دعواه ارادته فينتظر الى زيه وعدة سفره وليسأله مع من يريد ان يخرج فيسأل رفقائه عن ذلك كما اذا اراد فسخ الاجارة لعذر من السفر فانه لا يصدقه اذا لم يصدقه الآخر فيسأل كما ذكرنا فان قالوا نعم تحقق العذر في فسخها قوله ولو كانت المرأة مخدرة قال الرازي هو الامام الكبير ابو بكر الجصاص احمد بن علي الرازي يلزم التوكيل منها لانها لو حضرت لم تستطع ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها او يضيع حقها قال المصنف رحمه الله وهذا شيء استحسنه المتاخرون يعني اما على ظاهر اطلاق الاصل ونحيده عن ابي حنيفة رحمه الله لا فرق بين البكر والثيب المخدرة والمبرزة والفتوى على ما اختاروه من ذلك وفي تخصيص الرازي بقوله ثم الرازي ثم تعميم المتاخرين ليس الا لفائدة انه المبتدأ بتفريع ذلك وتبعوه ثم ذكر في النهاية في تفسير المخدرة عن البزدوي انها التي لا يراها غير المحارم من الرجال اما التي جلست على المنصة فرآها الرجال لا تكون مخدرة وليس هذا بحق بل ما ذكره المص من قوله وهي التي لم تجر عادتها بالبروز فاما حديث المنصة فقد تكون عادة لعوام ليفعل بها والدتها ثم لم يعد لها بروز ومخالطة في قضاء حوائجها بل ليفعل لها غيرها لزم توكيلها لان في الزامها بالحوائج تضييع حقها وهذا شيء استحسنه المتاخرون وعليه الفتوى ثم اذا وكلت فالزمها بين بعث الحاكم اليها ثلثة من العدول يستحلفها احدهم ويشهد الآخران على يمينها او نكولها وفي ادب القاضي للصدر الشهيد اذا كان المدعى عليه مريضا او مخدرة وهي التي لم يعهد لها خروج الا لضرورة فان كان القاضي ماذونا بالاستخلاف بعث ثالثا ليفصل الخصومة هناك وان لم يكن بعث امينا وشاهدين ليعرفان المرأة والمريض فان لقنها ليشهدان على اقرار كل منهما او انكاره مع الامين لينقلاه الى القاضي ولا بد للشهادة من المعرفة فاذا شهدا عليها قال الامين وكل من يحضر مجلس الحاكم فيحضر وكيله ويشهدان عند القاضي باقراره او انكاره لتقام البينة على ذلك الوكيل ولو توجه يمين على احدهما عرضه الامين عليه فان ابى الحلف عرضه ثلثا فاذا نكل امر ان يوكل من يحضر المجلس ليشهد على نكوله لحضرته واذا شهدا بنكوله حكم القاضي عليه بالدعوى بنكوله قال السرخسي هذا اختيار صاحب الكتاب فانه لا يشترط للقضاء بالنكول ان يكون على اثر النكول واما غيره من المشايخ فشرطوه فلا يمكن بالقضاء بذلك النكول فقال لبعضهم الامين يحكم عليها بالنكول ثم ينقل الشاهدان الى القاضي مع وكيلها فيقضيه القاضي وقال لبعضهم يقول القاضي للمدعي اتريد حكما يحكم بنكولها بذلك ثم فاذا رضي بعث امينا بالتحكيم الى الخصم يخبره بذلك فاذا رضي بحكمه وحكم فان كان مما لا اختلاف فيه نفذ وان كان فيه خلاف وقف على امضاء القاضي والقضاء بالنكول مختلف فيه فاذا امضاه نفذ على الكل وفي الذخيرة من الاعذار التي يوجب لزوم التوكيل بغير رضا الخصم عند ابي حنيفة رضي الله عنه حيض المرأة اذا كان القاضي يقضي في المسجد وهذه على وجهين ان كانت طالبة قبل منها التوكيل بغير رضا المطلوب ان احضرها الطالب الى ان يخرج القاضي من المسجد لا يقبل توكيلها بلا رضى الطالب

قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد من ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فيشترط ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا لم يكن التوكيل باطلا

فلو كان الموكل محجورا ساغ وجبين ان كان في حبس هذا القاضي لا يقبل التوكيل بلا رضاه لان القاضي يخرجه من السجن ثم يعيده وان كان في حبس الوالي ولا يمكنه الوالي من الخروج الى الخصومة يقبل هذا التوكيل قوله ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام فهذان شرطان للوكالة في الموكل قيل انما يستقيم الاول على قولهما اما على قوله فلا لانه لا يجيز توكيل المسلم الذمي ببيع خمر او شرائها والمسلم لا يملكه فالشرط عنده كون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذي وكل به واجاب بعضهم بان المراد بملك التصرف ان يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف باهلية نفسه بان يكون عاقلا بالغا وهذا حاصل في توكيل المسلم للذمي ببيع خمر وشرائها ثم حمد الله على ما هداه لذلك وهو خطأ اذ يقتضي ان لا يصح توكيل الصبي المأذون لعدم البلوغ وليس بصحيح بل اذا وكل الصبي المأذون يصح بعد ان يعقل معنى البيع والرد عليه ما اذا قال بع عبدي هذا العبد او اشتر لي به عبدا صح التوكيل مع انه لا يصح مباشرة الموكل لمثل هذا كما لو قال لغيره بعتك عبدي او اشتريت منك هذا العبد لا يجوز واجيب بالفرق بين التوكيل والمباشرة في الجهالة فانها تمنع في المباشرة لا التوكيل وذلك لانها انما تمنع لافضائها الى المنازعة لا لذاتها ولذا لم تمنع في بعض البيوع كبيع قفيز من صبرة طعام حاضر او شرائه وجهالة الوصف لا تفضي اليها في التوكيل لانه ليس بلازم بخلاف المباشرة للزومها ثم اذا صح التوكيل بذلك فان كان بالشراء فاشترى عبدا بغير عينه لا يجوز كما لو اشترى الموكل بنفسه او بعينه ان كانت قيمته مثل قيمة العبد الثمن او اقل مما يتغابن الناس فيه يجوز وان كان بما لا يتغابن فيه لا يجوز وكذا في الوكالة بالبيع ذكره في الذخيرة ولا يخفى ان قوله فان كان بالشراء فاشترى عبدا بغير عينه لا يجوز كما لو اشترى الموكل بنفسه ليس على اطلاقه لما عرف من مذهبنا في شراء احد العبدين او الثوبين او الثلاثة بغير عينه على ان يأخذ ايهما شاء يصح وسيأتي مذكورة في خيار الشرط من الهداية واما الشرط الثاني وهو قوله ويلزمه الاحكام فلان الوكيل يستفيد الولاية من الموكل فلا بد من كون الموكل مالكا ثم قيل هو احتراز عن توكيل الوكيل فان الوكيل لا يثبت له حكم تصرفه وهو الملك فلا يصح توكيله الا ان يصرح به حقيقة او معنى كما سنذكره وقيل بل عن الصبي والعبد المحجورين فانهما لو اشتريا شيئا لا يملكانه فلا يصح توكيلهما وصحح واورد على الوجه انه يلزم صحة توكيل الوكيل بسبب انه يملك التصرف فيما يملكه والجواب ان ملكه شرط جواز تمليكه لا علته ليلزم من وجوده الوجود فيجوز ان لا يوجد عند وجود الشرط لفقد شرط آخر كما مع فقد العلة قوله ويشترط الى آخره ما تقدم شرط الوكالة في الموكل وهذا شرطها في الوكيل وهو كونه ممن يعقل العقد ويقصده اي يعقل معناه اي ما يلزم وجوده من انه سالب بالنسبة الى كل من المتعاقدين جالب الى كل منهما فيسلب عن البائع ملك المبيع ويجلب له ملك البدل وفي المشتري قبلهما ويقصده لفائدته وقول بعضهم ان هذا الشرط احتراز عن الهزل يعني ان من شرط الوكالة ان لا يهزل الوكيل في البيع والشراء اي اعتبار بين صحة الوكالة وكون الوكيل هازلا في البيع فلو كان في بيع ما وكل ببيعه غاية ان

واذا وكل الحر العاقل البالغ او الماذون مثلهما جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وان وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق وتتعلق بموكليهما لان الصبي من اهل العبارة الا ترى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة اما الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فيلزم الموكل وعن ابي يوسف رحمه الله ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او مجنون او محجور له خيار الفسخ لانه دخل فيما لعقد على ظن ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا لم يحصل خلافه يتخير كما اذا غرر عليه عيب

لا يصح ذلك البيع والوكالة صحيحة وخرج به الصبي الذي لا يعقل ذلك والمجنون فلا تصح وكالة احدهما وانما اشترط ذلك في الوكيل لانه قائم مقام الموكل في العبارة والموكل لا يصح عقده وعبارته الا اذا كان يعقد ذلك واما زيادة عقلية النبن الفاحش من غيره فلا ينبغي اشتراطه نعم ان وكله بان يبيعه لا بالغبن فاحش فحينئذ ينبغي ان تصح الوكالة ويشترط في صحة بيع الوكيل ان يتصرف قبل بيعه قوله واذا وكل الحر البالغ او الماذون مثلهما جاز واطلق في الماذون فيشمل كلا من العبد والصبي الماذونين في التجارة لاجتماع الشروط وهي ملك الموكل للتصرف ولزوم الاحكام وعقلية الوكيل بمعنى العقد ولم يذكر العقل مع البلوغ لان اشتراط العقل ليعرفه كل احد معلوم ايضا ان قوله مثلهما ليس لتقييد بل مثلهما او اعلى حالا منهما كتوكيل العبد الماذون حرا ودونهما كتوكيل الحر البالغ عبدا ماذونا **قوله** وان وكل صبيا محجورا عليه يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا عليه جاز ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموكليهما هذا الكلام له منطوق ومفهوم فمنطوقه ظاهر ووجهه ما ذكر المصنف وان الصبي اي العاقل من اهل العبارة حتى نفذ تصرفه باذن وليه والعبد تصرف في حق نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا من الموكل في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة فالصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فيلزم الموكل ويعرف من كون انتفاء تعلق الحقوق للعبد مستحق السيد انه لو اعتق العبد ان باشر الشراء لزمته الحقوق بخلاف الصبي لو باشر ما وكل به ثم بلغ لا يرجع اليه واما مفهومه فهو ان الوكيل لو كان صبيا ماذونا او عبدا ماذونا تعلقت الحقوق لكنه ليس بمطلق بل ذكر فيه تفصيل في الذخيرة قال ان كان الوكيل صبيا ماذونا وكل بالبيع بثمن حال او مؤجل فباع لزمته العهدة او بالشراء ان كان بثمن مؤجل لا تلزمه العهدة قياسا واستحسانا فيطالب البائع بالثمن الآمر لا الصبي وذلك لان ما يلزمهم من العهدة ضمان كفالة لا ضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن انما التزم بالاصالة موكله استوجب مثله في ذمته وهو معنى الكفالة والصبي الماذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان كفالة واما اذا وكله بالشراء بثمن حال فالقياس ان لا يلزمه العهدة والاستحسان يلزمه لان للصبي ملكا حكميا في المشتري فانه يحبسه بالثمن عن البائع فلا يوفيه كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبي الماذون من اهل ان يلزمه ضمان الثمن بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه بالضمن من الثمن لا يملك المشتري لا حقيقة ولا حكما فانه لا يحبسه عن الموكل على الاستيفاء والعبد اذا توكل على هذا التفصيل بثمن يعقد ثم اعلم ان الصبي والعبد المحجورين وان لم تتعلق بهما الحقوق فلقبضهما الثمن وتسليمهما المبيع اعتبار لما ذكر في الكتاب لعبد هذا في التوكيل بعقد السلم فقال والمستحق بالعقد قبض الثمن فاذا وكل الوكيل فيصح قبضه وان لم تتعلق بهما الحقوق كالصبي والعبد وفي المبسوط لكن المأمور مرتدا جاز بيعه لانه من اهل العبارة المعتبرة ولكن يتوقف حكم العهدة عند ابي حنيفة فان اسلم كانت العهدة عليه والا فعلى الآمر وعندهما العهدة عليه على كل حال وهو نظير اختلافهم في تصرفات المرتد لنفسه بيعا وشراء ونظير الصبي والعبد المحجورين في عدم تعلق الحقوق الرسول في القاضي وامينه في الفسوخ والمعقود انتهى كلام الشارح رحمه الله تعالى

خاتمة الحمد لله على ما وفقنا باختتام هذا الكتاب المستطاب للامام الانام شيخ الملة والاسلام كمال الدين محمد المعروف بابن الهمام روح الله روحه ونور ضريحه وافتتح عليا ابواب عنايته وفضله في تصحيحه ومقابلته من النسخ الصحاح المتعددة المقروة على العلماء المهرة والفضلاء الكملة الذين كانوا كلهم مجتهدين في الفقه والاصول سابحين في بحار المعقول والمنقول في شهر شوال سنة اثنين وتسعين بعد الالف والمائتين من الهجرة المقدسة الرسول الثقلين عليه اكمل الصلوة والسلام في الدارين

إن الله على كل شيء قدير

قد طبع الكتاب الكاشف للاسرار الجلد الثالث من الهداية الذي تزري بزهرها على الانوار الربيعية الكاشف
لغطاء الهداية الحاوي لمسائل الفقه الحنفية المجمع لحقائق الرواية والمستكمل لدقائق الدراية

التصحيح لما في شرح الوقاية

مع الهداية

للعلامة النحرير امام العلماء سيد الفقهاء عالم بلاد الروم وقاضي عسكرها ومفتيها مولانا زين الملة والدين الاحمدي
الآفندي القاضي زاده سكنه الله بحبوحة دار السلام بتصحيح وتنقيح وحيد العصر فريد الدهر مولوي محمد اعظم حسين الخيرآبادي الحنفي الندوي

في المطبع الممتاز مطابع دار الفنون لكشور الواقع في لكهنؤ
بمباشرة منشي الدائم المغربي محمد حسين البرير

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوكالة

كتاب الوكالة لما فرغ من بيان احكام الشهادات بانواعها وما يتبعها من الرجوع فيها شرع في بيان احكام الوكالة اما المناسبة ان كلا منهما
من الشهادة والوكالة صفة من صفات الله تعالى لقوله ثم الله شهيد على ما يفعلون وقوله حسبنا الله ونعم الوكيل واما لان كلا منهما ايصال النفع الى الغير
بالاعانة في حقه واما لان كلا منهما يصلح سببا لاكتساب الثواب والصيانة عن العقاب في المعاملات كذا في النهاية قال صاحب العناية عقب الشهادة
بالوكالة لان الانسان خلق مدنيا بالطبع يحتاج في معاشه الى تعاضد وتعاوض والشهادات من التعاضد والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض ايضا
فصارت كالمركب من المفرد فاوثر تاخيرها انتهى وقال بعض الفضلاء في بيان قوله وقد يكون فيها التعاوض ايضا كما اذا كان وكيلا بالبيع او الشراء مثلا
انتهى اقول هذا سهو ظاهر لان التعاوض فيما ذكره من المثال انما هو في متعلق الوكالة اعني الموكل به وهو البيع او الشراء لا في نفس الوكالة والكلام فيها لا في
الاول والا فقد يكون التعاوض في متعلق الشهادة ايضا كما اذا شهد بالبيع او الشراء مثلا والصواب ان مراد صاحب العناية هو انه قد يكون في نفس
الوكالة التعاوض كما اذا اخذ الوكيل الاجرة لاقامة الوكالة فانه غير ممنوع شرعا اذ الوكالة عقد جائز لا يجب على الوكيل اقامتها فيجوز اخذ الاجرة فيها بخلاف
الشهادة فانها فرض يجب على الشاهد اداؤها فلا يجوز فيها التعاوض اصلا ثم ان محاسن شرعية الوكالة ظاهرة اذ فيها قضاء حوائج المحتاجين الى مباشرة
افعال لا يقدرون عليها بانفسهم فان الله تعالى خلق الخلائق على همم شتى وطبائع مختلفة واقوياء وضعفاء وليس كل احد يرضى ان يباشر الاعمال بنفسه ولا كل
احد يهتدي الى المعاملات فمست الحاجة الى شرعية الوكالة فنبينا صلى الله عليه وسلم باشر بعض الامور بنفسه الكريمة تعليما لسنة التواضع وفوض بعضها الى غيره
ترفيها لاصحاب المروءات ثم ان منها امورا يحتاج الى معرفتها تفسير الوكالة لغة وشرعا ودليل جوازها وسببها وركنها وشرطها وصفتها وحكمها اما تفسيرها لغة
فالوكالة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل من وكله بكذا اذا فوض اليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض اليه والجمع الوكلاء فانه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول
اليه الامر اي مفوض اليه واما شرعا فهي عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم واما دليل جوازها فالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا
احدكم بورقكم هذه الى المدينة لان ذلك كان توكيلا وقد قصه الله تعالى عن اصحاب الكهف بلا نكير فكان شريعة لنا والسنة وهي ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره

وكل حكيم بن حزام بشراء الاضحية وعروة البارقي ايضا وكل عمر بن ام سلمة بالتزويج والاجماع فان الامة اجمعت على جوازها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وكذا المعقول يدل عليه على ما سياتي في الكتاب واما سببها فتعلق البقاء المقدر تبعا لها كما في سائر المعاملات واما ركنها فالالفاظ التي يثبت بها الوكالة كلفظ وكلت واشباهه روى بشر عن ابي يوسف رح اذا قال الرجل لغيره احببت ان تبيع عبدي هذا او هويت او رضيت او شئت او اردت فذاك توكيل وامر بالبيع واما شرطها فان يكون الموكل عن يملك التصرف ويلزمه الاحكام كما سياتي في الكتاب وستعرفه مشروحا واما صفتها فهي انها عقد جائز غير لازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضى صاحبه واما حكمها فجواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه قال اي القدوري في مختصره كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به لاحد فلا يرد عليها ان المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه ولو وكل ذميا بذلك جاز عند ابي حنيفة رحمه الله لان ابطال القواعد بابطال الطرد لا العكس على ما نصوا عليه والعجب ههنا ان صاحب العناية مع اعترافه بذلك حيث اجاب عن الاعتراض بالصورة المذكورة بان العكس غير لازم وليس بمقصود قال في شرح هذا المقام هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز انتهى فان العكس اذا لم يكن لازما ولا مقصودا في الضوابط كيف يتبين بهذه الضابطة ما لا يجوز التوكيل به وقد اعترض على طرد هذه الضابطة بوجوه الاول ان الوكيل جاز له ان يعقد بنفسه واذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز والثاني ان الانسان جاز له ان يستقرض بنفسه ولو وكل غيره بالاستقراض لا يجوز والثالث ان الذمي يملك بيع الخمر بنفسه ولا يجوز له ان يوكل المسلم ببيعها واجيب عن الاول بان المراد بقوله يعقده الانسان بنفسه هو ان يكون مستبدا به والوكيل ليس كذلك وعن الثاني بان محل العقد من شروطه لكون المحال مشروطا على ما عرف وذاك ليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لان الدراهم التي استقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل ورد هذا بانه مقرر للنقض لا دافع ودفع بانه من باب التخلف لمانع وقيد عدم المانع في الاحكام الكلية غير لازم ونقض بالتوكيل بالشراء فانه جائز وما ذكرتم موجود فيه وفرق بان محل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل وفي الاستقراض الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه وقيل لما جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل ودفع بان ذاك محل التوكيل بايفاء القرض لا بالاستقراض هذا نهاية ما في العناية اقول ويتقاضى ان يقول كما ان الامر بالتصرف في ملك الغير باطل كذلك التصرف بنفسه في ملك الغير باطل فيلزم ان يكون الاستقراض بنفسه ايضا باطلا بناء على هذا وليس كذلك ثم اقول يمكن ان يدفع ذلك بان المستقرض بنفسه متصرف في ملك نفسه وهو عبارته دون ملك غيره وهو الدراهم المستقرضة واما المامور بالاستقراض فان تصرف في عبارة نفسه بان قال للمقرض مثلا اقرضني عشرة دراهم كان الاستقراض لنفسه لا للآمر فلا يمنع العشرة من الآمر كما صرحوا به وان تصرف في عبارة الآمر بان قال مثلا ان فلانا استقرض منك عشرة دراهم ففعل المقرض كانت العشرة للآمر ولكن المامور يصير في هذه الصورة رسولا لا وكيلا والباطل هو الوكالة في الاستقراض دون الرسالة فيه فان الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل فالرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد امره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة فيصح فيما هو حقه واما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل بل العبارة للوكيل فلا يمكننا تصحيح هذا الامر باعتبار العبارة كما نص عليه في الذخيرة بقي ههنا شيء وهو ان ما ذكر متفق من جواز التوكيل بالاستيهاب والاستعارة وسياتي تمام بحثه ان شاء الله تعالى واجيب عن الثالث بان الذمي كما يملك بيع الخمر بنفسه يملك توكيل غيره ببيعها ايضا حتى انه لو وكل ذميا آخر ببيعها يجوز وانما لم يجز توكيل المسلم ههنا لمعنى في المسلم وهو انه مامور بالاجتناب عنها وفي جواز التوكيل ببيعها اقترابها فكان ذلك امرا عارضا في الوكيل والعوارض لا تقدح في القواعد حتى ان قائلا لو قال كل من تزوج امرأة بنكاح صحيح حل له وطيها لا ترد عليه الحائضة والمحرمة هذا زبدة ما في اكثر الشروح واجاب عنه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال والذمي

لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل به غيره فيكون سبيل منه دفعا للحاجة وقد صح ان النبي عليه السلام وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة رض

جازله توكيل المسلم والمتنع توكل المسلم عنه وليس كذا منافي ذلك لجواز ان يمنع مانع عن التوكل وان صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها انتهى وقال بعض الفضلاء هذا على تقدير صحته يكون جوابا عن النقض بالاستقراض ايضا الا انه لما كان مخالفا لما سيجي من المصنف ره من التوكيل بالاستقراض باطل لم يذكره الشارح في معرض الجواب ولم يجب بما اجاب به غيره من الشراح لذلك ايضا انتهى اقول ليس هذا بسديد اما اولا فلان ما ذكره صاحب العناية ههنا لا يكون جوابا عن النقض بالاستقراض لان المانع هناك في نفس التوكيل وهو بطلان الامر بالتصرف في ملك الغير والمانع ههنا على رأيه انما هو في التوكيل وهو حرمة اقتراب المسلم من الخمر فاين هذا من ذاك واما ثانيا فلانه لا معنى لقوله ولم يجب بما اجاب به غيره من الشراح ما ذكره من قبل وليس فيه شيء مناف لما سيجي من المصنف ره من ان التوكيل بالاستقراض باطل كما لا يخفى على الفطن فلا وجه لدرج قوله المذكور في حيز جوابا في قوله الا انه لما كان مخالفا لما سيجي من المصنف ره الخ ثم قال ذلك القائل بقي فيه بحث اذ التوكيل والتوكل للكسر والانكسار ثم ليست شعري ما معنى جوازه انتهى اقول هذا ساقط جدا اذ لا يذهب على ذي مسكة ان الانكسار مطاوع الكسر فلا تحقق احدهما بدون الآخر بخلاف التوكيل والتوكل فان التوكيل تفويض الامر الى الغير والتوكل قبول الوكالة على ما صرحوا به ولا شك في جواز تحقق الاول بدون الثاني ثم لا ينبغي ان يتوهم لزوم مطاوع لكل فعل متعد الا يرى الى صحة قولك ضربته فلم يتحرك وصحة قولك بنيته فلم يتنبه وما اشبههما فمن ذلك قولك وكلته فلم يتوكل فلا اشكال اصلا قال المصنف في تعليل جواز الوكالة فيما ذكر لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال بان كان مريضا او شيخا فانيا او عجزا زاد وجاهة لا يتولى الامور بنفسه فيحتاج الى ان يوكل غيره فلو لم يجز التوكيل لزم الحرج وهو منتف بالنص فيكون اي الانسان سبيل منه اي من التوكيل دفعا للحاجة ونفيا للحرج واعترض على هذا بانه دليل اخص من المدلول وهو جواز الوكالة فانها جائزة وان لم يكن ثمة عجز اصلا واجيب بان ذلك بيان حكمة الحكم وهي تراعى في الجنس لا في الافراد وقال صاحب العناية بعد ذكر ذلك الاعتراض مع جوابه المذكور ويجوز ان يقال ذكر الخاص واراد العام وهو الحاجة لان الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو جواز شائع وحينئذ يكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز انتهى اقول وجود الحاجة بدون العجز في باب الوكالة ممنوع فانهم صرحوا ومنهم الشارح ابن الهمام بان الوكالة اجراء اما للعجز واما للترفه والظاهر ان ليس في صورة الترفه حاجة فتامل وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل بالشراء اي بشراء الاضحية حكيم بن حزام ويكنى ابا خالد ولد قبل الفيل بثلث عشرة سنة او باثنتي عشرة سنة على اختلاف الروايتين اسلم يوم الفتح وشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم مسلما وكان من وجوه قريش واشرافها وعاش في الجاهلية ستين سنة وفي الاسلام ستين سنة ومات بالمدينة في خلافة معاوية سنة اربع وخمسين وهو ابن مائة وعشرين سنة كذا ذكر ابن شاهين في كتاب المعجم وقال الكرخي في اول كتاب الوكالة في مختصره حدثنا ابراهيم بن موسى الجوزي قال حدثنا يعقوب الدورقي قال حدثنا عبد الرحمن بن مهدي عن سفيان عن ابي حصين عن شيخ من اهل المدينة عن حكيم بن حزام ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا ليشتري له اضحية فاشترى له اضحية بدينار فباعها بدينارين ثم اشترى اضحية بدينار فجاء بدينار واضحية فتصدق النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار ودعى له بالبركة في تجارته وكله بتزويج عمر بن ام سلمة اي وكله بتزويج امه ام سلمة من النبي صلى الله عليه وسلم كذا في الشروح قال صاحب غاية البيان ولنا في توكيل عمر بن ابي سلمة نظر لان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج ام سلمة بعد وقعة بدر في سنة اثنتين وكذا قال ابو عبيدة معمر بن المثنى وكان عمر بن ابي سلمة يوم توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن تسع سنين قاله الواقدي ويكون على هذا الحساب سن عمر بن ام سلمة يوم تزوج ام سلمة سنة واحدة فكيف يوكله رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو طفل لا يعقل انتهى وقد سبقه الى هذا النظر ابن الجوزي حيث قال في هذا الحديث نظر لان عمر بن ام سلمة كان له من العمر يوم تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلث سنين وكيف يقال لمثل هذا زوج

قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رض وكل فيها عقيلا بعد ما اسن وكل عبد الله بن جعفر رض وكذا بايقائها واستيفائها

بيانه انه عليه السلام تزوجها في سنة اربع ومات عليه الصلوة والسلام ولعمر تسع سنين انتهى وقال ابن عبد الهادي صاحب التنقيح قوله انه عليه السلام مات ولعمر تسع سنين بعيد وان كان قد قاله الكلاباذي وغيره وقال قال ابن عبد البر انه ولد له في سنة الثانية من الهجرة الى الحبشة ويقوي هذا ما اخرجه مسلم في صحيحه عن عمر بن ابي سلمة انه سال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال عليه الصلوة والسلام سل هذه فاخبرته ام سلمة انه عم يصنع ذلك فقال عمر يا رسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تاخر فقال صلى الله عليه وسلم اما والله اني لاتقاكم لله تعالى واخشاكم وظاهر هذا انه كان كبيرا واقول ظاهر قول المصنف ره وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل الخ يدل على ان المراد بذكر الدليل النقلي على قوله كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره بعد ان ذكر دليلا عقليا عليه فيتجه على ذلك ان توكيل النبي صلى الله عليه وسلم في المادتين المخصوصتين لا يدل على ما في الدعوى المذكورة من الكلية فلعل الوجه ان يكون المراد به مجرد تائيد ما تقدم من التعليل العقلي الذي بناه دفع الحاجة بوقوع التوكيل عند الحاجة من النبي صلى الله عليه وسلم لا اقامة دليل مستقل على الدعوى الكلية السابقة وكانه عن هذا قال وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل الخ ولم يقل ولان النبي صلى الله عليه وسلم وكل الخ قال اي القدوري في مختصره ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق اي في جميعها لما قدمنا من الحاجة يشير الى قوله لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج ان يوكل غيره اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات تعليل لجريان ما قدمه ههنا قال صاحب غاية البيان اما التوكيل بالخصومة في سائر الحقوق فانما جاز لما روينا قبل هذا ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل في الشراء فاذا جاز التوكيل فيه جاز في غيره لانه عقد يجوز ان يتولاه الموكل بنفسه فجاز ان يوكل غيره كالبيع ولان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه فجاز ان يوكل غيره وهو المراد من قوله لما قدمنا انتهى اقول تعليله الثاني الذي هو مراد المص بقوله لما قدمنا صحيح لا ريب فيه واما تعليله الاول فغير صحيح لان الكلام ههنا في التوكيل بالخصومات لا في التوكيل في العقود وما ذكره في تعليله الاول انما يتمشى في العقود دون الخصومات ولذلك قال المصنف وقد صح ان عليا وكل عقيلا اي وكله في الخصومات وانما كان يختار عقيلا لانه كان ذكيا حاضر الجواب حتى حكي ان عليا رضي الله عنه استقبله يوما مع غرمائه فقال علي رضي الله عنه على سبيل الدعابة احد الثلثة احمق فقال عقيل اما انا وغرمائي فعاقلان وبعد ما اسن عقيل وكل عبد الله بن جعفر رض الطيار اما لانه وفر عقيلا لكبر سنه او لانه انتقص ذهنه فوكل عبد الله بن جعفر رض وكان شابا ذكيا كذا في المبسوط اخرج البيهقي عن عبد الله بن جعفر قال كان علي رضي الله عنه يكره الخصومة وكان اذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن ابي طالب فلما كبر عقيل وكلني واخرج عن علي رضي الله عنه انه كان وكل عبد الله بن جعفر رض بالخصومة وقال الخصاف في ادب القاضي حدثنا معاذ بن اسد الخراساني قال حدثنا عبد الله بن المبارك عن محمد بن اسحق عن جهم بن ابي الجهم عن عبد الله بن جعفر ان عليا رضي الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول ان لها قحما تحضرها الشياطين فجعل علي رضي الله عنه الخصومة الى عقيل فلما كبر رقي خوله الى فكان علي رضي الله عنه يقول ما قضى لوكيلي فلي وما قضى علي وكيلي فعلي انتهى وقال الزمخشري في الفائق ان عليا رضي الله عنه وكل اخاه عقيلا بالخصومة ثم وكل بعده عبد الله بن جعفر رض وكان لا يحضر الخصومة وكان يقول ان لها قحما وان الشياطين تحضرها اي مهالك وشدائد وقحم الطريق ما صعب منه وشق على سالكه انتهى وفي هذا الحديث دليل على جواز التوكيل بالخصومة وفيه دليل ايضا على ان لا يحضر مجلس الخصومة بنفسه وهو مذهبنا ومذهب عامة العلماء لصنع علي رضي الله عنه وقال بعض العلماء الاولى ان يحضر بنفسه لان الامتناع من الحضور الى مجلس القاضي من علامات المنافقين وقد ورد الذم على ذلك قال الله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون انما كان قول المؤمنين اذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم ان يقولوا سمعنا واطعنا وجوابه ان تاويل الآية الرد من المنافق والاجابة من المؤمن اعتقادا كذا في شرح ادب القاضي وذكر في غاية البيان وكذا بايقائها واستيفائها

الا ان يكون بدو القصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائهما مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا وقول محمد رح مع ابي حنيفة رح وقيل مع ابي يوسف رح وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته

اي وكذا يجوز الوكالة بايفاء الحقوق واستيفائها لما مر من دفع الحاجة الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها اي باستيفاء الحدود والقصاص مع غيبة الموكل اي عن المجلس واما الوكالة بايفاء الحدود والقصاص فعدم صحتها مطلقا اي مع غيبة الموكل ومع حضوره اشرين لان ايفاءها انما يكون بتسليم النفس او البدن لاقامة العقوبة الواجبة وهذا لا يصح الا من الجاني اذ اقامة العقوبة على غير الجاني ظلم صريح فلذلك اكتفى المص رح بنفي صحة الوكالة باستيفائها مع غيبة الموكل قوله في تعليله لانها اي الحدود والقصاص تندرئ بالشبهات فلا تستوفى بمن يقوم مقام الغير لما في ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال وشبهة العفو ثابتة حال غيبة اي غيبة الموكل هذا الوجه مخصوص بالقصاص اذ الحدود لا يعفى عنها فالمراد ان في القصاص ثبوت شبهة اخرى حال غيبة الموكل وهي شبهة العفو لجواز ان يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل بل هو الظاهر اي بل العفو هو الظاهر للندب الشرعي لقوله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى وفي القصاص خلاف الشافعي رحمه الله فانه يقول هو خالص حق العبد فيستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا للضرر عن نفسه ولكنا نقول انه عقوبة تندرئ بالشبهات بخلاف سائر حقوقه فافترقا بخلاف غيبة الشاهد حيث يستوفى الحدود والقصاص عند غيبته لان الظاهر عدم الرجوع يعني ان الشبهة في حق الشاهد هي الرجوع والظاهر في حقه عدم الرجوع اذ الصدق هو الاصل لا سيما في العدول فلم يعتبر مثل هذه الشبهة اقول يرد عليه ان الرجم من الحدود ولا يستوفى عند غيبة الشهود في ظاهر الرواية كما مر في كتاب الحدود وتقتضي ذلك اعتبار شبهة الرجوع في حق الشهود هناك اللهم الا ان يقال عدم استيفاء الحد اذ ذاك لفوات الشرط وهو بداية الشهود بالرجم لا بمجرد شبهة الرجوع فتامل وبخلاف حالة الحضرة اي حضور الموكل في المجلس حيث يستوفى ذلك عند الانتفاء هذه الشبهة اي شبهة العفو فان العفو عند حضور الموكل مما لا يخفى فلا شبهة اقول قائل ان يقول ان انتفاء الشبهة المعينة لا تقتضي انتفاء الشبهة مطلقا والحدود والقصاص تندرئ بمطلق الشبهات فلا يتم التقريب على ان شبهة العفو مخصوصة بالقصاص فلم يظهر الفرق بين الحضرة والغيبة في استيفاء الحدود اصلا ولما استشعر ان يقال اذا كان الموكل حاضرا لم يحتج الى التوكيل بالاستيفاء راسا اذ هو يستوفيه بنفسه اجاب بقوله وليس كل احد يحسن الاستيفاء اما لقلة هدايته او لان قلبه لا يحتمل ذلك فلو منع عنه اي عن التوكيل بالاستيفاء ينسد باب الاستيفاء اصلا اي ينسد بابه بالنسبة اليه بالكلية فجاز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا لئلا ينسد بابه قال المص رح وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله وقال جمهور الشراح في تفسير كلام المص رح هذا اي جواز التوكيل باثبات الحدود والقصاص قول ابي حنيفة رحمه الله وقالوا في توجيه تفسيرهم اياه بهذا المعنى لانه لما قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق اي جميعها وبايفائها واستيفائها واستثنى ايفاء الحدود والقصاص واستيفائها بقيت الخصومة بالحدود والقصاص داخلة في قوله بالخصومة في سائر الحقوق فقال هذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان هذا الذي ارتكبوه في حل كلام المص رح هنا تكلف بارد وتعسف شارد حيث جعلوا البعض الغير المعين في الكلام السابق بل الداخل في المجرد كليه مشارا اليه بلفظ هذا الذي يشار به الى المحسوس المشاهد او ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد ثم ان هنا المندوحة عن ذلك بحمل كلام المص رح على معنى ظاهر منه وهو ان هذا الذي ذكرناه صريحا فيما مر آنفا من قولنا ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة البينة اي قال ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة بالخصومة في بعض من تلك الحقوق وهو اثبات الحدود والقصاص ايضا اي كما لا تجوز الوكالة بايفاء الحدود والقصاص واستيفائها بالاتفاق وقول محمد رح مع ابي حنيفة رح وقيل مع ابي يوسف رح يعني ان قول محمد رحمه الله مضطرب يذكر تارة مع ابي حنيفة رح وتارة مع ابي يوسف رح ولكن الظاهر من تحرير المصنف رح ترجيح الاول كما يخفى على الفطن قال في الكافي بعد قوله وقول محمد رح مضطرب والاظهر انه مع ابي حنيفة رح وقيل هذا الاختلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف في غيبة اي غيبة الموكل دون حضرته

لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره فصار كانه متكلم بنفسه له ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز
عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة رح ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف
الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه اخذ
القصاص وكلام ابي حنيفة رح فيه اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان قرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به
وقال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضاء الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام
فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضاء الخصم وهو قول الشافعي رح ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم

اي هو جائز في حضرته بالاتفاق لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره فكانه فعل بنفسه وله اي لابي يوسف رح ان التوكيل انابة والانابة فيها شبهة الاحالة
وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب اي في باب الحدود والقصاص لانه مما يندرئ بالشبهات كما في الشهادة على الشهادة اي كالشبهة التي في الشهادة على
الشهادة حتى لا يثبت بها الحدود والقصاص بالاتفاق كما لا يثبت بشهادة النساء مع الرجال ولا بكتاب القاضي الى القاضي وكما في الاستيفاء اي كالشبهة
التي في التوكيل بالاستيفاء الحدود والقصاص عند غيبة الموكل فانها مانعة لصحة التوكيل بالاتفاق ولابي حنيفة رح ان الخصومة شرط محض اي لا حظ لها في الوجوب
ولا في الظهور لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته بنفسه فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق
اي باقيها القيام المقتضي وانتفاء المانع لا يقال المانع موجود وهو الشبهة كما في الاستيفاء والشهادة على الشهادة على ما مر لانا نقول الشبهة في الشرط لا تصلح
للمنع اذ لا يتعلق به الوجوب ولا الوجود ولا الظهور بخلاف الاستيفاء فانه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فانها يتعلق بها الظهور وعلى هذا الخلاف
المذكور التوكيل بالجواب من جانب من عليه اي من جانب من عليه الحد او القصاص فاجازه ابو حنيفة رح ومنعه ابو يوسف رح وقول محمد رح مضطرب قال
المص ره وكلام ابي حنيفة رح فيه اي في التوكيل بالجواب اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع يعني ان التوكيل بالجواب انما يكون للدفع ودفع الحدود والقصاص
يثبت بالشبهات حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وبشهادة النساء مع الرجال فالشبهة التي ذكرت في دليل ابي يوسف رح على تقدير
كونها معتبرة لا تمنع ههنا غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه اي على موكله يعني لو اقر هذا الوكيل في مجلس القضاء بوجوب الحد او القصاص على موكله لم يقبل
اقراره استحسانا لما فيه اي في اقراره من شبهة عدم الامر به فلم يعتبر فيما يندرئ بالشبهات والقياس ان يقبل اقراره لقيامه مقام موكله بعد صحة التوكيل كما في
الاقرار بسائر الحقوق ووجه الاستحسان ما ذكره المصنف رح توضيحه انا حملنا التوكيل بالخصومة على الجواب لان جواب الخصم من الخصومة ولكن هذا نوع من المجاز
فانا في الحقيقة فالاقرار ضد الخصومة والمجاز وان اعتبر لقيام الدليل فالحقيقة شبهة فيما يندرئ بالشبهات دون ما يثبت مع الشبهات كذا في المبسوط وذكر في كثير من
الشروح واعلم ان جواز التوكيل باثبات الحدود عند من جوزه انما هو في حد القذف وحد السرقة واما التوكيل باثبات حد الزنا وحد الشرب فلا يصح اتفاقا لان الحق
فيهما لاحد من العباد وانما تقام البينة على وجه الحسبة فاذا كان اجنبيا عنه لا يصلح توكيله به نص عليه في الكافي والتبيين وقال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بالخصومة
سواء كان التوكيل من قبل الطالب او من قبل المطلوب الا برضى الخصم ويستوي فيه الشريف والوضيع والرجل والمرأة والبكر والثيب كذا في الشروح والفتاوى
الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا يعني الا ان يكون الموكل معذورا لعذر المرض او السفر فح يجوز التوكيل بالخصومة بدون رضى الخصم
عنده ايضا وقالا يجوز التوكيل بغير رضى الخصم اي يجوز ذلك حنذ هما في جميع الاحوال سواء رضي الخصم ام لا وسواء كان الموكل معذورا ام لا وكان ابو يوسف رح
يقول اولا يقبل ذلك من النساء دون الرجال ثم رجع عن ذلك وقال يقبل من النساء والرجال جميعا وهو قول الشافعي رحمه الله ايضا وفي الخلاصة والتتمة
ابو الليث يفتي بقولهما وفي فتاوى قاضيخان وبه اخذ ابو القاسم الصفار وقال شمس الائمة السرخسي الصحيح عندي ان القاضي اذا علم بالمدعي التعنت في ابائه
التوكيل يقبل التوكيل ولا يلتفت اليه وان علم من الموكل القصد الى الاضرار بالمدعي يشتغل الوكيل بالحيل والاباطيل والتلبيس لا يقبل منه التوكيل وذكر
شمس الائمة الحلواني ان ذلك يفوض الى رأي القاضي وهذا اقرب من الاول انتهى قال المص ره ولا خلاف في الجواز اي لا خلاف بين ابي حنيفة رحمه الله
وبين صاحبيه والشافعي رحمهم الله في الجواز حتى انه اذا وكل فرضي الخصم لا يحتاج في سماع خصومة الوكيل الى تجديد وكالة انما الخلاف في اللزوم بمعناه انه اذا وكل
من غير رضى الخصم لم يرتد برده اولا عنده يرتد فالهم فعلى هذا التأويل يكون معنى قول القدوري قال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم

لما ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بقاضي الدين وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والدائن متفاوتون في الخصومة

اي لا يلزم ذكر الجواز واراد اللزوم لان الجواز من لوازم الملزوم فيجوز ذكر اللازم واراد الملزوم كذا في الشروح وقد تصرف فيه صاحب العناية تحريرا وايرادا حيث قال فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم مجازا لقوله ولا يلزم ذكر الجواز واراد اللزوم فان الجواز لازم اللزوم عرف ذلك في اصول الفقه سلمناه لكن ذلك ليس بمجاز انتهى اقول الظاهر ان مراده بقوله لكن ذلك ليس بمجاز الرد على قوله مجازا بان ما ذكر ليس من قبيل المجاز بل هو من قبيل الكناية بناء على ما ذكره السكاكي من ان الانتقال في المجاز من الملزوم الى اللازم وفي الكناية من اللازم الى الملزوم لكنه ليس بشيء اما اولا فلان لفظ المجاز لم يذكر في تحرير غيره من الشراح ولا يتوقف عليه صحة التاويل المذكور فانه يصح سواء كان بطريق المجاز او بطريق الكناية فكان ندا رد المزبور على لفظ زاد من عند نفسه في بيان التاويل المذكور واما ثانيا فلانهم حققوا ان الانتقال في المجاز والكناية كليهما من الملزوم الى اللازم فردوا ما ذهب اليه السكاكي بان اللازم ما يكون ملزوما لم ينتقل منه الى الملزوم وجعلوا العمدة في الفرق بينهما جوازا ارادة المعنى الموضوع له وعدم جوازها مع جواز ان يجعل لفظ يجوز فيما نحن فيه مجازا عن معنى يلزم بلا محذور اصلا ثم قال صاحب العناية والحق ان قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضي به الخصم صح والا فلا حاجة الى قوله ولا خلاف في الجواز والى التوجيه بجعله مجازا انتهى اقول لا يخفى على الفطن ان هذا كلام خال عن التحصيل لانه ان اراد بقوله ان قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم ان معنى الاول من حيث الحقيقة هو معنى الثاني بعينه فليس كذلك اذ لا شك ان معنى الجواز من حيث الحقيقة مغاير معنى اللزوم ففي الاول يغاير نفي الثاني قطعا وان اراد بذلك ان الثاني هو المراد من الاول مجازا او كناية فلا وجه لقوله فلا حاجة الى قوله ولا خلاف في الجواز فان المتبادر من الالفاظ معانيها الحقيقية فيتبادر الى ذهن الناظر في مسئلتنا هذه ان يكون الخلاف في نفس الجواز فدفع المحذور ذلك بقوله ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم فهذا كلام لا اعتبار عليه ثم اعلم ان المحذور ليس باول من حمل الخلاف المذكور على اللزوم بل سبقه الى ذلك كثير من المشائخ منهم الامام شمس الائمة السرخسي حيث قال في شرح ادب القاضي ان التوكيل عند ابي حنيفة رح بغير رضى الخصم صحيح ولكن للخصم ان يطالب الموكل بان يحضر بنفسه ويجيب ومنهم الامام علاء الدين العالم حيث قال في طريقة الخلاف التوكيل بغير رضى الخصم لا يصح لازما وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يصح لازما وذكر في المحيط البرهاني ان رضى الخصم ليس بشرط لصحة التوكيل ولزومه عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقد اختلف المشائخ على قول ابي حنيفة رحمه الله بعضهم قالوا رضى الخصم عنده ليس بشرط لصحة التوكيل بل هو شرط لزومه وقال بعضهم لا بل رضى الخصم عنده شرط صحة التوكيل وانما اختلفوا لاختلاف الفاظ الكتب ذكر في شفعة الاصل ان التوكيل بغير رضى الخصم باطل في قول ابي حنيفة هذا ذكره في وكالة الاصل لا يقبل التوكيل بغير رضى الخصم عند ابي حنيفة رحمه الله والصحيح ان التوكيل عنده صحيح غير لازم حتى لا يلزم الخصم الحضور والجواب بخصومة الوكيل الا ان يكون الموكل مريضا مرضا لا يمكنه الحضور مع مجلس الحكم او غائبا مسيرة سفر فحينئذ يلزم عنده انتهى وهكذا ذكر في الذخيرة ايضا لهما اي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان التوكيل من في خالص حقه اي في خالص حق الموكل وبيانه انه اما ان يوكله بالخصومة او بالجواب وكلاهما من خالص حقه اما الخصومة فلانها الدعوى وهي خالص حق المدعي حتى لا يجبر عليها واما الجواب فلانه اما انكار او اقرار وكل واحد منهما خالص حق المدعى عليه واذا كان كذلك فلا يتوقف على رضى غيره كالوكيل بتقاضي الديون وقبضها وايفائها وله اي ولابي حنيفة رح ان الجواب مستحق على الخصم يعني ان الجواب حق واجب للمدعي على المدعى عليه ولهذا يستحضره اي يستحضر المدعي الخصم في مجلس القاضي قبل ان يثبت له عليه شيء ليجيبه عما يدعيه عليه وغاية ما في الباب ان يكون التوكيل تصرفا في خالص حق الموكل لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما ينفذ اذا لم يتعد الى الاضرار بالغير وههنا ليس كذلك اذ لا شك ان الناس متفاوتون في الخصومة اي من جهة الدعوى والاثبات ومن جهة الدفع والجواب فرب انسان يصور الباطل في صورة الحق ورب انسان لا يمكنه تمشية الحق على وجهه وقد دل عليه

لان الاصل ان الجواز لازم واراد اللزوم وقال وفيه نظر +

فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما بتخيير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة

قوله عليه السلام والسلام انكم تختصمون الي ولعل بعضكم الحن بحجته من بعض فمن قضيت له بشيء من مال اخيه فلا ياخذ فانما اقطع له قطعة من نار ذكره في ادب القاضي والاسرار ومعلوم انه لا يوكل عادة الا من هو الالد واشد في الخصومات ليغلب على الخصم فلو قلنا بلزومه اي بلزوم التوكيل بالخصومة بلا رضى الخصم يتضرر به اي يتضرر الخصم به فيتوقف على رضاه فصار كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما اي احد الشريكين بتخيير الآخر اي تخيير الشريك الآخر بين امضاء الكتابة وفسخها وكان تصرف احدهما متوقفا على رضى الآخر وان كان تصرفا في خالص حقه لكان ضرر شريكه قال صاحب النهاية في شرح الدليل المذكور من قبل ابي حنيفة رح ومعنى هذا الكلام ان الحضور والجواب مستحق عليه بدليل ان القاضي يقطعه عن اشتغاله ويحضره ليجيب خصمه والناس يتفاوتون في هذا الجواب فرب انكار يكون اشد دفعا لما ادعى من انكار والظاهر ان الموكل انما يطلب من الوكيل ذلك الاشد فان الناس انما يقصدون بهذا التوكيل ان يشتغل الوكيل بالحيل والاباطيل ليدفع حق الخصم عن الموكل وفيه اضرار بالخصم والكثير في هذا الباب ان يكون توكيله بما هو من خالص حقه ولكن لما كان يحصل به ضرر بالغير من الوجه الذي قلنا لا يملك بدون رضاه وانتهى كلامه وعلى هذا المنوال سبق الدليل المزبور في الكافي ومعراج الدراية ايضا اقول فيه نظر لان اصل هذه المسئلة عامة لصورة التوكيل من جانب المدعي ولصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما افصح عنه الشراح قاطبة في صدر هذه المسئلة وصرح به في عامة كتب الفتاوى ايضا وفي تقرير الدليل المزبور على الوجه الذي ذكره هؤلاء الشراح تخصيص ذلك بصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما ترى فكان تقصيرا منهم لمحاولة التقرير بوجه يعم الصورتين معا كما ذكر في شرحنا وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولابي حنيفة رح انا لا نسلم انه تصرف في خالص حقه فان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره في مجلس القاضي والمستحق للغير لا يكون خالصا له سلمنا فلو سلمنا لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره وهنا ليس كذلك لان الناس يتفاوتون في الخصومة فاذا قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه انتهى اقول فيه ايضا نظر لانه جعل ما ذكر في الكتاب من قبل ابي حنيفة رح دليلين احدهما منع لما قاله والآخر تسليمي له فيرجع على الدليل الاول ما يرد على تقرير صاحب النهاية وغيره من كون الدليل مخصوصا باحدى صورتي المسئلة العامة الدعاوى تقف فالعبرة ان يجعل المجموع دليلا واحدا ويقرر بوجه يعم الصورتين معا كما فعلناه في شرحنا لكن الانصاف ان تاثير المقدمة القائلة ان الجواب مستحق على الخصم انما هو في صورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما لا يخفى على الفطن المتامل بخلاف المريض والمسافر متصل بقوله الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا والمراد بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك لان الجواب غير مستحق اي غير واجب عليهما اي على المريض والمسافر هنالك اي فيما اذا كان الموكل مريضا ومسافرا لعجز المريض بالمرض وعجز المسافر بالغيبة فلو لم يسقط عنهما الجواب لزم الحرج وهو منتف بالنص قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج اقول هنا شيء وهو ان ما ذكره المصنف رح من الفرق انما يتحقق في صورة ان كان التوكيل من جانب المدعى عليه واما في صورة ان كان من جانب المدعي فلا لان الجواب غير مستحق على المدعي سواء كان صحيحا مقيما او مريضا مسافرا فان الجواب انما يجب على من يجبر على الخصومة لا على من لا يجبر عليه مع ان المسئلة عامة للصورتين معا كما تحققته فكان ينبغي ان يراد عليه ان يقال وان توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من الموت وافات التاخير اشد من الضرر اللازم بتفاوت الناس في الخصومة فيتحمل الادنى دون الاعلى وفي فتاوى قاضيخان واجمعوا على ان الوكيل لو كان غائبا او في مدة السفر او كان مريضا في المصر لا يقدر ان يمشي على قدميه الى باب القاضي كان له ان يوكل مدعيا كان او مدعى عليه وان كان لا يستطيع ان يمشي على قدميه ولكنه يستطيع ان يمشي على ظهر دابة او ظهر انسان فان ازداد مرضه بذلك صح التوكيل وان كان لا يزداد اختلفوا فيه قال بعضهم هو على الخلاف ايضا وقال بعضهم له ان يوكل وهو الصحيح انتهى ثم كما يلزم التوكيل عنده اي عند ابي حنيفة رح من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة اذ لو لم يلزم يلحقه الحرج بالانقطاع عن

ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس القاضي قال الرازي يلزم التوكيل

منصاة وفي فتاوى قاضيخان وكذا يجوز للمسافر في مدة السفر ان يوكل غيره في الخصومة بمن له ان يخرج الى السفر لكن لا يصدق انه يريد السفر ولكن ينظر الى زيه وعدته فان اوشهد عن يعلم ان يخرج صدقه فيسأل عن رفقائه كما في شرح الاجارة انتهى ولو كانت المرأة مخدرة اختلفت عبارات المشايخ في تفسير المخدرة فقال بعضهم هي التي لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس القاضي وقال الامام البزدوي هي التي لا يراها غير المحارم واما التي جلست على المنصة وراء الاجانب لا يكون مخدرة فاختار هذا التفسير الاول حيث قال لم تجر عادتها بالخروج وحضور مجلس الحاكم فان هذه صفة كل مخدرة جارية بحر في التفسير اما قال الرازي الرازي الامام ابا بكر الجصاص احمد بن علي الرازي صاحب التصانيف الكثيرة في الاصول والفروع واحكام القرآن واليه انتهت رياسة اصحاب ابي حنيفة ببغداد توفي الشيخ ابو الحسن الكرخي وكانت ولادته سنة خمس وثلثمائة ووفاته سنة سبعين وثلثمائة يلزم التوكيل اي يلزم التوكيل منها بالرضى الخصم وبدون عذر المرض والسفر لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحجتها بحيائها فيلزم توكيلها وفيما لا حرج فيه وكانت بالخصومة فوجب عليها اليمين فهي لا تعرف بالخروج وبمخالطة الرجال في الخارج يبعث الحاكم اليها ثلثة من العدول يستحلفها احدهم والشهدان الآخران على حلفها وكذا في المريضة اذا وجب عليها يمين لان الدنيا تهون لاجر في الايمان كذا ذكره الصدر الشهيد شارح الوقاية وذكر فيه وان كان يبعث الى المخدرة والمريضة او الى المريض فلا يفتقر الى الخصومة هنا لكن يجوز ان مجلس الحنفية كجلسة كذا في معراج الدراية وغيره قال رضي الله عنه اي قال الحسن وهذا اي ما قاله الرازي هو الاحسن المتأخرون وفي فتاوى قاضيخان ويجوز للمرأة المخدرة ان توكل وهي التي لم تجر العادة بالرجال بكرا كانت او ثيبا كذا ذكره ابو بكر الرازي وقال الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده ظاهر المذهب عن ابي حنيفة رح اطلق الاختلاف ايضا وعامة المشايخ اخذوا بما ذكره ابو بكر الرازي وعليه الفتوى انتهى قال اي القدوري في مختصره ومن شرط الوكيل ان يكون الموكل ممن يملك التصرف قيل هذا على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة رح فالشرط ان يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الموكل فاما كون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد وقيل المراد به ان يكون مالكا لاشرف نظرا الى اصل التصرف وان امتنع لعارض وبيع الخمر يجوز للمسلم في الاصل وانما امتنع بعارض النهي كذا في الكافي والكفاية والتبيين قال صاحب النهاية في تفسير قوله ممن يملك التصرف اي ممن يملك ذلك التصرف الذي وكل الوكيل به وقال قد ذكرناه في اوائل كتاب الوكالة من رواية الذخيرة ان هذا التفسير وقع على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة رح فمن شرط الوكالة كون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا لذلك التصرف الذي وكل الوكيل به فليس بشرط ثم قال فان قلت اشكل على ما ذكره في الكتاب ما ذكره في الذخيرة لقوله واذا قال الرجل لغيره خذ عبدي هذا وبعه لعبد آخر فقال اشتريت به عبدا صح التوكيل بهذا وان لم يصح مباشرة الموكل في مثل هذا التصرف فان من قال لغيره بعتك هذا العبد بعبد آخر فقال اشتريت منك بهذا العبد عبدا لا يجوز قلت انما جاز ذلك في التوكيل ولم يجز في مباشرته لوجود المعنى الفارق بينهما وهو ان الجهالة انما يمنع عن الجواز لافضائها الى المنازعة واما اذا لم تؤد اليها فلا يمنع كما في بيع قفيز من صبرة طعام او شراء ثم جهالة الوصف في التوكيل لا تفضي الى المنازعة لان التوكيل ليس بامر لازم ولا كذلك المباشرة لانها لازمة فتفضي الى المنازعة والمانع من الصحة المنازعة لا نفس الجهالة انتهى كلامه اقول في جوابه بحث لان الفارق المذكور فيه انما افاد لصحة هذه المسئلة في مسئلة الذخيرة وعدم صحة المباشرة بنفسه في مثلها وهذا القدر لا يدفع السؤال المذكور بل يقويه لان حاصله ان ما ذكر في الكتاب من شرط الوكالة غير متحقق في مسئلة الذخيرة مع تحقق الشرط فيها والفارق المذكور يقرر هذا المعنى كما لا يخفى وقال صاحب العناية قال صاحب النهاية ان هذا التفسير وقع على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة رح فمن شرطها ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به جاز عنده وفاقا

لان الاحضار لا يملكه ان تطلق بحقها كما لها فيلزم توكيلها قال رضي الله عنه وهذا شيء استحسنه المتأخرون قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف

هذا التوهم انه جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد اي يملك التصرف الذي وكل به اما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل ان يكون الموكل يملك التصرف فان الانسب لكلمة من جنس التصرف انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله فان الانسب لكلمة من جنس التصرف واجاب حيث قال لا يخفى عليك ان دخول كلمة من هو قوله من يملك دون التصرف والجواب ان مراده ان المالك للتصرف المخصوص للتعدد حتى يستقيم ادخال من في من يملك انتهى اقول ليس الامر كما زعمه فانا لا نسلم ان المالك للتصرف المخصوص للتعدد الماليري الى الحقوق المشتركة بالاكانت او غيره فان كل واحد من اصحابها يملك التصرف فيها تصرفا مخصوصا وان وصل مبلغهم في التعدد الى الالف مثلا اذ كانت دار مشتركة بين كثيرين فلا شك ان كل واحد منهم يملك التصرف فيها لسكنى او غيره ولئن سلمنا ذلك فلا نسلم عدم استقامة ادخال من حينئذ في من يملك فان ذلك انما يتوهم لو كانت كلمة من هنا للتبعيض واما اذا كانت للتبيين كما هو الظاهر في المقام فيستقيم جدا كما لا يخفى ثم ان ما ذكره كله مبني على توهم ان يكون مراد صاحب الغاية بكلمة من في قوله فان الانسب لكلمة من جنس التصرف حرف الجر الداخلة على الاسم الموصول والظاهر ان مراده بها نفس الاسم الموصول بدليل قوله يملك التصرف في قوله حيث لم يقل ان يكون الموكل يملك التصرف اذ لو كان مراده كلمة زيادة حرف الجر لقال حيث لم يقل ان يكون الموكل من يملك التصرف بحذف حرف الجر فقط فوجه الانسبية حينئذ ان الاسم المذكور من سمات المعارف على ما عرف في النحو من الفاظ العام على ما عرف في الاصول فيكون المراد به جنس المالك لان الفرد المعين منه ولا شك ان الذي يملكه جنس المالك هو جنس التصرف دون التصرف المعهود ثم قال ذلك البعض ثم ان الانسبية قد فاتت في قوله وبقصده كما لا يخفى انتهى اقول هذا ايضا ليس بسديد فان قوله وبقصده وان لم يكن مقرونا بكلمة من صراحة لكنه مقرون بها حكما فانه معطوف على ما هو في حيز كلمة من وهو قوله بعقل العقد في قوله من يعقل العقد ولا شك ان المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله على ما تقرر في علم الادب فقد حصلت الانسبية المذكورة هنا ايضا ثم ان حمل التصرف في قول القدوري ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف على جنس التصرف دون التصرف الذي وكل به مما سبق اليه صاحب غاية البيان حيث قال قيل لا يستقيم هذا الشرط الا على مذهب ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه لو كان شرط الوكالة ان يكون الموكل مالكا للتصرف بنفسه على مذهب ابي حنيفة رح لم يجز ان يوكل المسلم الذمي ببيع خمر او شرائها وهو جائز على مذهب ابي حنيفة رح مع ان المسلم لا يملك التصرف بنفسه فعلم ان ليس الشرط على مذهبه بل الشرط عنده ان يكون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذي وكل به ثم قال قلت هذا الشرط الذي شرطه القدوري يستقيم على مذهب الكل وانما خص هذا القائل الاستقامة على مذهبهما لانه لا يدرك كنه كلام القدوري اذ مضمون كلامه ان الوكالة لها شرط في الموكل وشرط في الوكيل فالاول ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام والثاني ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد وبقصده ومعنى قوله ان يكون ممن يملك التصرف ان يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف باهلية نفسه بان يكون عاقلا بالغا على وجه يلزمه حكم التصرف وهذا المعنى حاصل في توكيل المسلم الذمي في الخمر والخنزير بيعا وشراء لان المسلم عاقل بالغ له ولاية شرعية في جنس التصرف على وجه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف بولايته والشرط الآخر وهو ان يعقل العقد وبقصده حاصل في التوكيل ايضا وهو الذمي لانه يعقل معنى البيع والشراء وبقصده فصح الشرط اذن على مذهب الكل والحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا ان هدانا الله الى هنا كلامه ورد عليه الشارح ابن الهمام حيث قال قيل انما يستقيم الشرط الاول على قولهما لا على قوله فلا لانه يجيز توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها والمسلم لا يملكه اجاب بعضهم بان المراد بملك التصرف ان يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف باهلية نفسه بان يكون عاقلا بالغا وهذا حاصل في توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها ثم حمد الله على ما هداه لذلك وهو خطأ اذ يقتضي ان لا يصح توكيل الصبي المأذون لعدم البلوغ وليس بصحيح بل اذا وكل الصبي المأذون يصح بعد ان يعقل معنى البيع

ويلزمه الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلابد من ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل التصرف ويقصده لان تصرفه

انتهى كلامه اقول ما ذهب اليه صاحب العناية هنا ليس بمثابة ان يقال له هو خطأ بمجرد ما ذكره ابن الهمام فان الذي يهمه في توجيه المقام هو قوله المراد بملك التصرف ان يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف باهلية نفسه وهذا لا يقتضي ان لا يصح توكيل الصبي المأذون كما لا يخفى على العارف بحكم الصبي المأذون على مذهبنا في فصله واما قوله بان يكون عاقلا بالغا فنفصله من التوجيه ذكره لبيان المقصود بالشرط المذكور هو الاحتراز عن المجنون والصبي المجبور واما الصبي المأذون فكونه بمنزلة البالغ في عامة التصرفات معلوم في محله فهو في حكم المستثنى وعن هذا ترى الفقهاء في كل عقد جعلوا العقل والبلوغ شرطا وقصدوا به الاحتراز عن الصبي والمجنون لم يستثنوا الصبي المأذون عنه صراحة ويلزمه الاحكام قيل هذا احتراز عن الوكيل فان الوكيل ممن لا يثبت له حكم تصرفه وهو الملك لان الوكيل بالشراء لا يملك المبيع والوكيل بالبيع لا يملك الثمن فلذلك لا يصح توكيل الوكيل غيره وقيل هو احتراز عن الصبي والعبد المحجورين فانهما لو اشتريا شيئا لا يملكانه فلذلك لم يصح توكيلهما كذا في اكثر الشروح قال صاحب غاية البيان للقيل الثاني وهذا هو الاصح من الاول ولم يبين وجهه وقال صاحب العناية قوله ويلزمه الاحكام يحتمل احكام ذلك التصرف وجنس الاحكام فالاول احتراز عن الوكيل اذا وكل فانه يملك ذلك التصرف دون التوكيل به لانه لم يلزمه الاحكام وعلى هذا يكون في الكلام شرطان والثاني احتراز عن الصبي والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الاحكام شرطا واحدا وهذا اصح لان الوكيل اذا اذن له بالتوكيل صح ولم يلزمه احكام ذلك التصرف فان قلت اذا جعلتهما شرطا واحدا لزمك الوكيل فانه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الاحكام ولا يجوز توكيله قلت غلط لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لا سيما مع وجود المانع وهو فوات رأيه انتهى كلامه لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل تعليل لاشتراط ما شرطت الوكالة به يعني ان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائبا عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملكه محال فلابد ان يكون الموكل مالكا لذلك التصرف ليملكه من غيره قال صاحب العناية ولقائل ان يقول الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل والتصرف الذي وكل فيه والثاني مسلم ونقض بتوكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والاول ممنوع فانه يملكه بالهمية ولهذا لو تصرف لنفسه صح والجواب ان الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على ان الملك يثبت له خلافة عن الوكيل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا الكلام فيه ولا ينافيه ايضا بجواز ثبوت شيء بامرين على البدل انتهى اقول في جوابه نظر لان كون الوكيل من حيث هو وكيل مالكا لجنس التصرف من جهة الموكل انما يتوهم في التوكيل بتصرف لا بعينه بان قال اصنع ما شئت او اعمل برأيك واما في التوكيل بتصرف بعينه كما فيما نحن فيه من مادة النقض بتوكيل مسلم ذميا ببيع خمر فلا يتصور ذلك قطعا اذ لا شك ان الوكيل هناك انما يملك من جهة الموكل التصرف المعين المعهود الذي وكل به وهو بيع الخمر لا جنس التصرف مطلقا والا صح له ان يتصرف هناك بتصرف آخر كان وهب الخمر التي وكل ببيعها الذمي او يشتري لها منه شيئا او نحو ذلك من جنس التصرفات وليس كذلك قطعا والحق عندي في الجواب ان يختار الشق الثاني وهو ان الوكيل يملك التصرف الذي وكل به من جهة الموكل ويمنع النقض المذكور يحمل ما في الكتاب على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله او بناء ذلك على الاصل فان بيع الخمر جائز للمسلم في الاصل وانما امتنع بعارض انتهى وقد ذكرنا كلا الوجهين في صدر الكلام نقلا عن الكتب المعتبرة ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد بان يعرف مثلا ان البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش وكذا ذكر في مأذون الذخيرة وفي اكثر المعتبرات وهو احتراز عن الصبي الذي لم يعقل والمجنون ويقصده اي يقصد العقد والمراد ان لا يكون هازلا فيه كذا رأى جمهور الشراح ورد عليهم الشارح ابن الهمام حيث قال بعد نقل قولهم اي ارتباط بين صحة الوكالة وكون الوكيل هازلا في البيع ولو كان في بيع ما وكل ببيعه غاية ان لا يصح ذلك البيع والوكالة صحيحة انتهى اقول يخرج الجواب عنه ما ذكره الشارح تاج الشريعة هنا حيث قال القصد شرط وقوع العقد عن الآخر حتى لو تصرف هازلا لا يقع عنه انتهى فتأمل وانما اشترط ذلك في الوكيل لانه يقوم مقام الموكل في الحكم

فلا بد ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا ولذا وكل الحر العاقل البالغ او المأذون مثلهما جاز لان
الموكل مالك لتصرف الوكيل من اهل العبارة وان وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا جاز لا يتعلق بالحقوق ويتعلق
بهما من الصبي من اهل العبارة الا ترى انه ينفذ تصرفه باذن وليه وطلبه من اهل التصرف على نفسه وان طلبه وانا وكيلا
في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يلزم منهما التزام العهدة اما الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل

فلا بد ان يكون من اهل العبارة واهلية العبارة لا يكون الا بالعقل والتمييز لان كلام غير المميز كالعدم والشعور حتى لو كان اي الوكيل صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل
باطلا اذ ليس له اهلية العبارة فلا يتعلق بقبوله حكم قال صاحب العناية وهذا اشارة الى ان معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليس بشرط في صحة التوكيل لكن ذكر في الكتب
ان ذلك شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على ان توكيل الصبي العاقل صحيح ومعرفة ما زاد على دونيم في المتاع ودرهم يا زدهم في الحيوان ودرهم وازده في الدار وما يدخل
تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه انتهى اقول فيه بحث لانه ان اراد ان معرفة نفس الغبن الفاحش الداخل تحت احد التفسيرين المذكورين
مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه فمسلم اذ لا شك ان من لا يمارس العلم اصلا فضلا عن الاشتغال بعلم الفقه يعرف باختلاطه بالناس وتعاملهم
ان ما زاد على دونيم يدخل تحت تقويم المقومين او ما زاد على دونيم في المتاع ودرهم يا زدهم في الحيوان ودرهم وازده في الدار غبن فاحش وما دون ذلك غبن يسير كما هو حال
اكثر اهل السوق وان اراد ان معرفة عبارات اهل الشرع في الغبن الفاحش واليسير واصطلاحاتهم فيه مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه فمسلم لكن
لا يجدي ذلك شيئا اذ لا يخفى ان المراد بما ذكر في الكتب معرفة الغبن اليسير من الفاحش على الوجه الاول دون الثاني واذا وكل الحر البالغ او المأذون مثلهما
جاز نبه الفظ القدوري في مختصره وكان ينبغي ان يقيد بالعاقل ايضا لان المجنون اذا وكل غيره لا يجوز وكانه انما لم يقيد بذلك بناء على الغالب لان غالب احوال
الانسان ان يكون عاقلا او بناء على ان اشتراط العقل مما يعرف وكل احد وانما اطلق المأذون ليشمل العبد والصبي المأذونين فان توكيل كل واحد منهما غيره
جائز كسائر تصرفاتهما ثم ان هذا غير منحصر في المثالية في صفة الحرية والرقية بل يجوز للموكل ان يوكل من فوقه كتوكيل العبد المأذون الحر او من دونه كتوكيل الحر العبد
المأذون الا يرى ان التمثيل بقوله لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة يشمل الاوجه الثلثة من المثلية والفوقية والدونية كما ذكر في العناية
ومعراج الدراية وعن هذا قال صدر الشريعة في شرح الوقاية ولو قال كلامنها كان اشمل لتناوله توكيل الحر البالغ مثله والمأذون وتوكيل المأذون مثله والحر
البالغ انتهى وصاحب العناية قد راعى توجيه الكلام في هذا المقام حيث قال ويفهم من قوله مثلهما جواز توكيل من كان فوقهما بطريق الاولى اقول لا يذهب
عليك انه لا يجدي كثير طائل اذ يبقى حينئذ جواز توكيل من كان دون الموكل محلا للكلام على ان قوله من كان فوقهما لا يخلو عن سماجة اذ لا احد فوق الحر البالغ
وان وكل اي الحر البالغ والمأذون صبيا محجورا عليه بعقل البيع والشراء او عبدا محجورا عليه جاز خلافا للشافعي رح ولا يتعلق بهما الحقوق اي حقوق ما باشراه
من العقد كالتقاضي والمطالبة حيث لا عهدة عليهما فيما فعلاه وتتعلق بموكلهما وانما جاز توكيلهما عندنا لانتفاء ما يمنعه اما من جانب الموكل فظاهر واما من جانب الوكيل فلما ذكره المصنف
بقوله لان الصبي من اهل العبارة الا يرى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له اي للتصرف على نفسه ولهذا يصح طلاقه واقراره
بالحدود والقصاص وانما لا يملكه اي التصرف في حق المولى دفعا للضرر عنه والتوكيل ليس تصرفا في حقه اي في حق المولى لان صحة التوكيل تتعلق بصحة العبارة
والعبد باق على اصل الحرية في حق صحة العبارة فان صحتها بكونه آدميا الا انه لا يلزم منهما اي من الصبي والعبد المحجور عليهما التزام العهدة الصبي لقصور اهليته
اي اما الصبي المحجور عليه فلقصور اهليته بعدم البلوغ والعبد لحق سيده اي واما العبد المحجور عليه فلثبوت حق سيده في ماليته فلو لزمه العهدة لتضرر به المولى
واذا كان كذلك فتلزم اي العهدة الموكل لانه اقرب الناس اليهما حيث انتفع بتصرفهما ويفهم من هذا التعليل ان العبد اذا اعتق لزمه العهدة لان المانع
من لزومها كان حق المولى وقد زال ذلك بالعتق وان الصبي اذا بلغ لم يلزمه العهدة لان المانع من لزومها كان قصور اهليته حيث لم يكن قوله ملزما في حق نفسه
في ذلك الوقت فلم يلزمه بعد البلوغ ايضا والفرق بينهما بهذا الوجه ما ذكره صريحا في المبسوط وشرح الجامع الصغير للامام قاضيخان ثم ان في تقييد الصبي والعبد
بقوله محجورا عليه اشارة الى انهما لو كانا مأذونين تعلق الحقوق بهما لكن ذلك ليس بمطلق بل فيه تفصيل ذكر في الذخيرة وهو ان الصبي المأذون اذا وكل بالبيع فباع

وعن ابي يوسف رح ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او مجنون او محجور له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ظن ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب **قال** والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي رح تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل في النكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا في الحقوق فيتعلق حقوق العقد به ولهذا قال في الكتاب يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان كل ذلك من الحقوق

لزمه العهدة سواء كان الثمن حالا او مؤجلا واذا وكل بالشراء فان وكل بالشراء بثمن مؤجل لم يلزمه العهدة قياسا واستحسانا بل تكون العهدة على الآمر حتى ان البائع يطالب الآمر بالثمن لان ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة لا ضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشتري وهذا ليس كذلك انما هذا التزام مالي في ذمته استوجب مثل ذلك على موكله وهذا هو معنى الكفالة والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان الكفالة واما اذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس ان لا يلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه لان ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك المشتري من حيث الحكم فانه يحبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبي المأذون من اهل ذلك بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه بالضمن من الثمن لا يملك المشتري لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم لانه لا يملك حبسه بذلك فكان ضمان كفالة من حيث المعنى والجواب في العبد المأذون اذا وكل بالبيع والشراء على هذا التفصيل ثم ان الصبي والعبد المحجورين وان لم يتعلق بهما الحقوق فلقبضهما الثمن وتسليمهما المبيع اعتبارا لما ذكر في الكتاب من بعد فصل الشراء في التوكيل بعقد السلم حيث قال والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه انتهى وعن ابي يوسف رح ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او عبد وفي بعض النسخ او مجنون فقيل المراد به من يجن ويفيق وقيل على حاشية نسخة المصنف رح محجور مقام مجنون قال صاحب الكفاية عند نقل هذين القولين وفي الكافي للعلامة النسفي ثم علم انه صبي محجور او عبد محجور فالظاهر ان قوله مجنون تصحيف انتهى له خيار الفسخ اي للمشتري خيار الفسخ في هذه الصورة لانه اي لان المشتري دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعاقد يعني ان المشتري ما رضي بالعقد الا على اعتقاد ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه تخير لانه فات عنه وصف مرغوب فصار كما اذا عثر اي اطلع على عيب اي على عيب لم يرض به والجامع بينهما عدم الرضا وفي ظاهر الرواية لا خيار للمشتري ولا للبائع ذكره تاج الشريعة قال اي القدوري في مختصره والعقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين وقال في بعض نسخه والعقد الذي يعقده الوكلاء اي جنس العقد كذا في غاية البيان كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه اي يضيف اضافته الى نفسه ويستغني عن اضافته الى الموكل كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل اقول هذه الكلية تنتقض بما اذا كان الوكيل صبيا محجورا عليه او عبدا محجورا عليه فان حقوق عقدهما تتعلق بالموكل وان كان العقد مما يضيفه الوكيل الى نفسه كما عرفته فيما مر وقال الشافعي رح تتعلق بالموكل وبه قال مالك واحمد لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار اي صار الوكيل في هذا الضرب كالرسول بان قال رجل لآخر كن رسولي في بيع عبدي وحقوق العقد تتعلق بالرسول بلا خلاف والوكيل بالنكاح اي وصار كالوكيل بالنكاح من الضرب الثاني فان حقوق عقد النكاح تتعلق بالموكل بالاتفاق كما سيجيء ولنا ان الوكيل هو العاقد يعني ان الوكيل في هذا الضرب هو العاقد حقيقة اي من حيث الحقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته اي وصحة عبارة العاقد اي وصحة كلامه لكونه آدميا له اهلية الايجاب والاستيجاب لا لكونه وكيلا فكان العقد الواقع منه له ولغيره سواء وفي الكافي فقضيته تستدعي ان يكون الحاصل بالتصرف واقعا له غير ان الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم جعلناه نائبا في حق الحكم وراعينا الاصل في الحقوق وكذا حكما اي وكذا الوكيل في هذا الضرب العاقد من حيث الحكم لانه اي الوكيل يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه ما استغنى عن ذلك اي عن اضافة العقد الى الموكل كالرسول والوكيل بالنكاح فانهما لا يستغنيان عن الاضافة اليه واذا كان كذلك اي اذا كان الوكيل في هذا الضرب هو العاقد حقيقة وحكما كان اصيلا في الحقوق فتتعلق به اي تتعلق الحقوق بالوكيل دون الموكل فهذا اي فلكون الوكيل في هذا الضرب اصيلا في الحقوق قال في الكتاب اي قال القدوري في المختصر قيل اي قال محمد رح في الجامع الصغير والمبسوط يسلم المبيع اي يسلم الوكيل المبيع ويقبض الثمن اذا باع ويطالب بصيغة المجهول اي يطالب الوكيل بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع اي ويقبض المبيع اذا اشترى ويخاصم في العيب يخاصم فيه بفتح الصاد في الاول وكسرها في الثاني فالاول فيما اذا باع والثاني فيما اذا اشترى على الترتيب السابق واعلم ان هنا فائدة جليلة يجب التنبيه

والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد ويحتطب هو الصحيح قال الصدر في مسئلة العيب تفصيل تذكره ان شاء الله تعالى

لما قدم ذكر اصدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال يجب ان يعلم ان الحقوق نوعان حق يكون للوكيل وحق يكون على الوكيل فالاول كقبض المبيع ومطالبة ثمن المشتري والمخاصمة في العيب والرجوع بثمن المستحق ففي هذا النوع للوكيل ولاية هذه الامور لكن لا تجب عليه فان امتنع لا يجبر والموكل على هذه الافعال لانه متبرع في الفعل بل يوكل الموكل بهذه الافعال وسياتي في كتاب الشارة بعض هذا وان مات الوكيل فولاية هذه الافعال لورثته فان امتنعوا وكلوا الموكل مورثهم وعند الشافعي رح للموكل ولاية هذه الافعال بلا توكيل من الوكيل او وارثه وفي النوع الآخر يكون الوكيل مدعى عليه فللمدعي ان يجبر الوكيل على تسليم المبيع وتسليم الثمن واخواتها الى هنا كلامه والملك يثبت للموكل خلافة عنه اي عن الوكيل هذا هو جواب عما قاله الشافعي رحمه الله ان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه تقريره ان الملك يثبت للموكل ابتداء لكن لا اصالة حتى يثبت له توابعه ايضا بل خلافة عن الوكيل ومعنى الخلافة ان يثبت الملك للموكل ابتداء وينعقد السبب موجبا حكمه للوكيل فكان الموكل قائما مقام الوكيل في ثبوت الملك اعتبارا للتوكيل السابق والحاصل ان الوكيل خلف عن الموكل في حق استفادة التصرف والموكل خلف عن الوكيل في حق ثبوت الملك كالعبد يتهب ويصطاد فانه اذا اتهب اي قبل الهبة واصطاد يثبت الملك للمولى ابتداء وخلافة عن العبد فان مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب كما ذكر في المبسوط وتحقيق المسئلة ان التصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته واعتمادا لوجوبه اولى من اهمال احدهما فلو اثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولها بعبارته والاهلية لبطل توكيل الموكل ولو اثبتناها للموكل لبطل عبارة الوكيل فاثبت الملك للموكل لانه الغرض من التوكيل واليه اشار المص بقوله اعتبارا للتوكيل السابق فتعين الحقوق للوكيل ويجوز ان يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فان مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب كذا في العناية ثم اعلم ان هذا المسلك طريقة ابا طاهر الدباس واليه ذهب جماعة من اصحابنا قال شمس الائمة السرخسي قول ابي طاهر اصح وقال المصنف رح هو الصحيح واحترز به عن طريقة ابي الحسن الكرخي وهي ان الملك يثبت للوكيل اولا ثم ينتقل الى الموكل واليها ذهب بعض اصحابنا وهي اختيار الامام قاضيخان كما ذكره في التحرير وانما قال هو الصحيح لان الوكيل اذا اشترى منكوحته او قريبه لا يفسد النكاح ولا العتق عليه ولو ثبت له الملك لما كان كذلك قال صاحب العناية ان نفوذ العتق يحتاج الى ملك مستقر ولا دائم وملك الوكيل غير مستقر ولا دائم فيه بل يزول عنه في ثاني الحال وينتقل الى الموكل باعتبار الوكالة السابقة قال في الزيادات فيمن تزوج امة ثم حرة على رقيقها فاجاز مولاها فانه تصير الامة مهرا للحرة ولا يفسد النكاح وان ثبت الملك للزوج فيها لان ملكه غير مستقر حيث ينتقل منه الى الحرة فكذلك ههنا انتهى وقال صاحب العناية بعد ذكر هذا الجواب وفيه نظر لانه يخالف اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه الحديث انتهى اقول الجواب عن هذا النظر ظاهر اذ قد تقرر عندهم ان المطلق ينصرف الى الكامل ولا شك ان الملك الكامل هو الملك المستقر فلا يخالفه قال الصدر الشهيد ان القاضي ابا زيد خالفهما وقال الوكيل نائب في حق الحكم اصيل في حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم تنتقل الى الموكل من قبله ووافق ابا الحسن في حق الحقوق ووافق ابا طاهر في حق الحكم وهذا احسن كذا ذكر في الايضاح والفتاوى الصغرى قال رضي الله عنه اي قال المص رح وفي مسئلة العيب تفصيل تذكره ان شاء الله تعالى اراد به ما ذكره في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده وان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه كذا في عامة الشروح قال بعض الفضلاء القصر عليه قصور بل الظاهر عموم الحوالة لما يذكره في فصل في البيع بقوله ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده عليه المشتري بعيب الخ اقول الذي يتعلق بما نحن فيه من تعلق حقوق العقد بالوكيل دون الموكل من المسائل الآتية في الكتاب انما هو الذي ذكر الشارح ههنا فان الوكيل اذا اشترى شيئا ثم اطلع على عيب فله ان يرده على بائعه بمقتضى تعلق حقوق عقد الشراء بالوكيل ثم بعد هذا ان بقي المبيع في يده يبقى حق الرد له وان

قال وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض لا ترى انه لا يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم في هذه يفصل الفصل عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب الثاني من اخواته العتق على مال

وان لم يبق في يده بل كان سلمه الى الموكل ليسقط ذلك الحق عنه لانتهاء حكم الوكالة بالتسليم فيتوقف الرد على اذن الموكل ولما لم يعلم هذا التفصيل ههنا وكان مما يحتاج الى بيانه احاله المص على ما سيذكره في فصل الوكالة بالشراء من باب الوكالة بالبيع والشراء وهذا الذي يذكره في فصل الوكالة بالبيع بقوله ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرد عليه المشتري بعيب الخ فمما لا مساس له بما نحن فيه فان حاصل ذلك انه اذا رد العبد على الوكيل بالبيع بعيب فان رد عليه بحجة كاملة يرده على الموكل وان رد عليه بحجة قاصرة لا يرده عليه وهذا امر وراء تعلق حقوق العقد بالوكيل يجري بين الموكل والوكيل ولا شك ان المقصود بالحوالة ما يتعلق بما نحن فيه لا ما يتعلق بمجرد العيب فلهذا لم يعتبر الشارح لما توهمه ذلك القائل قال اي القدوري في مختصره وكل عقد يضيفه اي يضيفه الوكيل الى موكله هذه ضابطة الضرب الثاني اي كل عقد لا يستغني الوكيل فيه عن الاضافة الى الموكل كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فرع على ذلك بقوله فلا يطالب بصيغته وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها اي تسليم المرأة الى زوجها لان الوكيل فيها اي في هذه العقود سفير محض اي سفير محض حاك قول الموكل ومن حكى قول الغير لا يلزمه حكم قول ذلك الغير الا يرى انه اي الوكيل لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل كيف ولو اضافه الى نفسه كان النكاح مثلا له اي للوكيل نفسه فيخرج عن حكم الوكالة والكلام فيه فصار كالرسول يعني اذا كان الوكيل في هذا الضرب سفيرا محضا فقد صار كالرسول في باب البيع ونحوه ولا شك ان الحكم في الرسالة يرجع الى المرسل دون الرسول وهذا اي كون الحقوق في هذا العقود متعلقة بالموكل دون الوكيل وهذا على ما هو دأب المص في كتابه هذا من انه يقول بعد ذكر دليل على مدعى وهذا لان الخ ويريد به ذكر دليل آخر لمي بعد ان ذكر دليلا انيا فههنا لما بين انية كون الحقوق في هذه العقود متعلقة بالموكل دون الوكيل يكون الوكيل فيها سفيرا محضا غير مستغن عن اضافة العقد الى الموكل اراد ان يبين المتيه العينا بقوله لان الحكم فيها اي في هذه العقود لا يقبل الفصل عن السبب حتى لم يدخل فيها خيار الشرط اذ الخيار يدخل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب وهذه العقود لا يقبل ذلك لانه اي لان السبب في هذه العقود اسقاط اي من قبيل الاسقاطات اما في غير النكاح فظاهره اما في النكاح فلان محل النكاح الانثى من بنات آدم وهن في الاصل خلقتا حرائر والحرية تستدعي انتفاء ورود الملك على من اتصف بها الا ان الشارح اثبت نوع ملك على الحرية بالنكاح تحقيقا لمعنى النص فكان في ذلك اسقاط لمعنى الملكية الذي كان ثابتا للحرة بطريق الاصالة كذا نقل عن العلامة شمس الدين الكردري ولان الاصل في الابضاع الحرمة فكان النكاح اسقاطا للحرمة نظرا الى الاصل كذا ذكره في الكافي واذا كان السبب في هذه العقود اسقاطا فيتلاشى اي فيضمحل فلا يتصور صدوره اي صدور السبب بطريق الاصالة من شخص وثبوت حكمه لغيره كما في الضرب الاول فكان سفيرا اي فكان الوكيل فيما نحن فيه سفيرا محضا فان قلت ليس الكلام في الحكم بل في الحقوق فما فائدة قوله لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب قلت انهم قالوا في الضرب الاول ان الحكم يثبت للموكل خلافة عن الوكيل اعتبارا للتوكيل السابق وتعلق الحقوق بالوكيل اعتبارا لعبارته وههنا اذا لم ينفصل الحكم عن العبارة لكونها للاسقاط فاما ان يثبت الحكم للوكيل وينتقل العبارة الى الموكل والاول باطل لانه يبطل التوكيل وينافي الاضافة الى الموكل فتعين الثاني واليه اشار بقوله فكان سفيرا والضرب الثاني وهو كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله من اخواته اي من افراده التي بينهن اخوة اي مشاركة في الحكم العتق على مال قوله والضرب الثاني مبتدأ موصوف وقوله من اخواته خبر مقدم للمبتدأ الثاني وهو قوله العتق على مال والجملة اعني المبتدأ الثاني مع خبره خبر للمبتدأ الاول فحاصل المعنى ومن اخوات الضرب الثاني العتق على مال قال بعض الفضلاء في تفسير كلام المص ههنا اي العقود التي ذكرت في الضرب الثاني من اخواتها العتق على مال قال انما فسرناه لان العتق على مال واخواته من مشمولات الضرب الثاني لا من اخواته اقول لا يذهب على ذي مسكة ان التفسير الذي ذكره ذلك القائل مما لا يساعده التركيب من حيث العربية اصلا فكيف يحمل المعنى عليه اما كون العتق على مال واخواته من مشمولات الضرب الثاني لا من اخواته فانما ينافي اعتبار الاخوة بين الضرب الثاني ومشمولاته وليس ذلك من ضرورات كلام المص ههنا لانه يجوز ان يكون

والكتابة والصلح عن الانكار فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض لانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة

اضافة الاخوات الى ضمير الضرب الثاني لكونهما من افراده ويكون التعبير عنهما بالاخوات للتنبيه على مشاركتهما في الحكم كما اشرنا اليه في تفسير قوله من اخواته نعم المتبادر من الاضافة اعتبار الاخوة بين المضاف والمضاف اليه كما في نظائره لكن قرينة المقام صارفة عنه الى ما قلنا فتدبر والكتابة عطف على العتق على مال داخل في حكم الكلام السابق وكذا قوله والصلح على الانكار وانما جعل هذه العقود من قبيل الضرب الثاني لانها من الاسقاطات دون المعاوضات اما العتق على مال والكتابة فلان البدل فيهما بمقابلة ازالة الرق وفك الحجر واما الصلح على الانكار فلان البدل فيه بمقابلة دفع الخصومة واقتداء اليمين في حق المدعى عليه فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول اراد بالصلح الذي هو جار مجرى البيع الصلح عن اقرار فيما اذا كان عن مال بمال فانه مبادلة مال بمال فكان بمنزلة البيع واما اذا كان الصلح عن دم العمد او كان على بعض ما يدعيه من الدين فهو من الضرب الثاني وان كان عن اقرار لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا محضا كما صرح به المص في باب التبرع بالصلح والتوكيل به من كتاب الصلح اقول فبهذا ظهر ان ما وقع ههنا في الشروح من تفسير الصلح الذي هو جار مجرى البيع بالصلح عن اقرار من غير تقييد بما ذكرناه تقصير في تعيين المرام وتحقيق المقام كيف ولو كان ذلك كافيا ههنا لما بدل المص اللفظ اليسير باللفظ الكثير والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفيرا ايضا وتفسيره ما ذكره في الايضاح حيث قال ولو وكل وكيلا بان يهب عبده لفلان او يتصدق به عليه او يعيره اياه او يودعه او يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما امره فهو جائز على الموكل وليس للوكيل المطالبة برد شيء من ذلك الى يده ولا ان يقبض الوديعة والعارية ولا الرهن ولا القرض ممن عليه لان احكام هذه العقود انما يثبت بالقبض فلا يجوز ان يكون الوكيل فيه اصيلا لانه اجنبي عن المحل الذي يلاقيه القبض فكان سفيرا او معبرا عن المالك انتهى واشار المص الى التعليل المذكور فيه ايضا بقوله لان الحكم فيها اي في العقود المذكورة يثبت بالقبض اي بقبض الموهوب له والمتصدق عليه ونظائرها وانه اي القبض يلاقي محلا مملوكا للغير اي لغير الوكيل فالحكم ايضا يلاقي محلا مملوكا لغير الوكيل وهو الموكل فلا يجعل اي الوكيل اصيلا لكونه اجنبيا عن ذلك المحل بخلاف التصرفات التي تقوم بالقول ولا تتوقف على القبض كالبيع وغيره فان الوكيل يجب ان يكون اصيلا فيها لانه اصل في التكلم وكلامه مملوك له قال صاحب العناية فقوله فلا يجعل اصيلا مقتضاه اصيلا في الحكم وليس الكلام فيه ويدفع ذلك بان الحكم اذا لاقى محلا مملوكا لغير الوكيل كان ثابتا لمن له المحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت الى الموكل بجعل العبارة سفارة ففيما احتاج الى القبض اولى لضعفها في العلية انتهى اقول ما استشكاله بشيء ولا دفعه اما الاول فلانه اذا ثبت ان الوكيل في هذه العقود لم يجعل اصيلا في الحكم ثبت ايضا ما فيه الكلام وهو عدم الحقوق بالوكيل في هذه العقود اذ قد كان مبنى تعلق الحقوق بالوكيل في الضرب الاول ثبوت الحكم الذي هو الملك للموكل خلافة عن الوكيل وهذا انما يكون بان يجعل الوكيل اصيلا في الحكم فاذا لم يجعل في العقود المذكورة اصيلا فيه تعين عدم تعلق الحقوق به فيها واما الثاني فلان الباعث على انتقال الحقوق الى الموكل فيما لا يقبل الحكم الانفصال عن العبارة ليس الا كون السبب اسقاطا متلاشيا والسبب فيما نحن فيه ليس من قبيل الاسقاطات كما لا يخفى فلا مساواة فضلا عن الاولوية وان الضعف في العلية فان كان له مدخل فانما هو في حق نفس ثبوت الحكم لا في حق الانتقال فتامل وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس يعني اذا كان الوكيل من جانب الملتمس للتصرفات المذكورة بان وكله بالاستيهاب او الاستعارة او الارتهان او غير ذلك يكون الوكيل سفيرا ايضا فيتعلق الحكم والحقوق كلها بالموكل دون الوكيل لانه لضيق العقد الى موكله وفي العناية اما اذا قبض الموكل فلا اشكال واما اذا قبض الوكيل فالواجب ان يثبت الحكم للموكل وتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض ويدفع بانه لا بد له من اضافة العقد الى موكله وهي تجعل القبض له فصار كما اذا قبضه بنفسه انتهى وكذا الشركة والمضاربة يعني اذا وكل بعقد الشركة او المضاربة يكون الوكيل سفيرا ايضا وتعلق حقوق العقد بالموكل دون الوكيل اذ لا بد له من اضافة العقد الى موكله حتى لو اضافه الى نفسه يقع عنه لا عن موكله

الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل

الا ان التوكيل بالاستقراض باطل استشار من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب المنفس حتى لا يثبت الملك للموكل فللوكيل ان يمنع الذي استقرضه من الآمر ولو هلك هلك من ماله قال صاحب العناية واعلم اني اعيد لك هنا ما ذكرته في اول كتاب الوكالة وازيدك ما يسر الله تعالى ذكره لكون المقام من معارك الاراء فان ظهر لك فاحمد الله تعالى وان سمح ذهنك بخلافه فلا يلومنه فان جهد المقل وسعه التوكيل بالاستقراض لا يصح لانه امر بالتصرف في مال الغير وانه لا يجوز ورد بانه بالشراء فانه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير واجيب بان محله هو الثمن في ذمة الموكل وهو ملكه واورد بانه هلا جعل محله في الاستقراض البدل في ذمة الموكل واجيب بان ذلك محل ايفاء القرض لا الاستقراض فاورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة فانه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب اذ ليس ثمة بدل على المستعير والموهوب له فيجعل محلا للتوكيل والجواب ان المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب وانما محله فيهما عبارة الموكل فانما يتصرف فيهما بجعلهما موهوبة للملك عند القبض باقامة الموكل مقام نفسه فان قيل فليكن في الاستقراض كذلك فالجواب انا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم في الذمة اذ لم يكن فيها بدل في الذمة فلو اعتبرناها محلا له في الاستقراض وفيه بدل معتبر في الايفاء في الذمة لزم اجتماع الاصل والخلف في شخص واحد من جهة عقد واحد والله اعلم بالصواب الى هنا كلامه اقول فيه بحث اما اولا فلان الدليل الذي ذكره لبطلان التوكيل بالاستقراض وهو الدليل الماخوذ من الذخيرة ومختار جمهور الشراح على ذكره وافي صدر كتاب الوكالة ليس بتام عندي لان التصرف في ملك الغير والامر به انما لا يجوز لو كان بغير اذن المالك ورضاه كما لو غصب ملك الغير او امر بغصبه واما اذا كان باذنه ورضاه فيجوز قطعا الا يرى ان المستقرض لنفسه يقبض المال المستقرض الذي هو ملك المقرض ويتصرف فيه وكذا المستعير يقبض المستعار الذي هو ملك المعير ويستعمله ولا خلاف لاحد في جواز ذلك والظاهر ان التوكيل بالاستقراض انما هو الامر بالتصرف في ملك المقرض باذنه ورضاه لا بالجبر والغصب فينبغي ان يجوز ايضا واما ثانيا فلان ما ذكره في الرد بالتوكيل بالشراء من انه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير ليس بصحيح اذ لا نم ان التوكيل بالشراء امر بقبض المبيع بل هو امر بايجاد العقد وقبض المبيع من متفرعات العقد غير داخل فيه فلا يكون الامر بالشراء امرا بقبض المبيع سلمنا ان التوكيل بالشراء امر بقبض المبيع ايضا لكنه امر به بعد ايجاد العقد لا قبله كما لا يخفى والمبيع بعد ايجاد العقد ملك المشتري لا ملك الغير بخلافه الاستقراض فان المستقرض لا يكون ملك المستقرض بمجرد العقد بل بالقبض على ما صرحوا به فالصواب في تمشية النقض بالتوكيل بالشراء ان يقال انه امر بتملك المبيع الذي هو ملك الغير كما ذكر في الذخيرة وغيرها واما ثالثا فلانه ان اراد بقوله في الجواب عن النقض المذكور ان محله هو الثمن في ذمة الموكل ان محل التوكيل بالشراء هو نفس الثمن فلا نم ذلك لان نفس الثمن انما هو محل التوكيل بايفاء الثمن بعد تمام عقد الشراء لا محل التوكيل بالشراء نفسه وان اراد بذلك ان محله هو ايجاب الثمن في ذمة الموكل كما هو الظاهر من قوله في ذمة الموكل والمصرح به في الذخيرة وغيرها فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ جوابه عن الايراد الآتي فان معناه ح هو انه هلا جعل محله في الاستقراض ايضا ايجاب البدل في ذمة الموكل ولا يتيسر الجواب عنه بانه محل ايفاء القرض لان محل ايفائه هو نفس البدل لا ايجابه في ذمة الموكل بل الجواب الصحيح عنه ما ذكر في الذخيرة وغيرها من ان البدل في باب القرض انما يجب في ذمة المستقرض بالقبض لا بعقد القرض فلا بد من تصحيح الامر بالقبض اولا حتى يستقيم الامر بايجاب المثل في ذمته والامر بالقبض لم يصح بعد لكون المقبوض ملك الغير واما رابعا فلان قوله في الجواب عن النقض بالاتهاب والاستعارة ان المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لان الاستعارة والاتهاب وانما محلهما عبارة الموكل غير تام فانه ان قال الوكيل بالاستعارة ان فلانا ارسلني اليك يستعير منك كذا او قال الوكيل بالاتهاب ان فلانا ارسلني اليك يتهب منك كذا فانهما في هذه الصورة كانا متصرفين في عبارة الموكل ولكنهما لم يخرجا الكلام حينئذ مخرج الوكالة بل اخرجاه مخرج الرسالة والكلام هنا في حكم الوكالة دون الرسالة

بخلاف الرسالة فيه قال واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد لخروجه بالتوكيل الملك فيه اليه ب

فان الرسالة سميت في الاستقراض ايضا حتى ان الوكيل بالاستقراض لو اخرج كلامه مخرج الرسالة فقال ان فلانا ارسلني اليك يستقرض منك كذا كان استقراضا للموكل ولا يكون للوكيل ان يمنع ذلك منه كما صرح به في الذخيرة وغيرها وان قال الوكيل بالاستعارة استعير منك كذا فلان الموكل وقال الوكيل بالاستهاب استهب منك كذا فلان الموكل فانهما في هاتيك الصورة جريا على حكم وكالتهما ولكنهما لم يكونا مستقرضين في عبارة الموكل اصلا حيث لم يحكيا عنه كلاما بل انا تكلما بكلام انفسهما الا انهما في العقد الى موكلهما كما في سائر صور الضرب الثاني فلا يتمشى القول بان محل التوكيل فيهما عبارة الموكل على ان ذلك القول منه مخالف صريح ما ذكر في الذخيرة وايضا كبار الشراح في صدر كتاب الوكالة من ان الموضوع لنقل العبارة انما هو الرسالة فان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد امره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة واما الوكالة فتغيير موضوعة لنقل عبارة الموكل فان العبارة فيها للوكيل واما خامسا فلان قوله فالجواب انما اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة ونحوها مفرع على صحة العقد خلفا عن بدل يلزم في الذمة الخ ليس بشيء لان اعتبار الخلف عن البدل على تقدير لزومه انما يتصور في التصرفات التي هي من قبيل المعاوضات اما التصرفات التي هي من قبيل التبرعات فلا وما نحن فيه من الاستعارة ونحوها من قبيل الثانية فلا معنى لحديث الخلفية ههنا وايضا استحالة اجتماع الاصل والخلف انما يقتضي عدم جواز اعتبار العبارة في الاستقراض خلفا عن بدل لا عدم جواز اعتبارها مطلقا فلم لا يجوز ان تعتبر محلا للتوكيل في الاستقراض ايضا لضرورة صحة العقد وان لم تجعل خلفا عن بدل الا ترى انها اعتبرت محلا للرسالة في الاستقراض ولهذا صحت الرسالة فيه تامل وقال صاحب غاية البيان قال بعضهم في بيان بطلان استقراض الوكيل ان العبارة للوكيل والمحل الذي امره بالتصرف ملك الغير فان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل قلت هذا الذي قال يبطل بالتوكيل بالاستعارة فانه صحيح مع ان الموكل امره بالتصرف في ملك الغير وليس معنى كلام المصنف ما فهمه هذا القائل بل معناه ان الوكيل بالاستقراض اذا اضاف العقد الى نفسه وقال اقرضني كان التوكيل باطلا حتى لا يكون القرض للموكل بل يكون للوكيل الا اذا اضاف العقد الى نفسه وقال اقرضني كان التوكيل باطلا حتى لا يكون القرض للموكل بل يكون للوكيل الا اذا اضاف العقد الى الموكل وبلغ على وجه الرسالة فقال ارسلني فلان اليك يستقرض كذا فح يصح الاستقراض ويقع القرض للموكل وليس للوكيل ان يمنع الموكل عنه فافهم ففيه غنى عن تطويل الاطائل تحته انتهى كلامه اقول وفيه بحث اذ لا شك ان معنى قول المصنف وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس ان الوكيل ههنا سفير ايضا لا يتعلق الحقوق العقد بل بموكله لاضافة العقد الى موكله دون نفسه وان قوله الا ان التوكيل بالاستقراض باطل استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس كما صرح به الشراح قاطبة ومنهم هذا الشارح فلو كان معنى كلام المصنف ههنا ما فهمه هذا الشارح لما كان تخصيص الاستثناء ببطلان صورة التوكيل بالاستقراض معنى اذ على ذلك التقدير يصير الحكم كذلك في جميع صور ما اذا كان الوكيل من جانب الملتمس فان كل واحد من المستعير والمستوهب والمرتهن ونحو ذلك اذا اضاف العقد الى نفسه لا الى الموكل يبطل الوكالة ويكون ما اخذه لنفسه لا لموكله لان هذه الصور كلها من الضرب الثاني ومن شرط هذا الضرب ان يضيف الوكيل العقد الى موكله فاذا انتفى بطلت الوكالة قطعا ولعمري ان هذا الشارح قد هرب بنا عن ورطة ووقع في ورطة اخرى اشد من الاولى حتى افسد معنى كلام المصنف بالكلية قال المصنف بخلاف الرسالة فيه اي في الاستقراض فانها تصح قال في الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما اذا استقرض للامر الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول ارسلني اليك فلان يستقرض منك فح يثبت الملك للمستقرض اي المرسل وقال الامام الزيلعي في التبيين عن ابي يوسف رحمه الله ان التوكيل بالاستقراض جائز قال اي القدوري في مختصره واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه اي فله ان يمنع الثمن من الموكل لانه اي الموكل اجنبي عن العقد وحقوقه لما تقدم ان الحقوق تعود الى العاقد في البيع وامثاله ولهذا اذا نهاه الوكيل عن قبض الثمن صح وان نهاه الموكل عن ذلك لا يصح واذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل الا باذن الوكيل فان دفعه اليه اي ان دفع المشتري الثمن الى الموكل جاز يعني وسع ذلك لو دفع المشتري

ولم يكن للوكيل ان يطالب به ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه وكالة والاخذ منه ثم الدفع اليه ولهذا لو كان المشتري على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان دينه يقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما انه يملك الابراء الا براءة عندهما ولكن يغرمه للموكل في الفصلين

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء

الثمن الى الموكل بانه دفعه اليه استحسانا فالفاء في قوله فان دفعه للعطف لا للسبب ولكن لو بدلت بالواو لكان احسن كما لا يخفى ولم يكن للوكيل ان يطالب به اي بالثمن ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه اي حق الموكل وان كانت مطالبته حق الوكيل وقد وصل اليه اي وقد وصل حق الموكل الى نفسه فلا فائدة في الاخذ منه اي من الموكل ثم في الدفع اليه اي الى الوكيل واعلم ان هذا في غير الصرف واما في الصرف فقبض الموكل لا يصح لان جواز البيع في الصرف بالقبض وكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض وقبض الموكل اشير الى هذا في الذخيرة وذكر في الشروح ولهذا اي ولكون نفس الثمن المقبوض حق الموكل لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء من الثمن وهذا لان المقاصة ابراء بعوض فتعتبر بالابراء بغير عوض ولو ابرأ جميعا بغير عوض وخرج الكلام ان معاوضة المشتري بابراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء فكذلك ههنا ولانا لو جعلناه قصاصا بدين الوكيل احتجنا الى قضاء آخر فان الوكيل يقضيه للموكل ولو جعلناه قصاصا بدين الموكل لم نحتج الى قضاء آخر فجعلناه قصاصا بدين الموكل قصرا للمسافة فقد اثبتنا حكما مجمعا عليه فان الموكل يملك اسقاط الثمن عن المشتري بالاجماع ولو جعلناه قصاصا بدين الوكيل لاثبتنا حكما مختلفا فيه فكان ما قلناه اولى كذا ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده ولما استشعر ان يقال المقاصة لا تدل على كون نفس الثمن حقا للموكل دون الوكيل فانها تقع بدين الوكيل اذا كان للمشتري دين على الوكيل وحده اجاب بقوله وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان تقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما انه اي الوكيل يملك الابراء عنه اي عن المشتري عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يعني انه ان كان يقع المقاصة عندهما بدين الوكيل وحده لعلة ان الوكيل يملك الابراء بغير عوض عن المشتري عندهما فيملك المقاصة ايضا لانها ابراء بعوض فتعتبر بالابراء بغير عوض ولكنه يضمنه اي ولكن الوكيل يضمنه الثمن للموكل في الفصلين اي في فصل الابراء والمقاصة بخلاف الابراء فانه لا ضمن لاحد في شيء من الفصلين فافترقا وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز ابراء الوكيل استحسانا لان الثمن في ذمة المشتري ملك الموكل فابراء الوكيل تصرف في ملك الغير على خلاف ما امر به فلا ينفذ كما لو قبض الثمن ثم وهبه للمشتري وحجة ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان الابراء اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل الا ترى ان الموكل لا يستغني عن ذلك ولو اراد ان يقبض بنفسه لم يكن له ذلك فكان هو في الابراء عن القبض مسقطا حق نفسه فيصح منه ثم انه لما اسقط حق القبض انسد على الموكل باب الاستيفاء اذ لا حق له في القبض فصار ضامنا له بمنزلة الراهن يعتق المرهون ينفذ اعتاقه لمصادفته ملكه ولكن يضمن للمرتهن لانسداد باب الاستيفاء من ماليته العبد لتعليه كذا في المبسوط فان قيل ينبغي ان لا يجوز من الوكيل بالبيع مثل هذا البيع الذي يوجب مقاصة ثمن المبيع بدين الموكل لانه خالف الموكل لانه انما وكله ببيع يصل اليه ثمنه وههنا لا يصل قلت ان لم يصل اليه الثمن بعد البيع فقد وصل اليه قبل البيع فيصير الثمن قصاصا بدين الآمر عندهم جميعا لان الآمر يملك ابراء المشتري عن الثمن بغير عوض عندهم فيملك الابراء بعوض بطريق الاولى كذا في الذخيرة

باب الوكالة بالبيع والشراء **فصل** في الشراء قدم من ابواب الوكالة ما هو اكثر وقوعا واشد حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء وقدم فصل الشراء لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن ازالته والازالة بعد الاثبات كذا في الشروح اقول هذا الذي ذكروه لتقديم فصل الشراء ضعيف جدا بل هو امر وهمي لا تحقيقي لان الشراء كما ينبئ عن اثبات الملك في البيع ينبئ ايضا عن ازالة الملك عن الثمن وان البيع كما ينبئ عن ازالة الملك عن البيع ينبئ ايضا عن اثبات الملك في الثمن وعن هذا قالوا ان الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه فهما شيئان في الانباء عن الاثبات والازالة وان وجه بان الاصل والعمدة في عقد المبايعة هو المبيع فيكفي انباء الشراء عن الاثبات والبيع عن الازالة بالنظر اليه قلنا لا شك ان ثبوت ملك المشتري في المبيع ليس بمقدم على زوال ملك البائع

قال ومن وكل رجلا بشراء شئ فلا بد من تسمية جنسه وصفته

عنه والا يلزم ان يجمع في كل بيع في ان واحد او قبيل زوال ملك البائع عنه ما كان مستقلا للبائع والمشتري ولا يخفى بطلانه فتعين ان ثبوت الملك وزواله في البيع والشراء انما يتحققان معا بالنسبة الى الشخصين واما قضية كون الازالة بعد الاثبات فانما يجري في محل واحد بالنسبة الى شخص واحد فهي بمعزل عما نحن فيه فالاظهر ان الوجه في تقديم فصل الشراء على فصل البيع ما هو الوجه في تقديم باب الوكالة بالبيع والشراء على سائر ابواب الوكالة من كونه اكثر وقوعا واشد حاجة فان اكثر الناس يوكل الآخر بالشراء في مأكله ومشاربه وملابسه وغير ذلك من الامور المهمة التي قلما يخلو الانسان في اوقات من الاحتياج اليها وقلما يقدر على ان يتولى شراءها بنفسه بخلاف التوكيل في باب البيع كما لا يخفى قال اي القدوري في مختصره ومن وكل رجلا بشراء شئ اي شئ غير معين لان في المعين لا يحتاج الى تسمية الجنس والصفة كذا في الشروح فلا بد من تسمية جنسه كالعبد والجارية وان العبد جنس عند اهل الشرع وكذا الجارية باعتبار اختلاف الاحكام وصفته اي نوعه على ما سيأتي في كلام المصنف ره كالتركي والهندي قال صاحب العناية فيحتاج الى تعريف الجنس والنوع فقيل الجنس هو ما يدخل تحته انواع متغايرة والنوع اسم لاحد ما يدخل تحت اسم فوقه وذكر في الفوائد الظهيرية محالا الى اهل المنطق الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بالنوع والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة انه لم يأت بشئ يعرف به ما هو المراد بالجنس والنوع ههنا لان الذي ذكره اولا لا حاصل له بل هو امر مبهم متناول لامور كثيرة غير مراد بالجنس والنوع ههنا قطعا والذي ذكره ثانيا لا يطابق مراد الفقهاء ولا يشهد بذلك قطعا ما ذكره من امثلة الجنس والنوع وقال صاحب العناية واراد بالجنس النوع لا مصطلح اهل المنطق وهو الكلي المقول على كثيرين مختلفين بالنوع في جواب ما هو والنوع هو المقول على كثيرين مختلفين بالعدد في جواب ما هو واراد مصطلح اهل النحو وهو ما علق على شئ وعلى كل ما اشبهه ويجوز ان يريد بالجنس ما يندرج تحته اشخاص وقد مر بيان ذلك في كتاب النكاح في باب المهر انتهى اقول كل واحد من المعاني الثلثة التي جوز كونها مرادة بالجنس ههنا منظور فيه اما الاول فلانه ان اراد بالنوع في قوله وان اراد بالجنس النوع النوع المنطقي كما هو المتبادر من سياق كلامه يرد عليه ان من الاجناس الشرعية ما ليس بنوع عند اهل المنطق كالعبد والجارية فانهما ليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم من اصناف نوع الانسان وان اراد بذلك النوع اللغوي بمعنى القسم يلزم ان يدخل فيه جميع الانواع الشرعية بل اصنافها ايضا فان كل واحد منها قسم مما هو الاعم منه فلا تمييز للجنس الشرعي عن النوع الشرعي وما دونه فتختل معنى المقام واما الثاني فلان ذلك المعنى الذي هو مصطلح اهل النحو في اسم الجنس وحاصله ما علق على شئ لا يعينه كما ذكره في باب المهر من كتاب النكاح يصدق على ما فوق الاجناس الشرعية كالدابة والثوب والرقيق فان كل واحد منها اسم لجميع الاجناس الشرعية كما صرحوا به ويصدق ايضا على ما تحت الاجناس الشرعية من الانواع الشرعية وما دونها فلا تمييز للجنس الشرعي حينئذ من غيره فيختل معنى المقام واما الثالث فلان ذلك المعنى الذي هو مصطلح حكماء يونان في الجنس على ما نقل عن ابي علي بن سينا يصدق على كل مفهوم كلي يندرج تحته اشخاص فيعم ما فوق الاجناس الشرعية وما تحتها من الانواع الشرعية واصنافها فلا تمييز للجنس الشرعي من غيره حينئذ ايضا فيختل معنى المقام وقال صاحب العناية والمراد بالجنس والنوع ههنا غير ما اصطلح عليه اهل المنطق فان الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالحيوان والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ما هو كالانسان مثلا والصنف هو النوع المتميز بتميز عرضي كالتركي والهندي والمراد ههنا بالجنس ما يشمل اصنافا على اصطلاح اولئك وبالنوع الصنف انتهى اقول لا يخفى على العارف بالفقه ان ما قاله صاحب العناية اقرب الى ضبط ما هو المراد من الجنس والنوع عند اهل الشرع لكن فيه ايضا اشكال لانه ان اراد بالمصنف في قوله وبالنوع الصنف الصنف المنطقي كما هو المتبادر من سياق كلامه يرد عليه ان الحمار نوع عند اهل الشرع على ما سيجيء في الكتاب مع انه ليس بصنف منطقي بل هو نوع عند اهل المنطق ايضا وان اراد بذلك الصنف

وجنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الاتيان الا ان يوكله وكالة عامة فيقول اتبع رأيي لانه فوض الامر الى رأيه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا الا ان من فيه ان الجهالة اليسيرة تحتمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الامر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا بيان الثمن او النوع لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثاله

اللغوي بمعنى الضرب والقسم يرد عليه ان الرقيق مثلا صنف بهذا المعنى لانه ضرب من الانسان وليس بنوع عند اهل الشرع بل هو عندهم ما يجمع الاجناس الشرعية كالعبد والجارية على ما صرحوا به وان العبد والجارية مثلا صنفان بالمعنى المذكور وليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم جنسان كما نصوا عليه او جنسه ومبلغ ثمنه اي او تسمية جنسه ومقدار ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الاتيان اي فيمكن الوكيل الامتثال لامر الموكل فان ذلك الجنس مجرد عن الصفة او الثمن لا يفيد المعرفة فلا يمكن الوكيل من الاتيان بما امره الموكل به اعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بان الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء والجواب ان الفعل الموكل به في هذا القسم ليس مع الشراء بل شراء نوع من جنس واذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف اليه كذا في العناية اقول لقائل ان يقول ان اراد ان الفعل الموكل به في هذا القسم شراء نوع معين من جنس فهو ممنوع كيف ومعنى الدليل المذكور انه لو لم يسم الموكل شراء شيء نوعه مع جنسه او مبلغ ثمنه مع جنسه لم يصير الفعل به معلوما فلم يمكن للوكيل الاتيان بما امر به وعلى هذا لا يحتمل ان يكون الفعل الموكل به شراء نوع معين خلاف المفروض وان اراد ان الفعل الموكل به في هذا القسم شراء نوع ما من انواع جنس فهو مسلم لكن يرد عليه الاعتراض بان الفعل الموكل به معلوم وهو شراء نوع ما من جنس فاذا اشترى الوكيل اي نوع كان من ذلك الجنس ليصير موتمرا بما امر به ويمكن الجواب بان الفعل الموكل به حينئذ وان كان شراء نوع مطلق من جنس نظرا الى ظاهر لفظ الموكل لكن يجوز ان يكون مراد الموكل شراء نوع مخصوص من ذلك الجنس فاذا لم يعلم ذلك النوع المراد لم يمكن للوكيل الاتيان بامره على وفق مراده فمعنى كلام المص ليصير الفعل الموكل به معلوما على وفق مراد الموكل فيمكن للوكيل الاتيان بامره على وفق ذلك ويرشد اليه قوله فيما سيأتي فلا يدري مراد الامر لتفاحش الجهالة الا ان يوكله وكالة عامة استثناء من قوله فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه يعني اذا وكله وكالة عامة فيقول اتبع لي ما رأيت فلا يحتاج الى ذكر شيء منهما لانه اي الموكل في هذه الصورة فوض الامر الى رأيه اي الى رأي الوكيل فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا لامر الموكل فيقع عنه اعلم ان الجهالة ثلثة انواع فاحشة وهي جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق وهي تمنع صحة الوكالة وان بين الثمن لان الوكيل لا يقدر على الامتثال ويسيرة وهي جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار والفرس والبغل والثوب الهروي والمروي فانها لا تمنع صحة الوكالة وان لم يبين الثمن وقال بشر بن غياث لا تصح الوكالة لان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء فلا يصح الا ببيان وصف المعقود عليه ولنا انه عليه الصلوة والسلام وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للاضحية ولم يبين صفتها وبنى الوكالة على التوسع لكونها استعانة فيحتمل فيها الجهالة اليسيرة استحسانا وفي اشتراط بيان الوصف بعض الحرج فسقط اعتباره وجهالة متوسطة وهي بين النوع والجنس كالتوكيل بشراء عبد او شراء امة او دار فان بين الثمن او النوع يصح ويجعل ملحقا بجهالة النوع وان لم يبين الثمن والنوع لا يصح ويلتحق بجهالة الجنس لانه يمنع الامتثال كذا ذكره في الكافي اخذا من المبسوط والجوامع فاراد المص ان يشير الى هذه الانواع الثلثة من الجهالة وان يبين حكم كل واحد منها في باب الوكالة فقال والاصل فيه ان الجهالة اليسيرة تحتمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا هذا بيان لحكم الجهالة اليسيرة فانما قيد بالاستحسان لان القياس ان لا تحتمل الجهالة في الوكالة وان قلت بناء على ان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء الا يرى انه يجعل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبائع من الموكل فلا يجوز الا ببيان وصف المعقود عليه وجه الاستحسان ما ذكره بقوله لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط يعني اشتراط بيان الوصف او اشتراط عدم الجهالة اليسيرة بعض الحرج وهو مدفوع شرعا بالنص ثم ان كان اللفظ اي لفظ الموكل يجمع اجناسا كالدابة والثوب او ما هو في معنى الاجناس كالدار والرقيق لا يصح التوكيل وان بين الثمن هذا بيان لحكم الجهالة الفاحشة وانما كان الحكم فيها كذلك لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس اي يوجد فرد من كل جنس فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة فالوكيل لا يقدر على الامتثال وان كان اي اللفظ جنسا يجمع انواعا كالعبد والامة لا يصح اي التوكيل الا ببيان الثمن او النوع هذا بيان لحكم الجهالة المتوسطة وانما كان الحكم فيها كذلك لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع يقل الجهالة فلا تمنع الامتثال اي امتثال امر الآمر مثاله اي مثال هذا النوع

اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان بين النوع كالتركي او الحبشي او الهندي او السندي او المولد جاز كذا اذا بين الثمن المذكور له وكذا بين النوع او الثمن ولم يبين صفة الجودة والرداءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة وهي ارادة من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال قال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه

من انواع الجهالة وانما ذكر المثال لهذا النوع دون النوعين السابقين لان مثال ذينك النوعين سيأتي في اثنا مسئلة الجامع الصغير بخلاف هذا النوع وهذا سر تفردت ببيانه اذا وكله اي اذا وكل رجل رجلا بشراء عبد او جارية لا يصح اي لا يصح التوكيل بمجرد هذا اللفظ لانه اي لان هذا اللفظ يعني لفظ عبد وجارية يشمل انواعا فلا يدري المراد فان بين النوع كالتركي والحبشي والسندي والمولد وفي المغرب المدة التي ولدت ببلاد الاسلام جاز اي التوكيل وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه اراد به قوله لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما قال بعض المشائخ ان كان يوجد بما سمى من الثمن من كل نوع لا يصح بيان الثمن ما لم يبين النوع كذا في الذخيرة ولو بين النوع او الثمن ولم يبين الصفة وهي الجودة والرداءة والسطة اي الوسطة السطة مع الوسط كالعدة مع الوعد والفقة مع الوفق في ان الثاني آخرها عوضت عن الواو الساقطة من اولها في المصدر والفعل من حد ضرب جاز اي التوكيل لانه اي هذا القدر من الجهالة جهالة مستدركة اي يسيرة فلا يبالي بها ومراده اي مراد القدوري من الصفة المذكورة في الكتاب اي في مختصره النوع ليوافق كلامه القاعدة الشرعية وما صرح به في كتب سائر المشائخ وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة اي وان بين الثمن كما ذكر فيما مر ولما بطلت الوكالة كان الشراء واقعا على الوكيل كما صرح به في نسخ الجامع الصغير فقال رجل امر رجلا ان يشتري له ثوبا او دابة فاشترى فهو مشتر لنفسه فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف تطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا يعني ان لفظ الدابة سواء حمل على اللغة او على العرف فقد جمع اجناسا وكانت الجهالة فيه فاحشة وكذا الثوب اي هو ايضا يجمع اجناسا لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء اي من الاعلى الى الادنى وكانت الجهالة فيه فاحشة ولهذا لا يصح تسميته اي تسمية الثوب مهرا فان الجهالة الفاحشة تبطل التسمية في باب المهر ايضا وكذا الدار تشتمل ما هو في معنى الاجناس يعني الدار وان لم يجمع اجناسا حقيقة الا انها يجمع ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فتعذر الامتثال اي تعذر الامتثال لامر الامر لشراء الاشياء المذكورة لتفاحش الجهالة وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز اي التوكيل هذا لفظ الجامع الصغير قال المص معناه يعني معنى جنس الدار في قوله ووصف جنس الدار نوعه فحينئذ تلتحق بجهالة النوع وهي جهالة يسيرة لا يمنع صحة الوكالة كما مر قال صاحب النهاية وتقييده بذكر نوع الدار مخالف الرواية المبسوط فقال فيه وان وكله بان يشتري له دارا ولم يسم ثمنا لم يجز ذلك ثم قال وان سمى الثمن جاز لان بتسمية الثمن تصير معلومة عادة وان بقيت جهالة فهي يسيرة مستدركة والمتأخرون من مشائخنا يقولون في ديارنا لا يجوز الا ببيان المحلة انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المواضع وانا اقول في تحقيق المقام انما حمل المصنف رحمه الله الجنس الواقع في عبارة الجامع الصغير ههنا على النوع لئلا يختل معنى المقام وانه لو اجري الجنس ههنا على معناه الظاهري كان ذكر وصف الجنس مستدركا بالنظر الى مسئلة الدار ومخلا بالنظر الى مسئلة الثوب اما الاول فلان الموكل اذا سمى ثمن الدار يلتحق هناك وصف جنسها اذ لا مدخل لوصف الجنس في رفع الجهالة وانما ترتفع الجهالة بتسمية الثمن او ببيان النوع كما تقرر فيما قبل واما الثاني فلان الثوب معطوف على الدار فيصير المعنى ان وصف الموكل جنس الثوب جاز التوكيل ولا صحة له على تقدير ان كان الجنس يجري على معناه الظاهري لان الثوب من قبيل ما يجمع اجناسا فالجهالة فيه فاحشة وهي ترتفع وان بين الثمن فكيف يتصور ارتفاعها بمجرد وصف الجنس واما اذا حمل على معنى النوع فيصح المعنى في مسئلة الثوب باعتبار ان بيان النوع ترتفع الجهالة التي يمنع صحة الوكالة قطعا وانما يبقى الكلام في مسئلة الدار فانها تصير حينئذ مقيدة بتسمية الثمن ووصف النوع مع ان تسمية الثمن كافية فيها على ما وقع في رواية المبسوط بل في رواية عامة الكتب فيصير رواية الجامع الصغير مخالفة لرواية تلك الكتب لكن وقوع الروايتين ليس بغريب في المسائل الشرعية فيجوز ان يكون الامر ههنا ايضا كذلك فيكون مدار رواية الجامع الصغير على ان الجهالة في الدار فاحشة كما بينه المص ومدار رواية تلك الكتب

وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا ونحوه قال ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها استحسانا والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف املك وهو حاكم على ما انكرناه واذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء لا عرف في الاكل فبقي على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق

على ان الجهالة فيها متوسطة كما صرحوا ثم انا ان جعلنا وصف النوع في حق الدابة بيان الجملة صار ما ذكر في الجامع الصغير مما قاله المتاخرون من مشايخنا وكان موافقا لما ذكر في كثير من الكتب فتامل قال المصنف ره وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا ونحوه اي يصح التوكيل بشراء الحمار ونحوه وان لم يبين الثمن وصرح في المبسوط لان الجنس صار معلوما بتسمية النوع وانما يثبت الجهالة بالوصف فيصح الوكالة بدون تسمية الثمن فان قيل الحمير انواع منها ما يصلح لركوب العظماء ومنها ما لا يصلح الا للحمل عليه قلنا بذا اختلاف الوصف مع ان ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى قالوا ان القاضي او الوالي اذا امر انسانا بشراء حمار ينصرف الى ما يركب مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب او الاذنين لا يجوز عليه بخلاف ما لو امره الفالي بذلك كذا في المبسوط وذكر في كثير من الشروح اقول بقي هنا كلام وهو ان ما ذكره المصنف ره هنا مخالف لما ذكره في باب المهر في مسئلة التزوج على حيوان غير موصوف حيث قال هناك معنى هذه المسئلة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف بان يتزوجها على فرس او حمار انتهى فقد جعل الحمار هناك جنسا وهنا نوعا والتوجيه الذي ذكره صاحب النهاية هناك من انه اراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء دون مصطلح اهل المنطق ليس بجيد اذ قد صرح المصنف ره هنا بان الحمار نوع ولا شك ان مراده بالنوع هنا ما هو مصطلح الفقهاء والا للزم بيان ثمن الحمار ايضا وقد صرحوا بعدم لزومه فلم يكن الحمار جنسا على مصطلح الفقهاء ايضا قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها وانما قيد بدفع الدراهم الى آخر لانه اذا لم يدفع اليه دراهم وقال اشتر لي طعاما لم يجز على الامر لانه لم يبين له المقدار وجهالة القدر في المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الامر بما سمى له كذا في الكافي وغيره وما ذكر في الكتاب استحسان والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة اي لحقيقة الطعام كما في اليمين على الاكل يعني اذا حلف لا ياكل طعاما يحنث ياكل اي طعام كان اذ الطعام اسم لما يطعم بحسب الحقيقة اذ وجه الاستحسان ان العرف املك اي اقوى وارجح بالاعتبار من الحقيقة وهو اي العرف على ما ذكرناه اي على الحنطة ودقيقها اذا ذكر اي الطعام مقرونا بالبيع والشراء يعني ان العرف في شراء الطعام انما يقع على الحنطة ودقيقها وبائع الطعام في الناس من يبيع الحنطة ودقيقها دون من يبيع الفواكه فصار القيد الثابت بالعرف كالثابت بالنص كذا في المبسوط وقال في الكافي ولهذا لو حلف لا يشتري طعاما لا يحنث الا بشراء البر ودقيقه ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع اي فبقي الطعام في حق الاكل على الوضع والحقيقة ولهذا يحنث في اليمين على الاكل ياكل اي مطعوم كان قالوا هذا الذي ذكر في شراء الطعام من انصرافه الى الحنطة ودقيقها انما هو عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام اما في عرف غيرهم فينصرف الى شراء كل مطعوم وقال بعض مشايخ ما وراء النهر الطعام في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوي وغير ذلك فينصرف التوكيل اليه قال الصدر الشهيد وعليه المفتوى كذا في الذخيرة وغيرها وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق هذا الظاهر يدل على ان ما ذكروا اولا مطلق اي سواء كان الدراهم قليلة او كثيرة اذا وكل بشراء الطعام ينصرف الى شراء الحنطة ودقيقها وهذا الذي ذكره ثانيا وعبر عنه بلفظ قيل مخالف للاول وهو قول الفقيه ابي جعفر الهندواني كما ذكره الصدر الشهيد في اول باب الوكالة بالبيع والشراء من بيوع الجامع الصغير فعلى الامام ظهير الدين في فتاواه الى شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده ولكن قال صاحب النهاية انه ليس بقول مخالف للاول بل هو داخل في الاول واليه اشار في المبسوط والذخيرة فقال في المبسوط بعد ذكر ما قلنا ثم ان قل الدراهم فله ان يشتري بها خبزا وان كثرت فليس له ان يشتري بها خبزا لان ادخاره غير ممكن وانما يمكن الادخار في الحنطة وذكر في الذخيرة واذا وكل رجلا بان يشتري له طعاما ودفع اليه الدراهم صح التوكيل استحسانا وينصرف التوكيل الى الحنطة ودقيقها وخبزها ويحكم الدراهم في تعيين احد منها ان كانت الدراهم قليلة بحيث لا يشتري بمثلها في العرف الا الخبز فالتوكيل ينصرف الى الخبز الى آخره ثم قال قال القدوري اذا كان الرجل قد تحنط

قال واذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه وهذا لان الخصم المدعي في المشتري كالشفيع وغيره

وليته يعلم ان مراده من التوكيل الخبز وان كثرت الدراهم فاذا اشترى الخبز في هذه الصورة يجوز على الامر الى هنا كلام صاحب النهاية وقال صاحب الغاية بعد نقل راي صاحب النهاية هنا من ان المعبر عنه لقيل غير مخالف للاول بل هو داخل فيه واقول في تحقيق ذلك العرف ليصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها والدراهم بقلتها وكثرتها وسطتها تعين افراد ما عينه العرف وقد يعرض ما يترجح على ذلك وليصرفه الى خلاف ما حمل به عليه مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة ليشتري بها طعاما فاشترى بها خبزا وقع على الوكالة للعلم بان المراد ذلك انتهى وطعن فيه بعض الفضلاء حيث قال نسبة هذا الكلام الى نفسه عجيب فان صاحب النهاية ذكره يدل على ما قاله من المبسوط والذخيرة ولا يذهب عليك ان ما ذكره بقوله اقول الخ هو ما في الذخيرة بعينه انتهى واقول لا يذهب على المتامل في كلام صاحب الغاية ان نسبته الى نفسه ليست بمحل التعجب لانه اراد بيان وجه ما ذكره اولا من اصل المسئلة وبيان طريق دخول ما ذكره ثانيا لقيل في الاول وبيان التوفيق بين ما ذكره القدوري وبين ما ذكره هنا لقيل وفي الذخيرة يتحكم الدراهم وقصد افادة هذه المعاني الثلاثة بكلام موجز جامع فقال العرف ليصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها افادة للمعنى الاول وقال الدراهم بقلتها وكثرتها وسطتها تعين افراد ما عينه العرف افادة للمعنى الثاني وقال يعرض ما يترجح على ذلك وليصرفه الى خلاف ما حمل عليه الخ افادة للمعنى الثالث ولا يخفى ان هذا المجموع سيما هذا التركيب والترتيب ليس بعين ما ذكر في الذخيرة ولا في غيرها وان كان مما يفهم من كلماتهم المتفرقة فلا عيب في ان يفرده تحقيقا وينسبه الى نفسه ثم اقول بقي هنا اشكال وهو ان المذكور في مسئلة الكتاب ان التوكيل بشراء الطعام يقع على الحنطة ودقيقها ولم يذكر فيها الخبز وكذا في مسئلة المبسوط والمذكور في التحقيق المزبور ان العرف يصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها بدون ذكر الخبز فكيف يتم القول بان ما ذكر ثانيا لقيل داخل في الاول وقد ذكر فيه الخبز ايضا دون الاول وكيف يصح ما ذكر في التحقيق المزبور من ان الدراهم بقلتها وكثرتها وسطتها تعين افراد ما عينه العرف والخبز لم يدخل فيما عينه العرف على ما ذكر فيه لا يقال يجوز ان يدرج الخبز في الحنطة ودقيقها المذكورين او ان يجعل في حكمهما فيكتفى بذكرهما عن ذكره لانا نقول لا مجال لشيء من ذلك لانهم جعلوا الخبز قسيما للحنطة ودقيقها في الذكر والحكم حيث قالوا ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق فاني يتيسر ذلك نعم قد ذكر الخبز مع الحنطة ودقيقها في الذخيرة في اصل المسئلة وبيان تحكيم الدراهم كما مر تفصيله عند نقل كلام صاحب النهاية فح لا اشكال ولكن الكلام في تصحيح مسئلة الكتاب ومسئلة المبسوط على القول بكون الكلام الثاني داخلا في الاول فتامل قال اي القدوري في مختصره واذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب اي فللوكيل ان يرد ما اشتراه على البائع بسبب العيب فيه ما دام المبيع في يده لانه اي الرد بالعيب من حقوق العقد اي من حقوق عقد الشراء وهي كلها اليه اي الحقوق كلها ترجع الى الوكيل في مثل هذا العقد فان سلمه الى الموكل اي فان سلم الوكيل المبيع الى الموكل لم يرده الا باذنه اي لم يرده على البائع الا باذن الوكيل لانه انتهى حكم الوكالة اي انتهى حكم الوكالة بتسليمه الى الموكل فخرج من الوكالة وانقطع حقه ولان فيه اي في الرد بالعيب بعد التسليم الى الموكل ابطال يده اي يد الموكل الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه اي باذن الموكل الذي هو صاحب اليد الحقيقية ولهذا اي ولاجل كون الحقوق كلها الى الوكيل كذا قيل في كثير من الشروح اقول فيه نظر لان هذا التفسير انما يتم بالنظر الى قول المصنف ره فيما سياتي قبل التسليم الى الموكل لا بالنظر الى قوله لا بعده كما لا يخفى مع ان كلامنا في خيار هذا التفريع كما ترى فالحق في التفسير ان يقال اي لما ذكرنا من الادلة على جواز الرد في صورة عدم جوازه في اخرى كان اي الوكيل خصما لمن يدعي في المشتري وهو اي كالشفيع اذا ادعى حق الشفعة في المشتري وغيره اي وغير الشفيع كمن يدعي الاستحقاق

قبل التسليم الى الموكل لا بعده **قال** ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به دفعا للحاجة على ما مر مراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز

في الشرى من حيث الملك قبل التسليم الى الموكل متعلق بقوله كان خصما ان كان الوكيل خصما لذلك المدعي قبل التسليم الى الموكل لا بعده اي لم يكن خصما له بعد التسليم اليه قال اي القدوري في مختصره ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم يعني اذا وكل شخصا ان يعقد عقد الصرف او يسلم في مكيل مثلا ففعل جاز لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به دفعا للحاجة على ما مر في اول كتاب الوكالة وهو قوله كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره قال جمهور الشراح يرد عليه مسئلة الوكالة من جانب المسلم اليه فانها لا يجوز مع ان المسلم اليه لو باشر بنفسه لقبول المسلم يجوز فمنهم من لم يجب عنه ومنهم من اجاب عنه فقال صاحب غاية البيان فجوابه ان القياس ان لا يملكه المسلم اليه ايضا لكونه بيع المعدوم الا انه جوز ذلك من المسلم اليه رخصة له دفعا لحاجة المفاليس وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وما ثبت بخلاف القياس يقتصر على مورد النص فلم يجز توكيل غيره او نقول جاز المعدول ضرورة دفع حاجة المفاليس والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلم يظهر اثره في التوكيل ولم يرد نقضا على كلي الذي قاله القدوري لان تملك المسلم اليه العقد بنفسه لعارض الضرورة والعوارض لا يقدح في القواعد وقال هذا ما سمح به خاطري في هذا المقام وقد تبعه صاحب النهاية في كلامه وهي جوابه لكنه اجملها اقول في كل واحد منهما نظر اما في الاول فلانه منقوض بعقد الاجارة مثلا لانه كما يجوز ان يباشره الانسان بنفسه يجوز ان يوكل به غيره بلا خلاف مع انه ثابت ايضا على خلاف القياس بالنص كما سياتي في اول كتاب الاجارة ثم ان الظاهر ان مورد النص مجرد جواز عقد السلم من غير تعرض للمباشرة بنفسه فجواز التوكيل فيه على فرض لا ينافي الاقتصار على مورد النص كما ان جوازه في عقد الاجارة لم ينافي الاقتصار على مورد النص لاجل ذلك واما في الثاني فلانه مع انتقاضه ايضا بمثل عقد الاجارة يرد عليه ان في التوكيل ايضا ضرورة دفع الحاجة سيما اذا كان الموكل مريضا او شيخا فانيا او نحو ذلك فكون الثابت بالضرورة متقدرا بقدر الضرورة لا يمنع جواز التوكيل من جانب المسلم اليه ايضا لا يقال انما جاز بيع المعدوم في عقد السلم لضرورة دفع حاجة المفاليس الى الثمن لا لمطلق الضرورة والتي تتحقق في التوكيل ضرورة دفع حاجة الموكل الى العمل لا غير لانا نقول بل تحقق فيه التوكيل عند الحاجة اليه ضرورة دفع حاجة المفاليس الى الثمن ايضا مع زيادة فان المفلس العاجز المباشرة بنفسه اذا لم يقدر على توكيل غيره بقبول السلم يشتد حاجته الى الثمن قال المص ره ومراده التوكيل بالاسلام اي مراد القدوري بالتوكيل بعقد السلم التوكيل بالاسلام وهو توكيل رب السلم غيره بان يعقد عقد السلم ولفظ الاسلام انما يستعمل من جانب رب السلم يقال اسلم في كذا اذا اشترى شيئا بالسلم دون قبول السلم اي ليس مراده بذلك التوكيل بقبول السلم وهو التوكيل من جانب المسلم اليه لان ذلك اي لان التوكيل بقبول السلم لا يجوز فان الوكيل حينئذ يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره اي الموكل وهذا لا يجوز لان من باع ملك نفسه من الاعيان على ان يكون الثمن لغيره لا يجوز كذلك في الديون نص على ذلك محمد رحمه الله في باب الوكالة بالسلم من البيوع واذا بطل التوكيل من المسلم اليه بقبول عقد السلم كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام في ذمته ورأس المال مملوك له فاذا سلمه الى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا له عليه كذا في المبسوط وغيره فان قيل قد يجوز التوكيل بشيء يجب في ذمة الغير كما في التوكيل بالشراء فان الوكيل هو الطالب بالثمن والثمن يجب في ذمة الموكل فلم لا يجوز فيما نحن فيه توكيل المسلم اليه غيره بقبول السلم على ان يطالب الوكيل بتسليم المسلم فيه يجامع معنى الدينية فان المسلم فيه دين في دين المسلم اليه كالثمن في ذمة المشتري قلنا بين الدينين فرق لان المسلم فيه دين له حكم المبيع حتى لا يجوز الاستبدال به قبل القبض وليس الثمن حكم المبيع فلا يلزم من الجواز هناك الجواز ههنا كذا في النهاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية في الجواب عن السوال المذكور ان كلامنا فيما اذا كان المبدل في ذمة شخص وآخر يملكه بدله وما ذكرتم ليس كذلك فان الموكل بالشراء يملك المبدل ويلزم البدل في ذمته وقال فان قيل فما جعل المسلم فيه

فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به حقوق العقد كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة في العقد كالقبض يستعمل كلامه المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح

في ذمة الموكل والمال له كما في صورة الشراء فالجواب هو الجواب عن السوال الاول المذكور آنفا انتهى كلامه اقول انه عدل ههنا من نهج الصواب حيث قصد التصرف الزائد ولكن افسد لان مال جواب الاعتراف بعدم تمام الدليل الذي ذكره المص ره والمصير الى دليل آخر حاصل من الجواب عن السوال الاول حاصله ان جواز قبول السلم ثابت بالنص على خلاف القياس وبالضرورة فيقتصر على مورد النص ويتقدر بقدر الضرورة فلا يتعدى الى الامر به والدليل الذي ذكره المص ره مما تقتضيه السلف والخلف بالقبول فلا وجه للاعتراف بعدم تمامه مع تحقق المخلص عن السوال المذكور بالجواب الذي ذكره غيره على ان الجواب عن السوال الاول قد عرفت عدم تمامه بما اوردنا عليه فيما قبل فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد هذا لفظ القدوري في مختصره اي ان فارق الوكيل بعقد الصرف والسلم صاحبه الذي عقد معه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض يعني ان من شرط الصرف والسلم قبض البدل في المجلس فاذا وجد الافتراق فيهما من غير قبض لم يوجد الشرط فيبطل العقد قال صاحب النهاية هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد واما اذا كان حاضرا في مجلس العقد يصير كان الموكل صارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل كذا ذكره الامام خواهر زاده انتهى وكذا قال اكثر الشراح وعزوه الى الامام خواهر زاده وقال الزيلعي في التبيين وهذا مشكل فان الوكيل اصيل في باب البيع حضر الموكل العقد او لم يحضر انتهى ولا يعتبر مفارقة الموكل اي لا يعتبر مفارقته قبل القبض لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه اي قبض الوكيل بدل الصرف وان كان لا يتعلق به حقوق العقد اي وان كان الوكيل ممن لا يتعلق به حقوق العقد كالصبي والعبد المحجور عليه لان القبض في الصرف من تتمة العقد فيصح ممن يصدر عنه العقد اقول لو قال المصنف ره في اثناء التعليل والمستحق بالعقد قبض العاقد والقبض من العاقد وهو الوكيل فصح قبضه والقبض منه لكان اولى واليق اذ لا يخفى ان المدعى ههنا وهو قوله ولا تعتبر مفارقة الوكيل عام لبابي الصرف والسلم كما ان قوله فيما قبله فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد عام لهما والدليل الذي ذكره ههنا خاص بباب الصرف لان التوكيل في باب السلم انما يصح من جانب رب السلم لا من جانب المسلم اليه كما مر والوكيل من جانب رب السلم ليس بقابض البدل بل هو المقبوض منه فلم تتناوله قوله والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وكان الدليل قاصرا عن افادة تمام المدعى بخلاف ما لو قال مثل ما ذكرناه فتدبر بخلاف الرسول متعلق بقوله فيصح قبضه ومعناه ان الرسول اذا قبض لا يصح قبضه فلا يتم العقد به وفي بعض النسخ بخلاف الرسولين اي الرسول في باب الصرف والرسول في باب السلم وليس معناه الرسول من الجانبين في الصرف والرسول من الجانبين في السلم اي من جانب رب السلم ومن جانب المسلم اليه لانه كما لا يجوز الوكالة من جانب المسلم اليه فكذلك لا يجوز الرسالة من جانبه كذا في الشروح لان الرسالة في العقد لا في القبض وذلك لان الكلام ههنا في مخالفة الرسول في العقد للوكيل في العقد في بابي الصرف والسلم ورسالة الرسول في العقد انما يثبت في العقد لا في القبض لان القبض خارج عن العقد ولا يدخل تحت الرسالة فيه هذا وقال صاحب العناية في توضيح قوله لان الرسالة في العقد لا في القبض والا لكان افتراق بلا قبض وفصل بعض الفضلاء مراده بان قال فان ذلك انما يكون اذا عقد المرسل بنفسه ولم يقبض وفارق صاحبه ثم ارسله اذ لا معنى للارسال قبل المفارقة انتهى اقول فيه بحث لان هذا انما يفيد ان لا يكون الرسالة في القبض فقط لا ان لا يكون في العقد والقبض معا وبدون دفع هذا الاحتمال لا يتم المطلوب ههنا كما لا يخفى تامل وينتقل كلامه الى المرسل اي وينتقل كلام الرسول في العقد الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح اي لم يصح قبض الرسول فلم يتم العقد به اقول ههنا اشكال وهو ان الرسالة في السلم انما يجوز من جانب رب السلم لا من جانب المسلم اليه كالوكالة فيه على ما صرحوا به فالمراد بالرسول في

قال وان دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على موكله لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله فان هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن عن يد الموكل فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده وله ان يحبسه حتى يستوفي الثمن

باب السلم هو الرسول من جانب رب السلم فقط ولا شك ان وظيفة رب السلم هي العقد وتسليم رب المال لا قبضه الذي هو من شرط عقد السلم وانما القبض وظيفة المسلم اليه فلا تتم الكلام بالنظر الى الرسول في باب السلم كما لا يخفى ثم ان هذا الاشكال الظاهر على نسخة بخلاف الرسولين وهي نسخة اطبق عليها الشراح حتى ان صاحب النهاية والكفاية شرحا هذه النسخة ولم يذكرا النسخة الاخرى اصلا وصاحب غاية البيان جعلها اصلا وذكر الاخرى نسخة وفسر كلهم الرسولين بالرسول في الصرف والرسول في السلم واما على نسخة بخلاف الرسول وكذلك ان جعل الرسول عاما للرسول في الصرف والرسول في السلم كما ذهب اليه كثير من الشراح حيث فسروا الرسول بالرسول في الصرف والرسول في السلم وكما افصح عنه صاحب الكافي حيث قال بخلاف الرسول اي في الصرف والسلم انتهى واما اذا جعل مخصوصا بالرسول في الصرف ليكون قوله بخلاف الرسول مطابقا لمتعلقه وهو قوله فيصح قبضه فان المعنى هناك فيصح قبض الوكيل بدل الصرف كما صرح به اكثر الشراح فيرتفع الاشكال

قال القدوري في مختصره واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع لم يكن متبرعا فله ان يرجع به اي بالثمن على الموكل لانه انعقدت بينهما اي بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية اي بيع حكمي فصار الوكيل كالبائع عن الموكل قال صاحب غاية البيان في تعليل هذا لان الملك ينتقل الى الوكيل اولا ثم ينتقل منه الى الموكل انتهى اقول هذا شرح الكلام المص بما لا يرضى صاحبه لان انتقال الملك اولا الى الوكيل ثم الى الموكل طريقة الكرخي والمص قد اختار فيما مر طريقة ابي طاهر وقال هو الصحيح احترازا عن طريقة الكرخي كما صرح به الشرح قاطبة ههنا ومنهم هذا الشارح وطريقة ابي طاهر ثبوت الملك ابتداء للموكل لكن خلافة عن الوكيل على طريق التفصيل فالوجه ان يحمل مراد المص ههنا ايضا على ذلك فان الملك وان ثبت للموكل ابتداء على طريقة ابي طاهر الا انه يثبت له خلافة عن الوكيل لا اصالة كما ذهب اليه الشافعي رح ولا يخفى ان هذا القدر كاف في انعقاد المبادلة الحكمية بينهما وان لم يكن كافيا في المبادلة الحقيقية لهذا اي ولانعقاد المبادلة الحكمية بينهما اذا اختلفا في الثمن يتحالفان والتحالف من خواص المبادلة ويرد الموكل بالعيب على الوكيل اي واذا وجد الموكل عيبا بالمشتري يرده على الوكيل وهذا ايضا من خصائص المبادلة لا يقال ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليها لانا نقول هذا دليل انى لا دليل لمى فلا ينافي الفرعية تامل وقد سلم المشتري للموكل اي والحال انه قد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه اي فيرجع الوكيل على الموكل بالثمن والحاصل انه لما كان الموكل كالمشتري من الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل رجع الوكيل بالثمن على الموكل قطعا ولان الحقوق دليل آخر لما كانت راجعة اليه اي لما كانت راجعة الى الوكيل وقد علمه الموكل اي علم رجوعها اليه فيكون اي الموكل راضيا بدفعه اي بدفع الثمن من ماله اي من مال الموكل وتحقيقه ان التبرع انما يتحقق اذا كان الدفع بغير امر الموكل والامر ثابت هنا دلالة لان الموكل لما علم ان الحقوق ترجع الى الوكيل ومن جملتها دفع الثمن علم انه مطالب بدفع الثمن لقبض المبيع وكان راضيا بذلك امرا به دلالة فان هلك المبيع في يده اي في يد الوكيل قبل حبسه اي قبل حبس الوكيل المبيع هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن اي لم يسقط عن الموكل هذا لفظ القدوري يعني ان هلاك المبيع في يد الوكيل قبل حبسه اياه لا يسقط الرجوع على الموكل لان يده اي يد الوكيل كيد الموكل فاذا لم يحبس اي الوكيل يصير الموكل قابضا بيده اي بيد الوكيل فالهلاك في يد الوكيل كالهلاك في يد الموكل فلا يسقط الرجوع وله اي للوكيل ان يحبسه اي ان يحبس المبيع عن الموكل حتى يستوفي الثمن سواء كان الوكيل دفع الثمن الى البائع او لم يدفع كذا في الشروح نقلا عن المبسوط قال في الذخيرة لم يذكر محمد رح في شيء من الكتب ان الوكيل اذا لم ينقد الثمن وسامحه البائع وسلم المبيع اليه هل له حق الحبس عن الموكل الى ان يستوفي الدراهم منه وحكى عن الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني ان له ذلك وانه صحيح لان حق الحبس للوكيل في موضع نقد الثمن لاجل بيع حكمي انعقد بين الوكيل والموكل وهذا المعنى لا يختلف بين النقد وعدمه انتهى وقال صاحب غاية البيان قلت هذا كلام عجيب من صاحب الذخيرة وكيف خفي عليه هذا وقد صرح محمد رح في الاصل في باب الوكالة في الشراء فقال واذا وكل الرجل رجلا ان يشتري له عبدا بالف درهم بعينها فاشتراه الوكيل وقبضه فطالب الامر اخذ العبد

لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل قال زفر ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكانه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا مما لا يمكن التحرز عنه فلا يكون رضا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف وضمان البيع عند محمد وهو قول ابي حنيفة رح وضمان الغصب عند زفر رح لانه منع بغير حق لهما انه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ولابي يوسف رح انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن

من الوكيل والى الوكيل ان يدفعه فللوكيل ان يمنعه ذلك حتى يستوفي الثمن في قول ابي حنيفة رحمه الله وان كان الوكيل نقد الثمن او لم ينقد فهو سواء الى هنا لفظ محمد رح في الاصل انتهى قال المصنف لما بينا انه اي الوكيل بمنزلة البائع من الموكل اشار به الى قوله لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية وللبائع حق حبس المبيع عن المشتري لقبض الثمن فكذا الوكيل وهذا لا يفصل بين ان يكون الوكيل دفع الثمن الى البائع اولا وقال زفر رح ليس له ذلك اي ليس للوكيل حبس المبيع لاستيفاء الثمن لان الموكل صار قابضا بيده اي بيد الوكيل حتى ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بدليل ان هلاكه في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل وكانه سلمه اليه اي وكان الوكيل سلم المبيع الى الموكل فيسقط حق الحبس تشريحه ان يد الوكيل يد الموكل حكما فلو وقع في يد الموكل حقيقة لم يكن للوكيل حق الحبس وكذا اذا وقع في يده حكما قلنا لنا طريقان في الجواب عنه سار احدهما التسليم ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل ومدار الآخر منع ذلك فاشار الى الاول بقوله وهذا اي القبض مما لا يمكن التحرز عنه يعني سلمنا ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل لكن هذا القبض مما لا يمكن التحرز عنه لان الوكيل لا يتوسل الى الحبس ما لم يقبض ولا يمكنه ان يقبض على وجه لا يصير الموكل به قابضا وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو فلا يسقط به حق الوكيل في الحبس لان سقوط حقه باعتبار رضاه تسليمه ولا تحقق منه الرضى فيما لا طريق له الى التحرز عنه واذا كان كذلك فلا يكون رضا بسقوط حقه في الحبس واشار الى الطريق الثاني بقوله على ان قبضه موقوف يعني على انا لا نسلم ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بل قبض الوكيل في الابتداء موقوف اي متردد بين ان يكون التتميم مقصودا للموكل وان يكون لاحياء حق نفسه وانما يتبين احدهما عن الآخر بحبسه فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه يعني ان لم يحبسه عن الموكل عرفنا انه كان عاملا للموكل فيقع له وان حبسه عنه عرفنا انه كان عاملا لنفسه وان الموكل لم يصر قابضا بقبضه فان حبسه اي حبس الوكيل المبيع فهلك اي المبيع كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف رح يعني يعتبر الاقل من قيمته ومن الدين فاذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة وضمان المبيع عند محمد رح يعني يسقط به الثمن قليلا كان او كثيرا وهذا الذي ذكر لفظ القدوري في مختصره ولم يذكر فيه قول ابي حنيفة رح كما لم يذكر في المختلف والمختصر غير ذلك لكن قال الشيخ ابو نصر البغدادي ذكر في الجامع قول ابي حنيفة رح مثل قول محمد رح فلذلك قال المص وهو اي قول محمد رح قول ابي حنيفة رح ولم يقل اي ضمان المبيع عند ابي حنيفة رح وجه رح ما هو اللائق اعتمادا على ما اذا اتخذ قولهما وضمان الغصب عند زفر رح يعني يجب مثله او قيمته بالغة ما بلغت قال في العناية فلا يرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه اكثر ويرجع الموكل على الوكيل اذا كانت قيمته اكثر انتهى وهو المفهوم مما ذكر في اكثر الشروح وقال الشارح تاج الشريعة فيرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه اكثر ويرجع الموكل على الوكيل ان كانت قيمته اكثر انتهى وهو المفهوم مما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية وهو الظاهر عندي على قول زفر رح تامل لانه اي الحبس منع بغير حق لما مر ان قبض الوكيل قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه فصار غاصبا لها اي لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انه اي الوكيل بمنزلة البائع منه اي من الموكل كما تقدم فكان حبسه لاستيفاء الثمن اذ للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن فيسقط اي الثمن بهلاكه اي بهلاك المبيع واعترض بانه لو كان كذلك لزم الضمان حبس او لم يحبس لان المبيع مضمون على البائع وان لم يحبس واجيب بانه اذا حبس يعين انه بالقبض كان عاملا لنفسه فتقوى جهة كونه بائعا فلزم الضمان واما اذا لم يحبس فقبضه كان لموكله فاشبه الرسول فهلك عنده امانة كذا في العناية اقول لقائل ان يقول كما انه يشبه الرسول يشبه البائع ايضا لانعقاد المبادلة الحكمية بينهما كما مر فان لم تجعل جهة مشابهته بالبائع ساقطة عن حيز الاعتبار فيما اذا لم يحبس المبيع لم يظهر وجه عدم الضمان في هذه الصورة كما لا يخفى واذا جعلت تلك الجهة ساقطة عن حيز الاعتبار في هذه الصورة فمع عدم ظهور علة الاسقاط فيها يلزم ان لا يتمشى فيها ما ذكر فيما سبق من تعليل مسئلة رجوع الوكيل بالشراء بالثمن على الموكل فيما اذا دفعه من ماله وقبض المبيع بانعقاد المبادلة الحكمية بينهما مع ان تلك المسئلة شاملة لصورتي الحبس وعدمه الحبس وعلتها انعقاد المبادلة الحكمية بينهما فتامل ولابي يوسف رح انه اي الهالك مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن اي بعد ان لم يكن مضمونا لانه لم يكن مضمونا قبل الحبس كما تقدم وصار مضمونا بعد الحبس وكل ما هو كذلك

وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان المبيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ اصل العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب برضى
الوكيل به قال واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف
درهم عند ابي حنيفة رح وقالا يلزمه العشرون بدرهم وذكر في بعض النسخ قول محمد رح مع قول ابي حنيفة رح ومحمد رح لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف رح
انه امره بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده
بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة انه امره بشراء عشرة ولم يامره بشراء الزيادة فنفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل

فهو بمعنى الرهن اشار اليه بقوله وهو الرهن بعينه يعني هو بمعنى الرهن وهذا لاثبات مدعاه وقوله بخلاف المبيع كنفي قولهما يعني ان المشتري المحبوس ههنا ليس
كالمبيع لان المبيع ينفسخ بهلاكه اي بهلاك المبيع وههنا لا ينفسخ اصل العقد يعني الذي بين الوكيل وبائعه واجاب المص رح عنه بقوله قلنا ينفسخ اي العقد
في حق الموكل والوكيل وان لم ينفسخ في حق البائع والوكيل ومثله لا يمتنع كما اذا رده الموكل بعيب اي اذا وجد الموكل عيبا بالمشتري فرده الى الوكيل برضى
الوكيل به فانه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل وان لم ينفسخ بينه وبين بائعه قال صاحب غاية البيان وهذا مغالطة على ابي يوسف رح لانه يفرق بين
هلاك المبيع قبل القبض في يد البائع وبين هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس ففي الاول ينفسخ البيع وفي الثاني لا وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب
لا يدل على انفساخه من الاصل اذا هلك في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك وانه لكما ترى فاسد لانه
اذا فرض ان الوكيل بائع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد بائع ليس بوكيل فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق بل اذا تاملت وجدت ما ذكر عن
جانب ابي يوسف رح غلطا او مغالطة وذلك لان البائع من الوكيل بمنزلة بائع البائع واذا انفسخ العقد بين المشتري وبائعه لا يلزم منه الفسخ بين
البائع وبائعه فكان ذكره احدهما يعني غلطا او مغالطة قال اي القدوري في مختصره واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم
من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم اي اذا كانت عشرة الارطال من ذلك اللحم يساوي قيمته درهما وانما قيد به لانه اذا كانت عشرة الارطال منه
لا تساوي درهما نفذ البيع الكل على الكل بالاجماع كذا في الذخيرة وسيأتي في الكتاب لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة رح وقالا يلزمه
العشرون الى هنا لفظ القدوري قال المصنف رح وذكر في بعض النسخ اي في بعض نسخ مختصر القدوري قول محمد رح مع قول ابي حنيفة رح وقال المص رح
ومحمد رح لم يذكر الخلاف في الاصل اي المبسوط فانه قال في آخر باب الوكالة بالمبيع والشراء منه واذا وكله ان يشتري له عشرة ارطال بدرهم لزم
الامر منها عشرة بنصف درهم والباقي للمامور لانه امره بشراء قدر مسمى فما زاد على ذلك القدر لم يتناوله امره وكان مشتريا لنفسه وفي القدر الذي يتناوله
امره قد حصل مقصوده وزاده منفعة بالشراء باقل مما سمى له فكان مشتريا للامر الى هنا لفظ الاصل ولم يذكر الخلاف كما ترى ولابي يوسف رح انه امره اي
ان الموكل امر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا يعني ان الوكيل لم يخالف الموكل فيما
امره وانما جاء ظنه مخالفا للواقع فليس على الوكيل من ذلك شيء سيما اذا زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين حيث جاز ذلك فكذا هذا
ولابي حنيفة رحمه الله انه امره بشراء عشرة اي بشراء عشرة ارطال لحم ولم يامره بشراء الزيادة وظن ان ذلك المقدار يساوي درهما وقد خالفه فيما امره به
فينفذ شراؤه اي شراء الزيادة عليه اي على الوكيل لكونه غير مامور به وشراء العشرة على الموكل اي وينفذ شراء العشرة على الموكل لانه اتيان بالمامور به فان
قيل ينبغي ان لا يلزم الامر عنده عشرة بنصف درهم ايضا لان هذه العشرة تثبت ضمنا للعشرين لا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز على قوله كما اذا قال
لرجل طلق امراتي واحدة فطلقها ثلثا لا يقع عنده الواحدة لثبوتها في ضمن الثلاثة والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه ايضا تبعا له قلنا
ذلك مسلم في الطلاق لان المتضمن لم يثبت هناك لا من الموكل لعدم التوكيل به ولا من الوكيل لان المراة مراة الموكل لا مراة الوكيل واما ههنا
اذا لم يثبت الشراء من الموكل ثبت من الوكيل لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل كما في سائر الصور التي خالف الوكيل الشراء فلما
ثبت المتضمن وهو العشرون ثبت ما في ضمنه وهو العشرة الا ان الوكيل خالف الموكل حيث اشترى العشرة بنصف درهم فهو مخالفة الى غير فينفذ على الموكل
ولان الثمن يتوزع على اجزاء المبيع فحينئذ كان الكل مقصودا فلا تحقق الضمن في الشراء كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام المحقق مولانا حميد الدين

بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا معزول فلم يحصل مقصود الآمر **قال** ولو وكله بشراء شئ بعينه ليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بحضرة الموكل

اقول الوجه الثاني من الجواب المذكور وهو قوله ولان الثمن يتوزع الخ واضح لا غبار عليه واما الوجه الاول منه فمشكل لا يقبل اذ بعد الاعتراف بان الشراء في المتضمن وهو العشرون يثبت من الوكيل دون الموكل كيف يتم القول بان ما في ضمنه وهو العشرة يثبت من الموكل ولا شك ان حكم ما في ضمن الشئ تبع حكم الشئ دائما فثبوت شراء العشرين من الوكيل لنفسه يستلزم ثبوت شراء العشرة التي في ضمنه منه ايضا فلا وجه لنفاذ شراء العشرين على الوكيل ونفاذ شراء العشرة التي في ضمنه على الموكل كما لا يخفى فان قلت ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما ذكر في الذخيرة والتتمة محالا الى المنتقى وهو انه اذا امره ان يشتري له ثوبا بعشرة فاشترى له ثوبين بعشرة كل واحد منهما يساوي عشرة قال ابو حنيفة رح لا يجوز البيع في واحد منهما وهناك ايضا حصل مقصود الآمر وزاده خيرا ومع ذلك لا ينفذ اشتراه على الآمر في شئ منهما فكيف نفذ هنا شراء العشرة على الموكل قلت يحتمل ان الفرق انما نشأ من حيث ان اللحم من ذوات الامثال كما اختاره صاحب المحيط لانه من الموزونات والاصل في المكيلات والموزونات ان تكون من ذوات الامثال وهي لا تتفاوت في القيمة اذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه لان الكلام فيما اذا كان اللحم مما يباع عشرة ارطال منه بدرهم فح كان للوكيل ان يجعل للموكل اي عشرة شئ بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم والثوبان وان كانا متساويين في القيمة لكن ذلك انما يعرف بالحزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل فيثبت حقه مجهولا فلا ينفذ عليه والى هذا اشار في التتمة فقال لاني لا ادري ايهما اعطيه بحصة من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن كذا في النهاية قال صاحب العناية بعد ان ذكر هذا الجواب ونسبه الى صاحب النهاية وهذا لا يمشي الا على طريقة من جعل اللحم مثليا واما عند غيره فلا بد من تعليل آخر ولعل ذاك ان يقال اللحم ايضا من ذوات القيم لكن التفاوت فيه قليل اذا كان من جنس واحد مفروض التساوي في القدر والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض بخلاف الثوب فان في تفرق الخلل في احتمال التساوي كثرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورفعة وابلة كونه حاصلا بصنع العباد محل السهو والنسيان فلا يلزم تحكمه من تحمل ما هو اقل منه خللا انتهى كلامه بخلاف ما استشهد به جواب عن تمثيل ابي يوسف رح المتنازع فيه بما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين لان الزيادة هناك اي فيما استشهد به بدل ملك الموكل ولا يجوز ان يستحقه الوكيل لا باذن الموكل ولا بغير اذنه ولهذا لو قال بع ثوبي هذا على ان ثمنه لك لا يصح فتكون له اي فيكون الزيادة للموكل قال صاحب العناية ورد بان الدرهم ملك الموكل فيكون الزيادة ملكه فلا فرق بينهما حينئذ والجواب ان الزيادة ثمنه مبدل منه لا بدل وكان الفرق ظاهرا والحاصل ان ذلك قياس المبيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق فاقل ذلك ان الالف الزائد لا يفسد لطول المكث بخلاف اللحم ويجوز صرفها الى حاجة اخرى فاجزه وقد تعذر ذلك في اللحم فتبطل انتهى كلامه اقول في كل واحد من الرد والجواب شئ فتامل بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم متعلق باصل المسئلة حيث يصير اي يصير الوكيل في هذه الصورة مشتريا لنفسه بالاجماع لوجود المخالفة لان الامر يتناول السمين وهذا اي ما اشتراه معزول فلم يحصل مقصود الآمر فلم يكن ذلك له قال اي القدوري في مختصره ولو وكله بشراء شئ بعينه فليس له اي للوكيل ان يشتريه لنفسه اي لا يجوز حتى لو اشتراه لنفسه يقع الشراء للموكل سواء نوى عند العقد الشراء لنفسه او صرح بالشراء لنفسه يقع الشراء لنفسه بان قال اشهدوا اني قد اشتريت لنفسي هذا اذا كان الموكل غائبا فان كان حاضرا وصرح الوكيل بالشراء يصير مشتريا لنفسه كذا في الشروح نقلا عن التتمة ووضع المسئلة في العبد في الذخيرة ثم قال وانما كان كذلك لان العبد اذا كان بعينه فشراؤه داخل تحت الوكالة من كل وجه فمتى اتى به على موافقة الآمر وقع الشراء للموكل نوى او لم ينو قال المص وفي تعليل مسئلة الكتاب لانه اي لان اشتراه لنفسه يؤدي الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه وذلك لا يجوز ولان فيه اي في اشترائه لنفسه عزل نفسه عن الوكالة ولا يملكه على ما قيل الا بحضرة من الموكل لانه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقد كذا في العناية وغاية البيان اقول يرد عليه ان العلم

فاذا ان التي اشتري فاشتري بغير النقود او وكيلا بشراء ما اشتري التي هو غائب يطالب الوكيل الاول في هذه الوجوه لانه لا يخالف امر الامر

بالعزل في باب الوكالة يحصل باسباب متعددة منها حضور صاحبه ومنها بعث الكتاب ووصوله اليه ومنها ارسال الرسول اليه وتبليغه الرسالة اياه ومنها اخبار واحد عدل او اثنين غير عدلين بالاجماع واخبار واحد عدلا كان او غيره عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقد صرح بهذا في عامة المعتبرات سيما في البدائع فاشتراط علم الآخر في صحة فسخ المتعاقدين العقد القائم بينهما لا يقتضي ان يملك الوكيل عزل نفسه الا بحضر من الموكل لان انتفاء سبب واحد لا يستلزم انتفاء سائر الاسباب فلا يتم التقريب اللهم الا ان يحمل وضع المسئلة على انتفاء سائر اسباب العلم بالعزل ايضا لكنه غير ظاهر من عبارات الكتب اصلا ويحتمل ان يكون السر في اقحام المص قوله على ما قيل الا ايما الى ذلك فتامل واعلم ان صاحب البدائع قال في بيان هذه المسئلة الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك ان يشتريه لنفسه واذا اشترى يقع الشراء للموكل لانه شراه لنفسه عزل نفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك الا بحضر من الموكل كما لا يملك الموكل عزله الا بحضر منه على ما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى ثم قال في موضعه وهو فصل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة ان الوكيل يخرج عن الوكالة باشياء منها عزل الموكل اياه ونهيه لان الوكالة عقد غير لازم فكان محتملا للفسخ بالعزل والنهي ولصحة العزل شرطان احدهما علم الوكيل لان العزل فسخ فلا يلزم حكمه الا بعد العلم بالفسخ فاذا عزله وهو حاضر العزل وكذا لو كان غائبا فكتب اليه كتاب العزل فبلغه الكتاب وعلم ما فيه العزل لان الكتاب من الغائب كالخطاب وكذلك لو ارسل اليه رسولا فبلغ الرسالة وقال ان فلانا ارسلني اليك يقول اني قد عزلتك عن الوكالة فانه ينعزل كائنا من كان الرسول عدلا كان او غير عدل حرا كان او عبدا صغيرا كان او كبيرا بعد ان بلغ الرسالة على الوجه الذي ذكرنا لان الرسول قائم مقام المرسل وسفير عنه فيصح سفارته بعد ان صحت عبارته على اي صفة كان وان لم يكتب كتابا ولا ارسل اليه رسولا ولكن اخبره بالعزل رجلان عدلان كانا او غير عدلين او رجل واحد عدل ينعزل في قولهم جميعا سواء صدقه الوكيل او لم يصدقه اذا ظهر صدق المخبر لان خبر الواحد العدل مقبول في المعاملات وان لم يكن عدلا فخبر العدد او العدل اولى وان اخبره واحد غير عدل فان صدقه ينعزل بالاجماع وان كذبه لا ينعزل وان ظهر صدق المخبر في قول ابي حنيفة رح وعندهما ينعزل اذا ظهر صدق المخبر وان كذبه الى هنا كلامه اقول لا يذهب عليك ان فيما بين كلامي المذكورين في الموضعين تدافعا فان ما ذكره في فصل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة صريح في صحة عزل الموكل الوكيل بشرط علم الوكيل سواء عزله بحضر منه او عزله بغيبة منه ولكن علم العزل بسبب من اسباب شتى على ما فصله وما ذكره اولا من قوله كما لا يملك الموكل عزله الا بحضر منه يدل على حصر صحة عزل الموكل للوكيل في صورة ان عزله بحضر منه كما ترى والعجب انه حال الاول على الثاني بقوله على ما ذكره في موضعه قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها اذا نكحها من نفسه بمثل المهر المامور به فانه يقع على الوكيل لا على الموكل مع انه لم يخالف في المهر المامور به واجيب بان النكاح الموكل به نكاح مضاف الى الموكل فان الوكيل بالنكاح لا بد ان النكاح الى موكله لا يقول زوجتك لفلان والموجود فيما اذا نكحها من نفسه ليس بمضاف الى الموكل فان النكاح من نفسه هو ان يقول تزوجتك فكانت المخالفة موجودة فوقع على الوكيل بخلاف التوكيل بشراء شيء بعينه فان الموكل به هنا شراء مطلق بمثل الثمن المامور به لا شراء مضاف الى الموكل فاذا اتى بذلك يقع على الموكل فلو كان الثمن مسمى يعني لو وكله بالشراء بثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه اي بخلاف جنس المسمى بان سمى دراهم مثلا فاشترى بدنانير او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود كالمكيل والموزون او وكل اي الوكيل وكيلا بشرائه فاشترى الثاني اي فاشترى الوكيل الثاني وهو وكيل الوكيل وهو غائب اي والحال ان الوكيل الاول غائب يثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه اي في هذه الوجوه الثلثة التي ذكرها المص تفريعا على مسئلة القدوري يعني انما لا يكون الشراء للوكيل فيما وكل بشراء شيء بعينه فاشتراه لنفسه اذا لم يوجد احد هذه الوجوه الثلثة اما اذا وجد فيكون الشراء للوكيل الاول لانه اي الوكيل الاول خالف امر الامر وهو الموكل اما اذا اشترى بخلاف جنس

فنفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضره رأيه فلم يكن مخالفا قال ولو وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى
عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل قال رضي الله عنه هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم
الآمر كان للآمر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق

ما سمي فظاهر وما اذا اشترى بغير النقود فان المتعارف نقد البلد والامر ينصرف اليه واما اذا وكل وكيلا بالشراء له فانه مأمور بان يحضر رأيه ليتحقق حال غيبته فنفذ
اي الشراء عليه اي على الوكيل الاول ولو اشترى الثاني اي الوكيل الثاني بحضرة الوكيل نفذ اي الشراء على الموكل الاول لانه حضر رأيه اي رأي الوكيل
الوكيل الاول فلم يكن مخالفا اي لم يكن الوكيل الاول مخالفا لامر آمره وذلك لانه اذا كان حاضرا يصير كانه هو المباشر للعقد الا يرى ان الاب اذا زوج
ابنته البالغة بشهادة رجل واحد بحضرتهما جاز فجعل كانهما من التي باشرت العقد وكان الاب مع ذلك الرجل شاهدين كذا في المبسوط قيل ما الفرق بين التوكيل
بالبيع والشراء والنكاح والخلع والكتابة اذا وكل غيره فيفعل الثاني بحضرة الاول او فعل ذلك اجنبي فبلغ الوكيل فاجازه يجوز وبين الوكيل بالطلاق والعتاق
فانه لو وكل غيره فطلق او اعتق الثاني لا يقع وان كان بحضرة الوكيل الاول والرواية في التتمة والذخيرة وجه الفرق بان العمل بحقيقة الوكالة في التوكيل بالطلاق
والعتاق متعذر لان التوكيل تفويض الرأي الى الوكيل وتفويض الرأي الى الوكيل انما يتحقق فيما يحتاج فيه الى الرأي ولا حاجة فيهما اذ انفردا عن ماله
الى الرأي فجعلنا الوكالة فيهما مجازا عن الرسالة لانها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل فصار المأمور فيهما مأمورا بنقل عبارة الآمر لا بشيء آخر
وتوكيل الآخر والاجارة ليس من النقل في شيء فلم يملك الوكيل وانما في البيع والشراء وغيرهما فالعمل بحقيقة الوكالة ممكن لانها مما يحتاج فيه الى الرأي فاعتبر
المأمور وكيلا والمأمور به حضور رأيه وقد حضر بحضوره او باجازته قال اي القدوري في مختصره وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا
ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل الى هنا لفظ القدوري قال اي المص رحمه الله رضي الله عنه هذه المسئلة على وجوه ان اضاف اي الوكيل
العقد الى دراهم الآمر كان للآمر هذا هو الوجه الاول من وجوه هذه المسئلة وقال المص وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله
يعني ان المراد بقول القدوري او يشتريه بمال الموكل الاضافة عند العقد الى دراهم الموكل دون النقد من مال الموكل بغير اضافة اليه لان فيه اي لان في النقد من مال الموكل تفصيلا
وخلافا فانه بعد ان يشتريه بدراهم مطلقة ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء للموكل وان نقد من دراهم الوكيل كان الشراء للوكيل وخلافا فانه اذا اتصادقا على انه لم يحضره
النية وقت الشراء فعلى قول محمد رح العقد للوكيل وعلى قول ابي يوسف رح يحكم النقد على ما يجيء وهذا بالاجماع اي الاضافة العقد الى دراهم الآمر يقع له بالاجماع وهو مطلق
اي قوله او يشتريه بمال الموكل مطلق التفصيل فيه فيحمل على الاضافة الى مال الموكل كذا قال جمهور الشراح في شرح هذا المقام اقول فيه نظر لانهم حملوا التفصيل المذكور في
قول المص ولان فيه تفصيلا على انه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان الشراء له وليس بصحيح لان ذلك التفصيل للنقد
المطلق لا للنقد من مال الموكل كما لا يخفى وما يصلح لترجيح كون المراد بقول القدوري او يشتريه بمال الموكل الاضافة الى دراهم الموكل دون النقد من ماله
انما هو وقوع التفصيل في النقد من مال الموكل لا وقوعه في النقد المطلق اذ لا مساس له بكلام القدوري فان المذكور فيه مال الموكل دون مطلق المال
ثم ان صاحب العناية قد سلك المسلك المذكور في شرح هذا المقام وزاد خللا حيث قال بعد ان ذكر وجوه هذه المسئلة واذا علمت هذه الوجوه ظهر لك ان
في النقد من مال الموكل تفصيلا اذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان
له وان نواه للموكل لا معتبر بالنقد انتهى فان قوله ولم ينو لنفسه قيد مفسد ههنا لانه اذا لم ينو لنفسه فان نوى للموكل لا يعتبر النقد اصلا كما صرح به فلا يصح
التفصيل الذي ذكره بقوله ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان لم ينو للموكل ايضا كان صدق ذلك
التفصيل على قول ابي يوسف رحمه الله فقط اذ على قول محمد رح يكون العقد حينئذ للوكيل كما سيجيء وكان ما ذكره مناسبا لشرح قول المص وخلافا لا لشرح
قوله تفصيلا وايضا انه بعد ما صح بان التفصيل انما هو في النقد من مال حيث قال ظهر لك ان في النقد من مال الموكل تفصيلا كيف يتيسر له بيان ذلك التفسير

وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذا الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا

في النقد المطلق بان قال ان نقدمن دراهم الموكل كان الشراء له وان نقدمن دراهم الوكيل كان له والحاصل ان الوكالة في تقرير صاحب العناية فحش اقول الحق في هذا المقام ان المص ره اراد بالتفصيل في قوله لان فيه تفصيلا وخلافا صورتي التكاذب والتوافق وبالخلاف الخلاف الواقع في صورة التوافق فالمعنى ان في النقد من مال الموكل تفصيلا فانه اذا نقدمن ماله واذا التكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع وان توافقا على انه لم يحضره النية فعند محمد رح هو للعاقد وعند ابي يوسف رح يحكم العقد ايضا وخلافا فانه اذا نقدمن ماله وتوافقا على عدم النية لاحدهما فعند محمد رح هو للعاقد وعند ابي يوسف رح يحكم النقد بخلاف الاضافة الى دراهم الامر فانه لا تفصيل ولا خلاف فيها فكان حمل كلام القدوري عليها اولى ثم اقول بقي لنا بحث فيما ذهب اليه المص ره ههنا وهو ان فيه اخلالا باصل المسئلة فان صورة ان اضاف العقد الى دراهم مطلقة وتكاذبا في النية لا يكون داخلة حينئذ في شئ من قسمي الاستثناء المذكور في كلام القدوري فيلزم ان يكون العقد في تلك الصورة للوكيل التبة بموجب ما بقي في الكلام بعد الاستثناء مع انه يحكم النقد فيها بالاجماع ففيما نقدمن مال الموكل يصير العقد له قطعا وان صورة ان ضاف العقد الى دراهم مطلقة وتوافقا على انه لم يحضره النية لا يكون داخلة ايضا في شئ من قسمي الاستثناء المذكور فيلزم ان يكون العقد غيبا ايضا للوكيل بموجب ما بقي بعد الاستثناء مع ان فيها خلافا كما سياتي فيلزم حمل كلام القدوري على ما فيه الخلاف ولم يقبله المص ره وبالجملة قد هرب المصنف ره في حل كلام القدوري ههنا عن ورطة ووقع في ورطة اخرى مثل الاولى بل اشد منها فما الفائدة فيه ولعل صاحب الكافي تفطن بذلك حيث زاد الاستثناء في موضع المسئلة فقال ولو وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل او ينقد من ماله وقال هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد بقوله او يشتريه بمال الموكل الى آخره وان اضافه الى دراهم نفسه اي ان اضاف الوكيل العقد الى دراهم نفسه كان اي العقد لنفسه هذا هو الوجه الثاني من وجوه هذه المسئلة حملا لحاله اي حال الوكيل على ما يحل له شرعا تعليل لقوله ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر يعني انه اذا اضاف العقد الى دراهم الآمر ينبغي ان يقع للآمر فكان واقعا للوكيل فلو وقع له كان غاصبا لدراهم الآمر وهو لا يحل شرعا كذا قال صاحب النهاية وعليه عامة الشراح اقول فيه نظر لان الغصب انما يلزم لو نقدمن دراهم الآمر واما اذا اضاف دراهم الآمر ولكن لم ينقدمن دراهمه بل نقدمن دراهم نفسه فلا يلزم الغصب قطعا وجواب مسئلة الاضافة الى دراهم الآمر متحد في الصورتين نص عليه في الذخيرة ونقل عنها في النهاية فلا يتم التقريب او يفعله عادة عطف على قوله يحل له شرعا وتعليل لقوله وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه يعني ان العادة جرت بان الشراء اذا كان مضافا الى دراهم معينة يقع لصاحب الدراهم فلما اضاف العقد ههنا الى دراهم نفسه وقع له حملا لامره على وفق العادة كذا في النهاية وعليه العامة قال تاج الشريعة بعد ان جرى في شرح كلام المصنف ره ههنا على الطريقة المذكورة وهي توزيع التعليل المزبور على المسئلتين ويجوز ان يكون التعليلان للمسئلة الاولى والحكم في المسئلة الثانية يثبت بطريق الدلالة لانه كما لا يحل له ان يشتري لنفسه ويضيف العقد الى دراهم غيره شرعا فكذا لا يحل له ان يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه اذ العادة جارية على انه لا يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه كذا على العكس انتهى وقال صاحب النهاية بعد ان سلك الطريقة المذكورة ويجوز ان يكون قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة دليلا على الوجه الاول والثاني يعلم بالدلالة فانه كما لا يحل له ان يشتري لنفسه ويضيف العقد الى دراهم غيره شرعا فكذا لا يحل له ان يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه والعادة مشتركة لا محالة ثم قال والاول اولى لان بالاول يصير غاصبا دون الثاني فلا امتناع فيه شرعا انتهى اقول ان قول المص ره اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا ينادي باعلى الصوت على ان التعليل المزبور لتتميمه معا للوجه الاول كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة فالاولى ان يجعل مجموع قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة

وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل وان كان في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد رح هو للعاقد لان الاصل ان كل واحد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف رح يحكم النقد فيه لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه لان مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلنا حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه

دليلا على الوجه الاول ويكتفى في العلم بالوجه الثاني بدلالة شقه الثاني اعني قوله او يفعله عادة على ذلك والانصاف ان في تحرير المص ره ههنا تعقيدا واضطرابا كما ترى ولهذا تحير الشراح في حله الوافي وشرحه الكافي وان اضافه اي العقد الى دراهم مطلقة هذا هو الوجه الثالث من وجوه هذه المسئلة وفيه تفصيل اشار اليه بقوله فان نواها اي الدراهم المطلقة للآمر فهو اي العقد للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه اي فالعقد لنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل اي في التوكيل بشراء عبد بغير عينه وكانت نيته معتبرة اقول لقائل ان يقول اذا نواها لنفسه ولكن نقد من دراهم الآمر ينبغي ان يكون العقد للآمر لئلا يلزم المحذور الذي ذكروه فيما اذا اضاف العقد الى دراهم الآمر من كونه غاصبا لدراهم الآمر فان قلت الغصب من صورة الاضافة الى دراهم الآمر في ضمن نفس العقد فيبطل العقد بطلانه واما في الصورة المذكورة ففي النقد من دراهم الآمر وهو خارج عن نفس العقد فلا يلزم من بطلانه بطلان العقد فافترقت الصورتان قلت الغصب ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة ولا شك ان هذا لا يتحقق في نفس الاضافة الى دراهم الآمر بل انما يتحقق في النقد من دراهمه فهو لم يوجد في ضمن نفس العقد في شيء من الصورتين المذكورتين بل انما وجد في النقد من دراهم الآمر وهو خارج عن نفس العقد في تينك الصورتين معا فلا يتم الفرق تدبر وان تكاذبا اي الوكيل والموكل في النية فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي يحكم النقد بالاجماع فمن مال من نقد الثمن كان المبيع له لانه اي النقد دلالة ظاهرة على ما ذكرناه من حمل حاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة وان توافقا على انه لم تحضره النية ففيه اختلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله قال محمد رح هو اي العقد للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه يعني ان الاصل ان يعمل كل احد لنفسه الا اذا ثبت جعله اي جعل العمل لغيره بالاضافة الى مال او بالنية له ولم يثبت اي والغرض انه لم يثبت وعند ابي يوسف رح يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا اي من غير تعيين نية يحتمل الوجهين وهما ان يكون العقد للآمر وان يكون لنفسه فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه فتعين به احد المحتملين ولان مع تصادقهما على انه لم تحضره النية يحتمل النية للآمر بان نوى له ونسيه وفيما قلناه اي في تحكيم النقد حمل حاله اي حال الوكيل على الصلاح وهو ان لا يكون غاصبا على تقدير النقد من مال الآمر كما في حالة التكاذب بقي الكلام في هذه المسئلة وهو ان الاضافة الى اي نقد كانت ينبغي ان لا يفيد شيئا لان النقود لا تتعين بالتعيين واجيب عن ذلك بانا لا نسلم ان الشراء بتلك الدراهم يتعين وانما نقول الوكالة تتقيد بها على ما سيجيء من ان النقود تتعين في الوكالات الا يرى انها لو هلكت قبل الشراء بها بطلت الوكالة واذا تقيدت بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة كذا في العناية وعليه جمهور الشراح واخذهم المبسوط اقول في الجواب بحث وهو ان النقود لا تتعين في الوكالات قبل التسليم بالاجماع وكذا بعده عند عامة المشائخ وانما تتعين بعده عند بعضهم على قول ابي حنيفة رح صرح به في عامة المعتبرات وسيظهر لك فيما سيجيء عن قريب وجواب مسئلة الاضافة الى دراهم الآمر والى دراهم نفسه سيد يكون الاضافة بعد التسليم وغير مختص بقول ابي حنيفة رح بل هو مطلق وبالاجماع كما تقرر فيما مر فكيف يتم ان يجعل مداره ما هو القيد والمختلفة فيه وكان الامام الزيلعي بينه لهذا حيث قال في شرح الكنز في تعليل مسئلة الاضافة الى ثمن معين لان الثمن وان كان لا يتعين لكن فيه شبهة التعيين من حيث سلامة المبيع به وقد تعين قدره ووصفه ولهذا لا يطيب له الربح اذا اشترى بالدراهم المغصوبة انتهى لكنه لم يات ايضا بما يشفي العليل ههنا كما ترى ثم اقول الاولى في الجواب ان يقال ليس العلة في كون العقد عن اضافة الى دراهمه تعين النقود بالتعيين بل حمل حاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة كما مر مبينا ومشروحا فلا ضير لعدم تعين النقود بالتعيين في مسئلتنا هذه وقد اشار اليه صاحب الكافي حيث قال والدراهم وان لم تتعين ولكن ان الظاهر ان المسلم لا يضيف شرى الشيء لنفسه الى دراهم الغير لانه منكر شرعا وعرفا انتهى قال المصنف ره والتوكيل في الاسلام بالطعام على هذه الوجوه المذكورة في التوكيل بالشراء وفاقا وخلافا وخصه

قال من امر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندی وقال الآمر اشتریتہ لنفسک فالقول قول الآمر وان کان دفع الیہ الالف فالقول قول المامور لان فی الوجہ الاول اخبر عما لا یملک استیناف وہو الرجوع بالثمن علی الآمر وہو ینکرہ القول للمنکر وفی الوجہ الثانی ہو امین یرید الخروج عن عہدۃ الامانۃ فیقبل قولہ ولو کان العبد حیا حین اختلفا لکان الثمن منقودا فالقول للمامور لانہ امین وان لم یکن منقودا فکذلک عند ابی یوسف ومحمد رح لانہ یملک استیناف الشراء فلا یتہم فی الاخبار عنہ وعند ابی حنیفۃ رح القول للآمر لانہ

بالذکر مع استفادۃ حکمہ من التوکیل بالشراء نفیا لقول بعض مشائخنا فانہم قالوا فی مسئلۃ الشراء اذا تصادقا انہ لم یحضرہ النیۃ فالعقد للوکیل اجماعا ولا یحکم النقد وانما الخلاف بین ابی یوسف ومحمد رحمہما اللہ فی مسئلۃ التوکیل بالاسلام وہم فرقوا بین مسئلۃ الشراء والسلم علی قول ابی یوسف رحمہ اللہ بان النقد اثر فی تنفیذ السلم فان المفارقۃ بلا نقد تبطل السلم فاذا جہل من لہ العقد یستبان بالنقد ولیس الشراء کذلک فکان العقد لعاقد عملا بقضیۃ الاصل کذا فی الشروح وفرق ابو یوسف رح بین ہذا وبین المامور بالحج عن الغیر اذا اطلق النیۃ عند الاحرام فانہ یکون عاقدا لنفسہ فان الحج عبادۃ والعبادات لا تتادی الا بالنیۃ فکان مامورا بان ینوی الحج عن المحجوج عنہ ولم یفعل فصار مخالفا یترک ما ہو الشرط واما فی المعاملات فالنیۃ لیست بشرط فلا یصیر بترک النیۃ عن الآمر مخالفا فیبقی حکم عقدہ موقوفا علی النقد کذا فی باب الوکالۃ بالسلم من مبسوط قال ای محمد رح فی الجامع الصغیر ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال ای المامور قد فعلت ومات عندی وقال الآمر اشتریتہ لنفسک فالقول قول الآمر فان کان ای الآمر دفع الیہ ای الی المامور الالف فالقول قول المامور لان فی الوجہ الاول وہو ما اذا لم یکن الثمن منقودا الی المامور اخبر ای المامور عما لا یملک استیناف ای استیناف سببہ وہو الرجوع بالثمن علی الآمر فان سبب الرجوع علی الآمر ہو العقد وہو لا یقدر علی استیناف لان العبد میت اذ الکلام فیہ والمیت لیس بمحل العقد فکان قول الوکیل فعلت ومات عندی لارادۃ الرجوع علی الآمر وہو ای الآمر ینکر ذلک والقول للمنکر فقول المصرح لا یملک استیناف معناہ لا یملک استیناف سببہ علی طریق المجاز بالحذف والضمیر المرفوع فی قولہ وہو الرجوع بالثمن راجع الی ما فی عما لا یملک استیناف وہذا ہو الوجہ الاحسن فی حل عبارۃ المصنف رح وہنا والیہ ذہب صاحب العنایۃ وقال انما قال وہو الرجوع ولم یقل وہو العقد لان مقصود الوکیل من ذکر العقد الرجوع بالثمن علی الآمر لا العقد لاجل الآمر فترک الواسطۃ وہی العقد وصرح بالمقصود وہو الرجوع وکان ذکر السبب وارادۃ المسبب وجاز ہذا لان الرجوع بالثمن علی الآمر مختص بالشراء لاجل الآمر والی ہذا التوجیہ ذہب اکثر الشراح قال فی الکفایۃ بعد ذکر ہذا وفی بعض النسخ لا یملک استیناف وہو بہذا یرید الرجوع بالثمن علی الآمر وہذا ظاہر انتہی وفی الوجہ الثانی وہو ما اذا کان الثمن منقودا الی المامور وہو ای المامور امین یرید الخروج عن عہدۃ الامانۃ فیقبل قولہ قال صدر الشریعۃ فی شرح الوقایۃ علل فی الہدایۃ فیما اذا لم یدفع الآمر الثمن بان الوکیل اخبر بامر لا یملک استیناف وفیما اذا دفع بان الوکیل امین یرید الخروج عن عہدۃ الامانۃ اقول کل واحد من التعلیلین شامل للصورتین فلم یتم بہ الفرق بل لا بد من انضمام امر آخر وہو ان فیما اذا لم یدفع الثمن یدعی الثمن علی الآمر وہو ینکرہ فالقول للمنکر وفیما اذا دفع الثمن یدعی الآمر الثمن علی المامور فالقول للمنکر الی ہنا کلامہ اقول لیس الامر کما زعمہ بل کل واحد من التعلیلین مخصوص بصورۃ اما الاول فلان قول المصرح فیہ وہو الرجوع بالثمن علی الآمر وہو ینکر والقول للمنکر لا یشمل الصورۃ الثانیۃ اذ الثمن فیہا مقبوض الوکیل فلا یرید الرجوع بہ علی الآمر قطعا وقد لیس ذلک علی القائل فی تحریرہ حیث ذکر اول التعلیل الاول وترک آخرہ الفارق بین الصورتین والعجب انہ ضم الی ما ذکرہ ما ہو فی معنی ما ترک واما الثانی فلان الثمن لیس بمقبوض الوکیل فی الصورۃ الاولی فلا یصح ان یقال فیہا انہ امین یرید الخروج عن عہدۃ الامانۃ فیقبل قولہ کما لا یخفی ولو کان العبد حیا حین اختلفا فقال المامور اشتریتہ لک وقال الآمر بل اشتریتہ لنفسک ان کان الثمن منقودا فالقول للمامور لانہ امین یرید الخروج عن عہدۃ الامانۃ فیقبل قولہ کما مر وان لم یکن ای الثمن منقودا فکذلک ای فالقول للمامور ایضا عند ابی یوسف ومحمد رحمہما اللہ لانہ یملک استیناف الشراء للآمر اذا العبد حی والحی محل للشراء فیملک ان یشتریہ فی الحال لاجل الآمر فلا یتہم فی الاخبار عنہ ای عن الشراء لاجل الآمر فان قیل ان وقع الشراء اولا للوکیل کیف یقع بعد ذلک حتی یملک استیناف بعینہ بان تملک استیناف الشراء ثانیا مع التصور فیمکن ان یتفاسخ الوکیل بالشراء مع بائعہ ثم یشتریہ لاجل الموکل کذا فی الشروح وعند ابی حنیفۃ رح القول قول الآمر لانہ ای لان الاخبار عن الشراء لاجل الآمر

موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك
ولا ثمن في يده ههنا وان كان امره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمامور سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع لانه
اخبر عما يملك استيناءه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه مثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر بخلاف غير المعين على ما ذكره لانه لا يملك

موضع تهمة بان اشتراه لنفسه اي بان اشترى الوكيل العبد لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة الزمها الآمر اي اراد ان يلزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن
منقودا لانه اي الوكيل امين فيه اي في الثمن او في هذا الوجه فيقبل قوله تبعا لذلك اي للخروج عن عهدة الامانة وكم من شيء يثبت تبعا ولا يثبت قصدا ولا ثمن
في يده ههنا اي لا ثمن في يد الوكيل فيما اذا كان العبد حيا والثمن غير منقود حتى يكون امينا فيقبل قوله تبعا للخروج عن عهدة الامانة فافترقا وان كان امره
بشراء عبد بعينه يعني ان كان التوكيل بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي اي والحال ان العبد حي فالقول للمامور سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا
بالاجماع اي هذا الوجه من وجوه هذه المسئلة بالاجماع بين ائمتنا الثلثة لانه اي المامور اخبر عما يملك استيناءه في الحال ولا تهمة فيه اي في اخباره عن ذلك
لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه مثل ذلك الثمن في حال غيبته اي في حال غيبة الموكل قيد به اذ في حال حضرة الموكل يملك شراءه لنفسه لانه
يملك عزل نفسه حال حضرته على ما مر اشار به الى قوله ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قبل الا بحضرة الموكل بخلاف غير المعين اي بخلاف ما اذا كان التوكيل
بشراء عبد بغير عينه فاختلفا على ما ذكرناه لابي حنيفة رح يعني ما ذكره فيما مر آنفا من جانب ابي حنيفة رح وهو قوله لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى
الصفقة خاسرة الزمها الآمر اقول لقائل ان يقول التهمة متحققة في صورة المتعين ايضا بان اشتراه لنفسه لكن لا على وجه الموافقة للآمر بل على وجه المخالفة
لكان اشتراه بخلاف جنس الثمن المسمى او بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه فاشتراه الثاني بنية الاول ثم لما رأى الصفقة خاسرة قال للآمر اشتريته لك بمثل
الثمن المسمى والوكيل بشراء شيء بعينه انما لا يملك شراءه لنفسه على وجه الموافقة للآمر والا على وجه المخالفة له باحد الوجوه الثلثة المذكورة فيملك قطعا على
ما مر في محله فما الدافع لهذا التهمة على قول ابي حنيفة رح ثم اقول في الجواب عنه ان احتمال ان اشتراه لنفسه شبهة وبعد ذلك احتمال ان اشتراه لنفسه على وجه
المخالفة لا على وجه الموافقة شبهة شبهة وقد تقرر عندهم ان الشبهة تعتبر وشبهة الشبهة لا تعتبر والتهمة في صورة غير المعين نفس الشبهة وفي صورة المعين شبهة الشبهة
فاعتبرت في الاولى ولم يعتبر في الثانية قال صاحب النهاية والكفاية فان قيل الولي اذا اقر بتزويج الصغيرة لا يقبل عند ابي حنيفة رحمه الله مع انه يملك استيناف
النكاح في الحال قلنا قوله يملك استيناءه وقع على قولهما وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول ابي حنيفة رح فكان في هذه المسئلة اتفاق الجواب مع اختلاف التخريج فلما
يكن قوله يملك استيناءه على قول ابي حنيفة رح لم يرد الاشكال على قوله او نقول لو كان في تزويج الصغيرة اخبار عند حضور شاهدين يقبل قوله عنده ايضا فكان
ذلك اثناء النكاح ابتداء فلا يرد الاشكال لما انه انما لا يقبل هناك اقراره بتزويج الصغيرة عند عدم الشاهدين لانه لا يتصور انشاء شرعا لعدم الشهود فكان
لا يملك استيناءه فاظهر الجواب عنده في المسألتين انتهى كلامهما وقال صاحب غاية البيان فان قلت الاصل في الدلائل الاطراد وهذا لا يطرد على اصل ابي حنيفة رح
لان الاب اذا اقر على الصغير والصغيرة بالنكاح لم يصح الاقرار الا بينة وكذا وكيل الزوج او الزوجة ومولى العبد اذا اقر بالنكاح لا يصح الا ببينة عند
ابي حنيفة رح خلافا لصاحبيه مع ان المقر يملك استيناف العقد قلت لا نم انه يملك استيناف العقد مطلقا بل يملك مقيدا بحال حضرة الشهود ولم يكن شهود النكاح
حضورا وقت الاقرار فلم يكن الانشاء بلا شهود وهذا هو الجواب الثاني وقول بعض الشارحين ان قوله يملك استيناءه وقع على قولهما وقوله ولا تهمة فيه وقع
على قول ابي حنيفة رح بعيد عن التحقيق لان المجموع دليل ابي حنيفة رح لا قوله ولا تهمة فيه وحده انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال وفي قوله لانم
انه يملك استيناف العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحث فان تملك الاستيناف دائر مع التصور كما ذكروا انتهى اقول هذا ساقط جدا لان مرادهم بالدوران
مع التصور الامكان الشرعي وما لم يحضر الشهود لم يكن انشاء النكاح شرعا وقد افصح عنه صاحبا النهاية والكفاية حيث قالا لانه لا يتصور انشاء شرعا لعدم الشهود
وافصح عنه صاحب الغاية ايضا حيث قال ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت الاقرار فلم يكن الانشاء بلا شهود فكون تملك الاستيناف دائرا مع التصور لا يقدح اصلا

ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم أنكر أن يكون فلان أمره ثم جاء فلان وقال أنا أمرته بذلك فإن فلانا يأخذه لأن قوله السابق إقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الإنكار اللاحق فإن قال فإن فلانا لم يأمره لم يكن ذلك له لأن الإقرار ارتد بردته قال إلا أن يسلمه المشتري له فيكون بيعا عنه وعليه العهدة لأنه مباشر بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير أمره حتى لزمه ثم سلمه للمشتري له ودلت المسألة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي فإن لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب

في قول صاحب الغاية لا تتم إنه يملك استيناف العقد مثلا بل يملك تعيين الحال حضرة الشهود ثم اعلم أن هذه المسألة على ثمانية أوجه كما صرح به في الكافي وغيره لأنه إما أن يكون التوكيل بشراء عبد بعينه أو بغير عينه وكل ذلك على وجهين إما أن يكون الثمن منقودا أو غير منقود وكل ذلك على وجهين إما أن يكون العبد حاضرا أو غائبا فهذه ثمانية أوجه منها في الكتاب مدللا ومفصلا كما عرفت فبقي منها وجهان وهما أن يكون التوكيل بشراء عبد بعينه ويكون العبد غائبا والثمن منقودا أو غير منقود وقد ذكرهما مع دليلهما صاحب العناية حيث قال في تقسيم التوكيل بشراء عبد بعينه وإن كان العبد غائبا والثمن منقودا فالقول للمأمور لأنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة وإن كان غير منقود فالقول للآمر لأنه أخبر عما لا يملك استيناءه ويريد بذلك الرجوع على الآمر وهو منكر فالقول له انتهى أقول ودليل الوجه الآخر منها محل إشكال فإن الآمر وإن كان منكرا لاشتراء المأمور للآمر لكنه معترف باشترائه لنفسه حيث قال للمأمور بل اشتريته لنفسك وقد تقرر أن التوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن بل يقع الشراء للموكل البتة فينبغي أن لا يكون لإنكار الآمر شراء المأمور للآمر حكم في هذا الوجه أيضا فتأمل

ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان أي لأجل فلان فباعه ثم أنكر أي المشتري أن يكون فلان أمره ثم جاء فلان وقال أنا أمرته بذلك فإن فلانا يأخذه يعني أن لفلان ولاية أخذه من المشتري وهذه المسألة من مسائل الجامع الصغير قال المصنف رحمه في تعليلها لأن قوله السابق أي قول المشتري السابق هو قوله لفلان إقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الإنكار اللاحق لأن الإقرار بالشيء لا يبطل بالإنكار اللاحق فإن قيل قوله لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتمل أن يكون معناه لشفاعة فلان كما قال محمد رح في كتاب الشفعة لو أن أجنبيا طلب من الشفيع تسليم الشفعة فقال الشفيع سلمها لك لثبات الشفعة استحسانا كأنه قال سلمت هذه الشفعة لأجلك قلنا اللام للتمليك والاحتمال المذكور خلاف الظاهر لا يصار إليه بلا قرينة وسؤال التسليم من الأجنبي قرينة في مسألة الشفعة ولهذا لو قال الشفيع ذلك بغير سبق سؤال التسليم لا يصح التسليم وليست القرينة بموجودة فيما نحن فيه كذا في الفوائد الظهيرية وذكر في الشروح فإن قال فلان لم آمره بذلك ثم بدا له أن يأخذه لم يكن له أي لم يكن له على العبد سبيل لأن الإقرار أي إقرار المشتري ارتد بردة أي برد فلان فإذا عاد إلى تصديقه بعد ذلك لم ينفعه لأنه عاد حين انتفى الإقرار فلم يصح تصديقه إلا أن يسلمه المشتري له روي لفظ المشتري برواية بكسر الراء وفتحها فعلى الكسر يكون المشتري فاعلا وقوله له أي لأجله ويكون المفعول الثاني محذوفا وهو إليه فالمعنى إلا أن يسلم الفضولي العبد الذي اشتراه لأجل فلان إليه وعلى الفتح يكون المشتري له مفعولا ثانيا بدون حرف الجر وهو فلان ويكون الفاعل مضمرا يعود إلى المشتري فالمعنى إلا أن يسلم الفضولي العبد إلى المشتري له وهو فلان ثم إن هذه الاستثناء من قوله لم يكن له أي لم يكن لفلان إلا في صورة التسليم إليه وإنما ذكر صورة التسليم إليه لأن فلانا لو قال أجزت بعد قوله لم آمره لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشتري لأن الإجازة تلحق الموقوف دون الجائز وهذا عقد جائز نافذ على المشتري كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح الجامع الصغير فيكون بيعا أي فيكون تسليم العبد بيعا مبتدأ وعليه العهدة أي وعلى فلان عهدة الأخذ بتسليم الثمن كذا فسر شيخ الإسلام البزدوي وفخر الدين قاضيخان ويدل عليه قوله لأنه صار مشتريا بالتعاطي كما لا يخفى كمن اشترى لغيره أي كالفضولي الذي اشترى لغيره بغير أمره حتى لزمه أي لزم العبد المشتري ثم سلمه للمشتري له حيث كان بيعا بالتعاطي قال فخر الإسلام وغيره في شروح الجامع الصغير ثبت بهذا أن بيع التعاطي كما يكون بأخذ وإعطاء فقد ينعقد بالتسليم على جهة البيع والتمليك وإن كان أخذا بلا إعطاء لعادة الناس وثبت به أن النفيس من الأموال والخسيس في بيع التعاطي سواء وأشار المص رح إلى ما قاله هؤلاء الشراح بقوله ودلت المسألة أي دلت هذه المسألة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن وهو أي البيع بالتعاطي يتحقق في النفيس والخسيس أي في نفيس الأموال وخسيسها لاستتمام التراضي أي لاستتمام التراضي في كل واحد منهما وهو المعتبر في الباب على الترتيب

قال اى من امر رجلا بان يشترى له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له احدهما جاز لان التوكيل مطلق فيجرى على اطلاقه وقد لا يتفق الجمع بينهما فى البيع
الا فيما لا يتغابن الناس فيه لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع ولو امره بان يشتريهما بالالف وقيمتهما سواء فعند ابى حنيفة رح ان اشترى احدهما بخمسمائة او
اقل جاز فان اشترى باكثر لم يلزم الامر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فينقسم بينهما نصفين دلالة فكان امرا بشرى كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة
وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشترى الباقى بقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان شرى الاول قائم وقد حصل
غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف وما ثبت لا لانقسام لا دلالة والصريح يفوقها وقال ابو يوسف ومحمد رح ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف مما يتغابن الناس
فيه وقد بقى من الالف ما يشترى بمثله الباقى جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولكن لا بد ان يبقى من الالف باقية يشترى بمثلها الباقى ليمكنه تحصيل غرض الامر قال
ومن امر رجلا ان يشترى بها هذا العبد فاشتراه جاز لان فى تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع وعين المبيع على ان ذكره ان شاء الله تعالى وان امره ان يشترى بها عبدا بغير عينه فاشتراه فالثمن

هو المعتبر فى باب البيع لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض فلما وجد التراضى فى النفيس والخسيس انعقد البيع بالتعاطى فيما خلا فالما يقول الكرخى ان البيع بالتعاطى
لا ينعقد الا فى الاشياء الخسيسة وقد مر ذلك فى اول كتاب البيوع قال اى محمد رح فى الجامع الصغير ومن امر رجلا ان يشترى له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى
احدهما جاز لان التوكيل مطلق يعنى ان التوكيل مطلق عن قيد اشتراهما متفرقين او مجتمعين فيجرى على اطلاقه وقد لا يتفق الجمع بينهما اى بين العبدين فى البيع فوجب
ان ينفذ على الموكل الا فيما لا يتغابن الناس فيه استثناء من قوله جاز اى جاز لشراء احدهما الا فيما لا يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز فيه لانه اى لان الوكيل المذكور
توكيل بالشراء وهو لا يحتمل الغبن الفاحش بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع فان ابا حنيفة رح يجوز البيع من الوكيل بالغبن الفاحش وهذا كله بالاجماع اى ما ذكر فى
هذه المسئلة كله بالاجماع وهو احتراز عما ذكرناه من التوكيل بالبيع وعن التوكيل لشراء العبدين باعيانهما وقد سمى له ثمنهما وهى المسئلة الثانية ولو امره ان يشتريهما بالف
اى لو امر رجلا بان يشترى العبدين بالف وقيمتهما سواء اى والحال ان قيمتهما سواء فعند ابى حنيفة رح ان اشترى احدهما بخمس مائة او اقل جاز اى جاز الشراء
ويقع عن الموكل وان اشترى باكثر قلت الزيادة او كثرت لم يلزم الامر بل يقع عن الوكيل لانه اى الامر قابل الالف بهما اى بالعبدين وقيمتهما سواء فينقسم اى
الالف بينهما نصفين دلالة اى من حيث الدلالة ويعمل بها عند عدم التصريح وكان امرا بشراء كل واحد منهما بخمس مائة ثم الشراء بها اى بخمس مائة موافقة
لامر الآمر وباقل منها اى فى الشراء باقل من خمس مائة مخالفة الى خير فيجوز وبالزيادة الى شر اى الشراء بالزيادة مخالفة الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز قال
الفقيه ابو الليث فى شرح الجامع الصغير احتمل ان المسئلة لا اختلاف فيها لان ابا حنيفة رح انما قال لم يجز شراؤه على الآمر اذا زاد زيادة يتغابن الناس فى مثلها و
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا الذى يتغابن الناس فى مثله انه لا يلزم الآمر فاذا حملت على هذا الوجه لا يكون فى المسئلة اختلاف واحتمل ان المسئلة فيها اختلاف
فى قول ابى حنيفة رح اذا زاد على خمسمائة قليلا او كثيرا لا يجوز على الآمر وفى قولهما يجوز اذا كانت الزيادة قليلا انتهى كلامه وقال شيخ الاسلام ان بعض مشائخنا
قالوا ليس فى المسئلة اختلاف فى الحقيقة فان قول ابى حنيفة رح محمول على ما اذا كانت الزيادة كثيرة بحيث لا يتغابن الناس فى مثلها فاما اذا كانت قليلة بحيث
يتغابن الناس فى مثلها يجوز عندهم جميعا لانه لا تسمية فى حق هذا الوجه فهو كالوكالة بشراء عبد له ولم يسم ثمنا فاشتراه باكثر من قيمته بما يتغابن الناس فى مثله
جاز كذا ههنا ثم قال والظاهر ان المسئلة على الاختلاف فانه اطلق الجواب على قول ابى حنيفة رح وفصله على قولهما انتهى والمصنف اختار ما ذهب اليه شيخ الاسلام
حيث قال وبالزيادة الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشترى الباقى بقية الالف قبل ان يختصما فيجوز حينئذ ويلزم الآمر استحسانا تعديه به لان جواب
القياس ان لا يلزم الآمر لثبوت المخالفة وبه اخذ مالك والشافعى رح واحمد رحمه الله ووجه الاستحسان ما ذكره بقوله لان شراء الاول قائم يعنى ان شراء العبد
الاول قائم لم يتغير حاله بالخصومة وقد حصل غرضه المصرح به اى وقد حصل عند اشتراء الباقى غرض الآمر الذى صرح به وهو تحصيل العبدين بالف وما ثبت لا لانقسام
اى لم يثبت الا دلالة والصريح يفوقها اى يفوق الدلائل يعنى ان الانقسام بالسوية انما كان ثابتا بطريق الدلالة واذا جاء الصريح وامكن العمل به بطلت الدلالة
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف مما يتغابن فيه وقد بقى اى والحال انه قد بقى من الالف ما يشترى بمثله الباقى
جاز ولزم الآمر لان التوكيل مطلق اى غير مقيد بخمسمائة لكنه يتقيد بالمتعارف وهو اى المتعارف فيما قلنا اى فيما يتغابن الناس فيه ولكن لا بد ان يبقى ان
الالف باقية يشترى بمثلها الباقى من العبدين ليمكنه اى ليمكن الموكل تحصيل غرض الآمر وهو تملك العبدين معا قال اى محمد رح فى الجامع الصغير ومن له على آخر الف فامره اى الآخر ان يشترى بها
اى بتلك الالف هذا العبد يعنى العبد المعين فاشتراه جاز ولزم الآمر قبضه او مات قبله عند المامور لان فى تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما ذكره ان شاء الله تعالى
فيجوز الى ما سيذكره بقوله بخلاف ما اذا عين البائع الخ ولو امره ان يشترى بها اى بالالف التى عليه عبدا غير عينه فاشتراه فمات فى يده اى فمات العبد فى يد المشترى

قبل ان يقبضه الآمر مات من مال المشتري وان قبضه الآمر فهو له وهذا عند ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه وقالا هو لازم للآمر اذا قبضه المأمور و
على هذا اذا امره ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه لهما ان الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا الا ترى انه لو تبايعا عينا
بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر ان يدفع وله ان الوكيل كفيل وله ان ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه الهاشمي في الاصل

قبل ان يقبضه الآمر مات من مال المشتري فالالف عليه وان قبضه الآمر فهو اي العبد له اي للآمر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو اي
العبد لازم للآمر اذا قبضه المأمور سواء قبضه الآمر اذا مات في يد المأمور قال المص ره وعلى هذا اي على هذا التفصيل اذا امره اي اذا امر من عليه الدين ان يسلم
ما عليه اي يعقد عقد السلم او يصرف ما عليه اي او يعقد عقد الصرف فان عين المسلم اليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق والا فعلى الاختلاف قال الشراح
وانما خصهما بالذكر لدفع ما عسى ان يتوهم ان التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس اقول فيه نظر اذ قد سبق في اوائل هذا الفصل مسئلة جواز التوكيل بعقد
الصرف والسلم مدللة ومفصلة مع التعرض باحوال القبض مستوفى فكيف يتوهم بعد ذلك عدم جواز التوكيل فيهما وهل يليق بشان المص ره دفع مثل ذلك التوهم نعم
عندي ان تخصيصهما بالذكر انما هو لازالة ما يرد في الذهن من ان التفصيل المذكور هل هو جار بعينه في بابي السلم والصرف ايضا ام لا بناء على ان لهما شانا مخصوصا
في بعض الاحكام فقوله هذا على نهج قوله فيما مر في آخر مسئلة التوكيل بشراء شيء بغير عينه والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه لهما اي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله
ان الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا يعني سواء كانت الدراهم والدنانير دينا ثابتا في الذمة او عينا غير ثابتة في الذمة وتقرر ذلك
بقوله الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد ويجب مثل الدين وكل ما لا يتعين بالتعيين كان الاطلاق والتقييد فيه سواء كصار
الاطلاق بان قال بالف ولم يقل نصفه الى ما عليه والتقييد بان اضافه الى ما عليه فيه اي في العقد المزبور سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر اي ويلزم العقد
الآمر وصار كما لو قال تصدق بمالي عليك على المساكين فانه يجوز ولابي حنيفة رح انها اي الدراهم والدنانير تتعين في الوكالات قال صاحب النهاية لكن
هذا على قول بعض المشايخ بعد التسليم الى الوكيل واما قبل التسليم اليه فلا تتعين في الوكالات ايضا بالاجماع لانه ذكر في الذخيرة وقال قال محمد رح في الزيادات
رجل قال لغيره اشتر لي بهذه الالف الدرهم جارية واراه الدراهم فلم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم اشترى الوكيل جارية بالف درهم لزم الوكيل
ثم قال والاصل ان الدراهم والدنانير لا تتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف لان الوكالات وسيلة الى الشراء فيعتبر بنفس الشراء والدراهم والدنانير
لا تتعينان في الشراء قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة الى الشراء واما بعد التسليم الى الوكيل هل تتعين اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا تتعين حتى تبطل الوكالة
بهلاكها لما ذكرنا ان الوكالة وسيلة الى الشراء والدراهم والدنانير تتعينان في الشراء بعد التسليم فكذا فيما هو وسيلة اليه ولان يد الوكيل يد امانة والدراهم
والدنانير تتعينان في الامانات وعامتهم على انها لا تتعين وفائدة التقيد والتسليم على قول عامة المشايخ شيئان احدهما توقف بقاء الوكيل ببقاء الدراهم المنقودة
فان العرف الظاهر فيما بين الناس ان الموكل اذا دفع الدراهم الى الوكيل يريد شراءه حال قيام الدراهم في يد الوكيل والثاني قطع رجوع الوكيل عن الموكل
فيما وجب للوكيل على الموكل وهذا لان شراء الوكيل يوجب دينين دينا للبائع على الوكيل ودينا للوكيل على الموكل الى هنا لفظ الشهادة وقال صاحب العناية
بعد نقل ما في النهاية بنوع اجمال ولقائل ان يقول فعلى هذا في كلام المص ره نظر لانه اثبت قول ابي حنيفة رح بقول بعض المشايخ الذين حدثوا بعد ابي حنيفة رح
بمائتي سنة والجواب ان المص ره لم يتعرض بان ذلك قول بعض المشايخ فلعل اعتماده ذلك كان على ما نقل عن محمد رح في الزيادات من التقييد بعدم التسليم
انتهى اقول ليس شيء السؤال ولا الجواب اما الاول فلان بعض المشايخ الذين حدثوا بعد ابي حنيفة رح لم يقولوا ما ذهبوا اليه من تعين النقود في الوكالات
بعد التسليم الى الوكيل باجتهادهم من عند انفسهم بل تخرجهم اياه من اصل ابي حنيفة رح كما هو حال اصحاب التخريج في كثير من المسائل فكان ما ذكره المصنف ره ههنا من تعليل
اثبات قول ابي حنيفة رح باصله على تخريج بعض المشايخ وامثال هذا اكثر من ان تحصى واما الثاني فلان حاصله ان المص ره اخذ ما ذكره ههنا من منفهم
قول محمد رح في الزيادات فلم يسلمها الى الوكيل غير وعليه ان محمد رح لم يذكر الخلاف هناك فان لم يكن ما ذكره على قول نفسه فقط فلا اقل من ان يكون في ذلك ما قال

الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلت الوكالة فاذا تعينت
كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشترى

ايضا فلو عمل بمفهوم القيد المذكور لزم ان يكون المشترى للوكيل عند محمد رح فيما اذا سلم الموكل الدراهم الى الوكيل وقال له اشتر بها عينا فاشتراه وقبضه فيملك
في يده قبل ان يقبضه الآمر مع ان قول محمد رح فيه قول ابي يوسف رح بخلافه كما صرح به قاطبة وذكر في مسئلة الكتاب واورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور
بوجه آخر حيث قال فيه نظر اذ لا يفصل ما في الكتاب بين ما قبل القبض وما بعده كما مر انتهى اقول هو مدفوع بحمل اطلاق ما في الكتاب على ما هو المقيد في كلام
الثقات اذ قد تقرر في الاصول ان المطلق والمقيد اذا ورد واتحد الحكم والحادثة يحمل المطلق على المقيد وههنا كذلك فتدبر الا ترى تنوير لتعين الدراهم والدنانير
في الوكالات انه اي الآمر لو قيد الوكالة بالعين منها اي من الدراهم والدنانير او بالدين منها ثم استهلك اي الآمر والوكيل العين كذا في معراج الدراية
ويجوز ان يكون استهلك على بناء المفعول او اسقط اي الموكل الدين بان ابرأه عن الدين بعد التوكيل كذا في معراج الدراية ايضا ويجوز فيه ايضا بناء المفعول
بطلت الوكالة جواب لو قيد الوكالة ونقل الناطفي في الاجناس عن الاصل ان الوكيل بالشراء اذا قبض الدنانير من الموكل وقد امره ان يشتري بها
طعاما فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن الدنانير الموكل ثم قال هذه المسئلة تدل على ان الدراهم والدنانير يتعينان في
الوكالة قال صاحب النهاية انما قيد بعيني المص وبالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك والدليل على هذا
ما ذكره الامام قاضيخان في السلم من بيوع فتاواه فقال رجل دفع الى رجل عشرة دراهم ليشتري بها ثوبا قد سماه فانفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل واشترى
ثوبا للآمر بدراهم نفسه فان الثوب للمشتري لا للآمر لان الوكالة تقيدت بتلك الدراهم فبطلت الوكالة بهلاكها ولو اشترى ثوبا للآمر ونقد الثمن من مال
نفسه وامسك دراهم كان الثوب للآمر ويطيب له دراهم الموكل استحسانا كالوارث او الوصي اذا قضى دين الميت بمال نفسه انتهى كلامه اقول دلالة ما نقله
عن الامام قاضيخان على ان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك ممنوعة غاية الامر انه صور المسئلة فيما انفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل ولا يلزم منه ان لا يكون
الحكم كذلك فيما اذا هلكت دراهم الموكل بغير صنع الوكيل الا يرى انه قال فبطلت الوكالة بهلاكها ولم يقل باستهلاكها ولو كان مراده الفرق بين الاستهلاك والهلاك
لما قال كذلك وقال صاحب غاية البيان قال بعض الشارحين انما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك
وهذا الذي ذكره مخالف لما ذكر وافي شروح الجامع الصغير في هذه الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة فاقول كان المص
قيد بالاستهلاك حتى لا يتوهم متوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم كما في هلاك المبيع قبل التسليم الى هنا
كلامه وقال صاحب النهاية ثم قال صاحب النهاية انما قيد بالاستهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص به ونقل من كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسئلة تدل
على ذلك ورد بانه مخالف لما ذكره في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة بل انما قيد المص
بذلك لئلا يتوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فيقوم مثلها فيصير كان عينها باقية فذكر الاستهلاك لبيان
تساويهما في بطلان الوكالة بهما انتهى اقول حاصل ما ذكره ما قاله صاحب الغاية خلافا قوله ونقل من كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسئلة تدل على ذلك وانه
ليس بسديد اذ لم يجد في نسخ النهاية ههنا مسئلة منقولة عن الذخيرة تدل على ذلك بل المذكور فيها ههنا انما هي مسئلة فتاوى قاضيخان كما نقلناه فيما قبل
واذا تعينت اي الدراهم والدنانير وهذا من تتمة الدليل وتقريره ان الدراهم والدنانير تتعين في الوكالات واذا تعينت كان هذا اي التوكيل المذكور
تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله اي ذلك الغير بقبضه اي بقبض الدين وذلك اي تمليك الدين على الوجه المزبور لا يجوز لعدم القدرة
على التسليم كما اذا اشترى بدين على غير المشتري بان كان لزيد على عمرو مثلا دين فاشترى زيد من آخر شيئا بذلك الدين له على عمرو فانه لا يجوز وكان تقديره

او يكون امر بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا
عنه في القبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل المال لله تعالى وهو معلوم واذا لم يصح

كما اذا اشترى المشتري شيئا بدين على غير نفسه كذا في النهاية وعليه اكثر الشراح وقال تاج الشريعة في شرح هذا المقام اي كما اذا اشترى هذا المأمور بدين
هو حق الآمر على غير هذا المأمور انتهى ووافقه صاحب الغاية حيث قال يعني كما اذا اشترى الوكيل بدين على غيره كما اذا امره زيد مثلا اي يشتري بدين لزيد على عمرو
شيئا من آخر فانه لا يجوز لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين فكذا فيما نحن فيه انتهى وبين المعنيين تغاير لا يخفى او يكون امر الصرفة اي يدفع ما لا يملكه الا بالقبض
قبله اي قبل القبض متعلق بصرف وهذه الجملة عطف على قوله كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين والمعنى او يكون التوكيل المذكور امرا من رب الدين للمديون
يدفع ما لا يملكه رب الدين الا بالقبض قبل القبض وذلك لان الديون تقضى بامثالها فكان ما ادى المديون الى البائع والى رب الدين ملك المديون ولا يملكه
الدائن قبل القبض وذلك باطل اي امر الانسان بدفع ما لا يملكه باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت فانه باطل لانه امر بصرف ما لا يملكه الامر الا بالقبض
الى من يختاره المديون بنفسه بخلاف ما اذا عين البائع يعني بخلاف ما اذا كان الموكل عين البائع فان التوكيل صحيح هناك لانه اي البائع يصير اولا وكيلا عنه
اي عن الموكل في القبض لصحة التصرفة بقدر الامكان ثم يتملكه اي ثم يتملكه البائع فيصير قابضا لرب الدين اولا ثم يصير قابضا لنفسه كما لو وهب دينه على غيره ووكل
الموهوب له بقبضه وكذا اذا عين المبيع لان في تعيين المبيع تعيين البائع كما مر في صدر المسألة فصار كما لو عين البائع ومتى ابهم المبيع او البائع يكون البائع
مجهولا والمجهول لا يصلح وكيلا قيل يشكل بما لو آجر حمامه باجرة معلومة وامر المستأجر بالمرمة من الاجرة فانه يجوز وان كان هذا امرا بتمليك الدين من غير من عليه الدين
وهو الاجير من غير ان يوكله بقبضه لان الاجير مجهول وتوكيل المجهول لا يصح واجيب بان ذلك قولهما ولئن كان قول الكل فانما جاز باعتبار الضرورة فان المستأجر
لا يجد الآجر في كل وقت فجعلنا الحمام قائما مقام الآجر في القبض كذا في الكفاية وغيرها واعترض بانه لو اشترى شيئا بدين على آخر ينبغي ان يجوز بجعل البائع وكيلا
بالقبض اولا لكونه معنيا واجيب بان عدم الجواز هنا لكونه بيعا بشرط وهو اداء الثمن على الغير كذا في الغاية وبعض الشروح اقول في هذا الجواب بحث اما اولا
فلان البائع لو جعل هنا وكيلا بالقبض لم يكن العقد بيعا بشرط اداء الثمن على الغير بل يكون اداء الثمن على المشتري بيده وكيله كما فيما اذا كان الموكل عين البائع
واما ثانيا فلان النقود لما لم تتعين في المعاوضات لم يلزم الاشتراط المذكور هنا اصلا واما ثالثا فلانه لو كان عدم الجواز هنا لكونه بيعا بشرط لكونه تمليك
الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقبضه لما كان لقول المص فيما مر آنفا كما اذا اشترى بدين على غير المشتري ارتباط بما قبله ولما كان لقول صاحب الغاية
في شرح ذلك فانه لا يجوز لذلك معنى فان امكن تخليص كلام المص ويحمل مراده بقوله كما اذا اشترى بدين على غير المشتري على المعنى الذي ذهب اليه بعض الشراح
دون المعنى الذي ذهب اليه اكثرهم كما عرفته فيما قبل لا يمكن تخليص كلام صاحب الغاية فانه ذهب الى ما ذهب اليه الاكثر فتأمل واجيب عن الاعتراض
المذكور في بعض الشروح بوجه آخر ايضا وهو ان البائع لو صار وكيلا فانما يصير وكيلا في ضمن المبايعة ولا بد من ان يثبت المتضمن بثبوت المتضمن والمبايعة لم تثبت
لما فيه من تمليك الدين من غير من عليه الدين فلا يثبت المتضمن بخلاف ما نحن فيه لان التوكيل بالقبض يثبت فيه بامر الآمر وانه يسبق الشراء وبخلاف
ما اذا وهب الدين من غير من عليه الدين حيث تصح الهبة ويثبت الامر من الواهب للموهوب له بالقبض في ضمن الهبة لان الملك يتوقف الى زمان القبض فيكون
التوكيل بالقبض سابقا على التمليك معنى وبخلاف ما اذا امره بالتصدق جواب عن قياسهما وعلى الآمر بالتصدق ولم يذكر في الكتاب وقد ذكرناه في سياق
دليلهما لانه اي الامر بالتصدق جعل المال لله تعالى ونصب الفقير وكيلا عن الله عز وجل في قبض حقه كذا في الكافي وغيره وهو معلوم اي الله تبارك
وتعالى معلوم وكان تعيين البائع في المسألة الاولى واما مسألة التصادق في الشراء بان لا دين له عليه فلان الدراهم والدنانير لا يتعينان في
الشراء عينا او دينا ولكن يتعينان في الوكالات فلما لم يتعينا في الشراء لم يبطلا الشراء ويبطلان الدين كذا ذكره الامام المرغيناني والحجندي وقاضيخان واذا لم يصح

التوكيل نفذ التصرف على المامور فهلك من ماله الا اذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطيا قال ومن دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها
فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المامور اشتريتها بالف فالقول قول المامور ومراده اذا كانت تساوي الفا لانه امين فيه وقد ادعى الخروج
عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فان كانت تساوي خمسمائة فالقول قول الآمر لانه مخالف حيث اشترى جارية تساوي
خمسمائة والآمر يتناول ما يساوي الفا فيضمن قال فان لم يكن دفع اليه الا الف فالقول قول الآمر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وان كانت قيمتها
الفا فمعناه انهما يتحالفان لان الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما
فيلزم الجارية المامور قال ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المامور بالف

التوكيل رجوع الى اول البحث يعني لما ثبت بالدليل ان التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بائعه غير صحيح نفذ الشراء على المامور فيهلك من ماله يعني اذا هلك هلك من
مال المامور الا اذا قبضه الآمر منه فانه اذا هلك حينئذ يهلك من مال الآمر لانعقاد البيع بينهما تعاطيا وكان هالكا في ملك الآمر قال الامام الزيلعي في الهيتين وذكر
في النهاية ان النقود لا يتعين في الوكالة قبل القبض بالاجماع وكذا بعده عند عامتهم لان الوكالة وسيلة الى الشراء فيعتبر بالشراء وعزاه الى الزيادات والذخيرة
فعلى هذا لا يلزمهما ما قاله ابو حنيفة رح والتعليل الصحيح له ان يقال ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فكذا التوكيل به وانما جاز في المعين لكونه امرا له
بالقبض ثم بالتمليك لا توكيلا للمدين بالتمليك وان لم يكن معينا لا يصح الامر لجهول وكان توكيلا للمدين بالتمليك في الاسلام والشراء والصرف ولا يجوز
الى هنا كلامه اقول فيه نظر اذ لا يلزمهما التعليل الذي ذكره ايضا اذ يجوز ان يقال من قبلهما ان عدم جواز تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يقتضي
عدم صحة التوكيل فيما نحن فيه فانه لما لم يتعين النقود في الوكالات ايضا لم يكن لتعيين الآمر الالف التي على المامور تاثير فيما امره من اشتراء عبد له بلا صح اشتراء
المامور عبدا له باية الف كانت فكان ذكر تلك الالف في التوكيل بشراء عبد له وعدم ذكرها فيه سواء فصح التوكيل وقد اشار اليه المص ره في اثناء دليلهما حيث قال وكان
الاطلاق والتقييد فيه سواء فصح التوكيل فلا بد في تمام التعليل من قبل ابي حنيفة رحمه الله من المصير الى تعين النقود في الوكالات وان كان على قول بعض
المشايخ كما فعله المصنف ره فلا بد وره في تدقيقه وتحقيقه قال محمد رح في الجامع الصغير ومن دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال
الآمر اشتريتها بخمس مائة وقال المامور اشتريتها بالف فالقول قول المامور الى هنا لفظ الجامع الصغير قال المص ره ومراده اي مراد محمد رح اذا كانت
اي الجارية تساوي الفا يعني ان الحكم المذكور وهو كون القول قول المامور فيما اذا كانت قيمة الجارية الفا لانه اي المامور امين فيه اي في الخصوص
المذكور وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو اي المامور ينكر والقول قول المنكر فان كانت
اي الجارية تساوي خمس مائة فالقول للآمر لانه اي الوكيل خالف اي خالف الآمر اي اشترى حيث اشترى جارية تساوي
خمس مائة والآمر يتناول ما يساوي الفا وايضا فيه غبن فاحش فيضمن اي المامور لانه لا يملك ان يخالف الآمر اي
يشتري لا ان يشتري بغبن فاحش قال اي محمد رح في الجامع الصغير وان لم يكن دفع اليه الا الف واختلفا فالقول قول
الآمر اما اذا كانت قيمتها اي قيمة الجارية خمس مائة فللمخالفة وتحققوا الغبن الفاحش كما مر آنفا وان كانت قيمتها الفا فمعناه اي فمعنى قول
محمد رح فالقول قول الآمر انهما يتحالفان ويندفع بما قيل في شرح الجامع الصغير ان الجارية اذا كانت تساوي الفا وجب ان تلزم الآمر سواء قال
المامور اشتريتها بالف او باقل منها لانه اذا اشتراها بالف كان موافقا للآمر وان اشتراها باقل منها كان مخالفا الى خير وكل ذلك يلزم الآمر كذا في العناية
وغيرها اقول بقي هنا شيء وهو ان المذكور في قول محمد رح فالقول قول الآمر والتحالف مخالف فكيف يكون هذا معنى ذاك والجواب الذي اشار اليه المص ره
في المسئلة الآتية بقوله وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع لا يمشي هنا كما لا يخفى على المتامل قال المص ره لان الموكل والوكيل في هذا اي في هذا الفصل
ينزلان منزلة البائع والمشتري للمبادلة الحكمية بينهما وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ يعني فاذا تحالفا يفسخ العقد الذي جرى بينهما اي بين الموكل
والوكيل وهو العقد الحكمي فتلزم الجارية المامور قيل هنا مطالبة وهي ان الوكيل اذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبر فيه المخالفة والامانة واذا لم يقبض
اعتبر فيه المخالفة والمبادلة فالحكم في ذلك واجب بان في الاول سبقت الامانة المبادلة والسبق من اسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثاني قال ابو محمد
في الجامع الصغير ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه ووقع الاختلاف في الثمن فقال الآمر اشتريته بخمس مائة وقال المامور اشتريت بالف

وصدق البائع العبد المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه قيل التحالف ههنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر وفي المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف
وقيل يتحالفان لما ذكرنا وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما بيع
فلا يصدق عليه فبقي الخلاف وهذا قول الامام ابي منصور وهو اظهر والله اعلم بالصواب

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

وصدق البائع اي بائع العبد المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه الى هنا لفظ الجامع الصغير قال المص لا تحالف ههنا وهو قول الفقيه ابي جعفر الهندواني
لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو اي البائع حاضر فيحصل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد ولو انشأ العقد لزم الامر فكذا ههنا وفي المسئلة الاولى هو اي
البائع غائب فاعتبر الاختلاف لعدم ما يرفعه ووجب التحالف وقيل يتحالفان في هذه المسئلة ايضا وهو قول الشيخ ابي منصور الماتريدي كما ذكرناه اي في المسئلة
الاولى من انهما نزلا منزلة البائع والمشتري ووقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ولما استشعر ان يقال كيف قيل انهما يتحالفان وقد نص محمد رح
في الجامع الصغير ان القول قول المأمور مع يمينه والتحالف مخالفه اجاب بقوله وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع يعني ان محمدا رح اكتفى
بذكر معظم اليمين من يمين التحالف وهو يمين البائع اي المأمور لانه بمنزلة البائع في العقد الذي جرى بينه وبين الآمر حكما وانما قال ان يمين البائع الذي
هو المأمور معظم يمين التحالف لانه مدع ههنا ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف واما المشتري وهو الآمر فمنكر وعلى المنكر اليمين في كل حال فلما كان يمين المأمور هو المختص بالتحالف
كان اعظم اليمينين ثم اذا وجب اليمين على المأمور وهو المدعي فلان تجب على الآمر وهو المنكر اولى كذا في الشروح قال الامام الزيلعي في التبيين بعد ما بين المقام
على هذا النمط هكذا ذكر المشائخ الا ان فيه اشكالا لانه وان كان يدل على ما ذكروا من حيث المعنى لكن لفظه لا يدل على ذلك فان قوله ان القول قول المأمور
مع يمينه يدل على ان المأمور تصدق فيما قاله وفي التحالف لا يصدق واحد منهما فلو كان مراده التحالف لما كان كذلك انتهى كلامه فقال والبائع بعد استيفاء الثمن
اجنبي عنهما هذا جواب عن تعليل القول الاول لقوله لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر يعني ان بائع العبد بعد استيفاء الثمن اجنبي عن الموكل والوكيل معا
وقبله اي قبل استيفاء الثمن اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما اي بين البائع والموكل بيع فلم يكن كلامه معتبرا فلا يصدق عليه اي على الموكل فبقي الخلاف بين الآمر
والمأمور فلزم الخلاف قال المص وهذا اي القول بالتحالف قول الامام ابي منصور رح وهو اظهر وقال صاحب الكافي وهو الصحيح ولكن جعل الامام قاضيخان
في شرح الجامع الصغير قول الفقيه ابي جعفر اصح قال الامام المحبوبي في شرح الجامع الصغير بعد هذا اذا تصادقا في الثمن عند التوكيل وان اختلفا فقال
الوكيل امرتني بالشراء بالف وقال الموكل لا بل بخمسمائة فالقول قول الآمر مع يمينه ويلزم العبد الوكيل لان الآمر يستفاد من جهته وكان القول قوله
فلو اقاما البينة فبينة الوكيل اولى لما فيها من زيادة الاثبات كذا في النهاية ومعراج الدراية اقول يرد على ظاهره ان وضع هذه المسئلة فيما اذا لم يسلم عند التوكيل الثمن
للعبد فكيف يصح ان يقول الامام المحبوبي بعد ذلك هذا اذا تصادقا على الثمن ويمكن الجواب بان التصادق في الثمن خلاف التحالف فيه فيتصور
بان يتصادقا على تسمية الثمن المعين وبان يتصادقا على عدم تسمية الثمن اصلا وبالجملة يجوز ان يكون التصادق على الثمن من حيث تسمية الثمن ومن حيث عدم تسميته والثاني وهو المراد
في قول الامام المحبوبي

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

لما كان شراء العبد نفسه من مولاه اعتاقا على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب ان يذكر
في فصل على حدة كذا في العناية وكثير من الشروح واستشكله بعض الفضلاء بان الكلام لا يتناول الا المسئلة الاولى ان اريد الشراء وكالة والا فلثانية لا غير
فيحتاج الى ان يكون تقدير الكلام في قوله لم يكن التوكيل به من مسائل الخ انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ المراد بالشراء ما هو عام للشراء وكالة وللشراء اصالة
فتناول الكلام المسئلتين معا واما الاحتياج الى ان يكون تقدير الكلام لم يكن التوكيل به من مسائل فصل التوكيل بالشراء فامر ضروري على كل حال لان المحذور
ان لا يكون التوكيل به من مسائل فصل التوكيل بالشراء الا ان يكون نفس شراء العبد نفسه من مسائل ذلك اذ نفس الشراء مطلقا ليس من مسائل التوكيل بالشراء
قطعا ثم اقول في استشكال ما في الشروح التوجيه الذي ذكروه لا يتناول المسئلة الثانية بل انما يتمشى في المسئلة الاولى لان شراء العبد نفسه من مولاه انما يصح

قال اذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من مولاي بالف ودفعها اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق بدل المامور سفير عنه اذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كانه اشترى نفسه واذا كان اعتاقا اعقب الولاء وان لم يبين للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن العمل بها اذا لم يبين فيحافظ عليها بخلاف شرى العبد نفسه لان المجاز فيه متعين

اعتاقا على مال ان لو كانت شراؤه نفسه من مولاه لنفسه واما اذا كان لغيره فلا والتوكيل في المسئلة الثانية انما هو شراء العبد نفسه من مولاه للموكل فان وافق العبد امر الآمر فشراؤه ليس باعتاق على مال لا صورة ولا معنى بل هو شراء محض وان خالف امره فكون شرائه اعتاقا على مال لا يناني كون التوكيل في تلك المسئلة من مسائل فصل التوكيل بالشراء اذ المسئلة لا تتغير عن وضعها بمخالفة المامور لامر الآمر كما في كثير من مسائل هذا الفصل وغيره واما التوكيل في المسئلة الاولى فانما هو بشراء رجل نفس العبد الموكل من مولاه لذلك العبد فاذا وافق وكيله امره فاشترى نفسه من مولاه لم يصر ذلك الشراء اعتاقا على مال معنى وان كان شراء صورة فجرى التوجيه المذكور في هذه المسئلة دون الاخرى فكان قاصرا قال في النهاية ومعراج الدراية ثم ان الالف واللام في قول المصنف ره في التوكيل بشراء نفس العبد بدل الاضافة وتلك الاضافة اضافة المصدر الى الفاعل والفاعل هو العبد بالنظر الى المسئلة الاولى اي توكيل العبد الاجنبي بشراء نفسه والاجنبي بالنظر الى المسئلة الثانية اي توكيل الاجنبي العبد بشراء نفسه انتهى وقال في العناية والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين ان يوكل العبد رجلا ليشتريه من مولاه وهو المسئلة الاولى وان يوكل العبد رجلا ليشتري نفسه من مولاه فالعبد في الاول موكل وفي الثاني وكيل وكلام المص ره يتناولهما لجعل الالف واللام بدلا من المضاف اليه وجعل المصدر مضافا الى الفاعل او المفعول وذكر احدهما متروك مثل ان يقول في توكيل العبد رجلا او في توكيل العبد رجل انتهى اقول تناول قول المص ره فصل في التوكيل بشراء نفس العبد للمسئلتين على كلا التقديرين انما يكون على سبيل البدل وفي ذلك تعسف لا يخفى فالاوجه ان يقدر كل واحد من المضاف اليه والمتروك امرا عاما مثل ان يقول فصل في توكيل احد آخر بشراء نفس العبد ليتناول عنوان هذا الفصل كل واحد من المسئلتين المذكورتين فيه على سبيل الشمول لا على سبيل البدل قال اي محمد رح في الجامع الصغير اذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى اي من مولاي بالف ودفعها اي دفع العبد الالف اليه اي الى الرجل الذي وكله فان قال الرجل اي الوكيل للمولى اشتريته اي العبد لنفسه اي لنفس العبد فباعه على هذا اي فباع المولى ذلك العبد على هذا الوجه فهو حر اي فذلك العبد حر يعني صار حرا والولاء للمولى اي وولاء ذلك العبد للمولى لان بيع نفس العبد منه اي من العبد اعتاق اي اعتاق على مال والاعتاق على المال يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك كما اشار اليه بقوله وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق بدل والمامور سفير عنه اي عن العبد حيث اضاف العقد اليه اذ لا يرجع عليه الحقوق اي لا يرجع الى المامور حقوق العقد لانه متى اضاف العقد الى العبد فقد جعل نفسه رسولا ولا عهدة على الرسول واذا كان كذلك فصار كانه اي العبد اشترى نفسه بنفسه اي بلا واسطة واذا كان اعتاقا اي واذا كان بيع نفس العبد اعتاقا لذلك العبد اعقب الولاء اي عقب الولاء للمعتق فثبت ان العبد في هذه الصورة صار حرا وكان ولاؤه لمولاه وان لم يبين للمولى اي ان لم يقل الوكيل اشتريت العبد لنفس العبد فهو عبد للمشتري يعني صار ملكا له لان اللفظ اي لان قوله اشتريت عبدك بكذا حقيقة للمعاوضة اي موضوع للمعاوضة دون الاعتاق وامكن العمل بها يعني ان الحقيقة يجب العمل بها متى امكن وقد امكن العمل بها اذا لم يبين اي اذا لم يقل اشتريت عبدك لاجل نفسه فيحافظ عليها اي فيحافظ اللفظ على الحقيقة فان قيل لا نسلم ان العمل بالحقيقة ممكن ههنا لانه توكيل بشراء شيء بعينه فليس للوكيل ان يشتريه لنفسه قلنا قد اتى الوكيل ههنا بجنس تصرف آخر لان ما وكل به كان من جنس الاعتاق على مال ما اتى به انما هو من جنس الشراء المحض فكان مخالفا للآمر فينفذ عليه وسيجيء الاشارة من المصنف ره الى نظير هذا في المسئلة الثانية بخلاف شراء العبد نفسه حيث فعل الاعتاق لتعذر العمل بالحقيقة لان المجاز هو كون الشيء مستعارا للاعتاق فيه اي في شراء العبد لنفسه متعين لان العبد ليس باهل ان يملك مالا فصار شراؤه نفسه مجازا عن الاعتاق اولان نفس العبد ليست بمال في حقه حتى يملك نفسه ثم يعتق لانه آدمي في حق نفسه حتى وجب الحد والقصاص عليه باقراره والمال غير الآدمي خلق لمصالح الآدمي فلم يكن العمل بالمعاوضة

واذا كان معاوضة يثبت الملك له ولا الف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف مثله ثمنا للعبد فانه في ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف الكيل بشرى العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لان العقدين هنالك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة يتوجه نحو العاقد اما هنا فاحدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال مولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو لاحر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال لا ان ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بالبيع لاستيفاء الثمن

فجعل مجازا عن الاعتاق والمجوز معنى ازالة الملك فان البيع يزيل الملك بعوض الى آخر والاعتاق يزيله لا الى آخر واذا كان معاوضة يعني اذا كان العقد معاوضة فيما اذا لم يعين للمولى يثبت الملك له اي للمشتري والالف للمولى اي والالف التي دفعها العبد للمولى الى المشتري حين ان وكله يكون للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف مثله اي مثل ذلك الالف ثمنا للعبد قوله ثمنا نصب على التمييز اي من جهة انه ثمن للعبد فانه اي الثمن في ذمته اي في ذمة المشتري حيث لم يصح الاداء اي تلك الالف الى المولى من كسب عبده وكسب ملك المولى فلا يقع ثمنا قال في النهاية وهذا ظاهر فيما اذا وقع الشراء للمشتري واما اذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد الف اخرى قال الامام قاضيخان في الجامع الصغير وفيما اذا بين الوكيل للمولى انه يشتريه للعبد هل يجب على العبد اخرى لم يذكر في الكتاب وينبغي ان يجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه انتهى وقال في العناية بعد نقل ذلك عن النهاية قلت وفي كلام المص ما يشير اليه فانه جعل شراء نفسه قبوله الاعتاق ببدل فلو لم يجب عليه الف اخرى كان اعتاقا بلا بدل انتهى فتامل بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره اي من غير العبد بان يوكل اجنبي اجنبيا بشراء العبد من مولاه حيث لا يشترط بيانه اي بيان الشراء يعني لا يشترط على الوكيل ان يقول وقت الشراء اشتريته لموكلي في وقوع الشراء للموكل لان العقدين يعني الذي يقع له والذي يقع للموكل هناك اي في تلك الصورة على نمط واحد اي على نوع واحد وهو المبايعة النمط النوع والطريقة ايضا وفي الحالين اي حال الاضافة الى نفسه وحال الاضافة الى موكله المطالبة يتوجه نحو العاقد فلا يحتاج الى البيان واما هنا اي فيما نحن فيه فاحدهما اي احد العقدين اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل اي لا مطالبة في الاعتاق على الوكيل لانه سفير والمولى عساه اي لعله لا يرضاه اي لا يرضى الاعتاق لانه يعقب الولاء وموجب الجناية عليه حينئذ فربما يتضرر به ويرغب في المعاوضة المحضة اي والمولى عساه يرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان اعلم ان قول المص ولا مطالبة على الوكيل على رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق فان محمدا رح ذكر فيه ان العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل وذكر في باب وكالة الماذون والمكاتب من كتاب الوكالة ان العبد يعتق والمال على الوكيل وهكذا في وكالة الجامع الكبير وجه رواية الجامع ان توكله بشراء العبد للعبد لتوكله بشرائه لغيره وهناك يصير هو المطالب بتسليم الثمن فكذا ههنا وعن عيسى بن ابان قال الصحيح ان الثمن على الثمن لان الوكيل من جانب العبد في العتق سفير ومعبر فانه لا يستغني عن اضافة العقد الى الآمر وليس الآمر من قبض المعقود عليه شيء فلا يتوجه عليه المطالبة بتسليم البدل الا يرى ان المولى لو كان هو الذي امر الرجل ليبيع نفس العبد من العبد بالف درهم الى العطاء فباعه للوكيل بهذه الصفة يجوز البيع والف عليه الى ذلك الاجل والذي يلي قبض الالف هو المولى دون الوكيل فكذا ههنا كذا ذكره الامام المحبوبي قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك هذه هي المسئلة الثانية من المسئلتين اللتين يشتملهما هذا الفصل فمن وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو اما ان يضيف العبد العقد الى موكله او الى نفسه او اطلق فان اضافة الى موكله فقال لمولاه بعني نفسه لفلان بكذا ففعل اي ففعل المولى ذلك فهو اي العقد او العبد للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اي العبد اجنبي عن ماليته لانها للمولاه حتى لو اقر بها لغيره لم يصح والبيع يرد عليه اي على العبد من حيث انه مال لا من حيث انه آدمي فكان توكيله بشراء نفسه كتوكيله بغيره من اموال المولى او التوكيل جنبي بشراء نفسه قال شمس الائمة اما صحة هذا التوكيل فلان العبد مخاطب له عبارة فلان كالحر وانما يصلح الحر ان يكون وكيلا لغيره بالشراء باعتبار ان له عبارة صحيحة فكذلك العبد الا ان ماليته في يده استثناء من قوله لانه اجنبي عن ماليته يعني ان ماليته العبد في يد نفسه حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع فانه لو اراد البائع ان يحبسه بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لان ماليته في يده لكونه ماذونا له فصار كالمودع اذا اشترى الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبائع حبسها لاستيفاء الثمن لكونها سلمة اليه قال تاج الشريعة فان قلت الا

فاذا اضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر

عن هذا غير ممكن فلا يصير تسليما يسقط حق الحبس كما قلنا ان قبض الوكيل ليس لقبض الموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز قلت الشرع لا يرد بالمحال و
كون المالية ههنا في يد البائع امر حسي لا مرد له وكون قبض الوكيل قبض الموكل امر اعتباري فجاز ان لا تعتبر انتهى اقول كل واحد من سواله وجوابه منظور فيه اما
السوال فلان قوله كما قلنا ان قبض الوكيل ليس لقبض الموكل في اثناء هذا السوال مخل بالمقصود لان حاصل هذا السوال ان التسليم الكائن فيما نحن فيه
لا يسقط حق الحبس لانه تسليم ضروري لا يمكن الاحتراز عنه وما هو كذلك فهو عفو لا يسقط حق الحبس كما مر في حبس الوكيل المبيع لاستيفاء الثمن وعلى تقدير ان لا يكون
قبض الوكيل قبض الموكل لا يتحقق التسليم الى الموكل ههنا كما فلا يكون نظير المانحن فيه فالوجه ان يقال بدل ذلك كما قلنا في قبض الوكيل وتوضيح المقام ان الناقلين
في قبض الوكيل على ما مر احدهما ان قبض الوكيل قبض الموكل وتسليم اليه لكنه تسليم ضروري لا يمكن التحرز عنه فلا يسقط حق الحبس وثانيهما ان قبض الوكيل ليس لقبض الموكل في
الابتداء بل هو موقوف فيقع الموكل ان لم يحبسه ولنفسه ان حبسه وصحة التنظير على القول الاول دون الثاني واما الجواب فلان الفرق بين كون مالية العبد في يده وبين
كون قبض الوكيل قبض الموكل بان الاول امر حسي لا مرد له والثاني امر اعتباري فجاز ان لا يعتبر الثاني دون الاول مما لا يجدي قليلا في قطع مادة السوال المذكور
لان خلاصته منع كون التسليم مما نحن فيه مسقطا لحق الحبس بناء على كونه تسليما ضروريا لا يمكن الاحتراز عنه لا منع تحقق التسليم فيما نحن فيه وكون مالية العبد مما لا مرد
انما يدفع منع تحقق التسليم فيه لا منع كون التسليم فيه مسقطا لحق الحبس كما لا يخفى وانما تاثير الفرق المزبور بالنظر الى ما ادرجه في اثناء السوال المذكور من المقدمة
المستدركة المخلة بالمقصود كما عرفته لا بالنظر الى ما هو المقصود وقال صاحب العناية بعد ان ذكر ذلك السوال والجواب وفيه نظر فان مالية العبد امر اعتباري
وكونها بيده كذلك وقبض الوكيل امر حسي لا مرد له فكان الامر بالعكس والصواب ان يقال القبض امر حسي اذا قام بمكان لا يحصل في غيره الا بالاعتبار وجاز ترك
الاعتبار اذا اقتضاه ضرورة واما مالية العبد فانها لا تنفك عن نفسه فاذا خرج نفسه عن ملك البائع ومالية لا تنفك تسلمت اليه ولا حبس بعد التسليم الى ههنا
كلامه اقول في كل واحد من نظره وجوابه الذي يستفصى به بحث اما في الاول فلان الامر الحسي الذي لا مرد له انما هو قبض الوكيل قبض الموكل واين هذا من ذلك فلم
يكن الامر بالعكس كما لا يخفى واما في الثاني فلانه ان اراد بعدم انفكاك مالية العبد عن نفسه عدم انفكاكها عنها في نفس الامر فهو مع كونه ممنوعا في نفسه مناف
لما قاله سابقا في النظر من ان مالية العبد امر اعتباري وكونها بيده كذلك وان اراد بذلك عدم انفكاكها عنها في اعتبار اهل الشرع فللسائل ان يقول
لم لا يجوز ان يترك اهل الشرع هذا الاعتبار عند اقتضاء الضرورة كما في قبض الوكيل على ان حاصل هذا الجواب ايضا الفرق بين قبض الوكيل وبين مالية
العبد بان الانفكاك جائز في الاول دون الثانية فتعين التسليم ههنا دون الاول وهذا انما يدفع منع تحقق التسليم ههنا وقد عرفت ان خلاصة السوال المذكور
منع كون التسليم ههنا مسقطا لحق الحبس لا منع تحقق التسليم ههنا فلا يتم ما ذكره جوابا عنه اللهم الا ان يكون مراده الصواب في الفرق بين الصورتين ان يقال
كما ذكره لا ان الصواب في الجواب عن اصل السوال ان يقال كذا لكنه بعيد عن ايفاء الحق المقام والاشبه في تقرير ذلك السوال وتعيين الجواب عنه ما ذكره
صاحب الكفاية حيث قال فان قيل وقوع المالية في يد العبد ضروري لا يمكن الاحتراز عنه للمولى وكان كالوكيل له ولاية الحبس المبيع عن الموكل
ان كان يده كيد الموكل حكما لانه لا يمكن الاحتراز عنه قلنا لا يمكن التحرز للوكيل عن هذا في جنس الوكالات ولكن يمكن للبائع التحرز عنه في جنس
الوكالة بان باع عبده لوكيل لا يشتري نفسه انتهى فاذا اضافه اي فاذا اضاف العبد العقد الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر فهذا نتيجة
الدليل تقريره ان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه مال وكل من صلح وكيلا عن غيره في شراء مال اذا اضاف العقد الى الآمر صلح فعله امتثالا
فالعبد اذا اضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر ثم اعلم ان قوله في الكتاب فيقع للآمر يشير الى ان العقد يتم بقول المولى بعت

وان يقيد لنفسه فهو حر لانه اعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة والعبد وان كان وكيلا بشراء معين ولكنه اتى بجنس تصرف اخر وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه

وهو يخالف ما ذكر في الجامع من ان اضافة العقد الى الموكل انما تفيده الملك اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم حتى يقول العبد قبلت وهذا بناء على ان الواحد لا يتولى طرفي البيع بخلاف ما اذا اشترى لنفسه كما سياتي فانه اعتاق على مال مقدر والواحد يتولى طرفي الاعتاق اذا كان المال مقدرا فيتم بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعني نفسي فان قيل اذا اضاف العبد العقد الى الآمر فمن المطالب بالثمن قلنا العبد لانه العاقد فيجب الثمن عليه الا انه يرجع به على الآمر فان قلت العبد قد يكون محجورا عليه ومثله لا يرجع اليه الحقوق قلت زال الحجر ههنا بالعقد الذي باشره مع مولاه فان المباشرة تستدعي تصور صحة المباشرة وهو اذن وان عقد لنفسه اي ان اضاف العقد الى نفسه فقال بعني نفسي مني فقال المولى بعت فهو حر لانه اعتاق لما تقدم وقد رضي به المولى لانه علم ان بيع العبد منه اعتاق دون المعاوضة اي لم يرض بها فلا يقع العقد للآمر وان استشعر ان يقال العبد وكيل بشراء شيء بعينه فكيف استجاز له ان يشتري لنفسه اجاب بقوله والعبد وان كان وكيلا بشراء شيء معين ولكنه اتى بجنس تصرف آخر وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا وفي مثله ينفذ على الوكيل فان الوكيل بشراء شيء بعينه اذا خالف فاتى بجنس تصرف آخر ينفذ العقد على الوكيل دون الموكل كما تقرر فيما مر وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان اي وكذا لو اطلق العبد العقد فقال بعني نفسي ولم يزد على ذلك فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين يعني الامثال وغيره فلا يقع امتثالا اي فلا يحصل امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه لان الاصل في التصرف ان يقع عمن باشره قال صاحب العناية وعورض بان اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم واذا تردد اللفظ بين ان يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة البتة واجيب بان اللفظ للحقيقة اذا لم يكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهي اضافة العبد العقد الى نفسه فان حقيقته بالنسبة اليه غير متصورة ورضي المولى بذلك واليه اشار بقوله وقد رضي به المولى دون المعاوضة انتهى اقول هذا الجواب مما لا يكاد يصح ههنا لان الكلام الآن انما هو في مسئلة الاطلاق عن الاضافة الى نفسه والى الموكل والقرينة المذكورة انما وجدت في مسئلة الاضافة الى نفسه وقول المصنف وقد رضي به المولى دون المعاوضة انما وقع وقد تقدم ذكرها وليس ذلك بمورد الاعتراض فلا مساس لهذا الجواب بما نحن فيه اصلا لا يقال ليس المراد بالاضافة الى نفسه التي عدت قرينة ههنا الاضافة المارة في المسئلة المتقدمة الحاصلة من قوله بعني بل الاضافة الحاصلة من قوله نفسي في قوله بعني نفسي وهذه الاضافة موجودة في مسئلة الاطلاق ايضا لانا نقول هذه الاضافة لا تصلح ان يكون قرينة للمجاز اذ لا شك ان مجرد قوله بعني نفسي لا ينافي المعاوضة بل يحتمل ان يراد به بيع نفسه من نفسه وهو الاعتاق على مال وبيع نفسه لغيره وهو المعاوضة بل الثاني هو الظاهر نظرا الى الحقيقة وقال صاحب العناية لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول الاحتمال انما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الانكار والترجيح من حيث الاضافة الى نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ انتهى اقول هذا ايضا ليس بصحيح اذ لا اضافة الى نفسه فيما نحن فيه لان وضعه فيما اطلق ولم يضف الى احد فكيف يتصور الترجيح فيه من حيث الاضافة الى نفسه وايضا ان اراد بقوله وهي خارجة عن مفهوم اللفظ انها خارجة عن مفهوم مجموع اللفظ الصادر عن العبد في هذه الصورة وهو قوله بعني نفسي واين توجد الاضافة الى نفسه حتى تكون قرينة للمجاز وان اراد بذلك انها خارجة عن مفهوم بعض اللفظ الصادر عنه فيها وهو قوله بعني فقط فلا يجدي شيئا لان وضع المسئلة في اطلاق مجموع ما صدر عن العبد اذ به تمتاز هذه الصورة عن صورتي الاضافة فلا بد من خروج قيد الاضافة عن مجموع ذلك حتى يوجد الاطلاق المفروض ويصح الاحتمال المذكور وبالجملة لا حاصل لهذا الجواب ولا مطابقة فيه لما في الكتاب كما لا يخفى على ذوي الالباب والجواب الصحيح عن اصل المعارضة ما ذكره صاحب النهاية

فصل في البيع قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له ان يبيع من ابيه وجده ومن لا يقبل شهادته له عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة

والكفاية حيث قالا ان قيل ينبغي ان يقع الشراء للموكل عند الاطلاق لان اللفظ حقيقة في الاصل فلما تردد بين الحقيقة والمجاز ينبغي ان يحمل على الحقيقة كما هو الاصل وفيما نحن فيه لو وقع الشراء للموكل كان الشراء معمولا على حقيقته وهي المعاوضة ولو وقع للعبد كان معمولا بمجازه لانه غير موضوع للاضافة بل هو موضوع للمعاوضة قلنا عارضت جهة اصالة الحقيقة جهة اصالة اخرى وهي ان الاصل في تصرف الانسان ان يقع لنفسه ثم رجحنا هذه الجهة بحسب مقصود البائع ظاهرا وهو ان لا يفوت ولا العبد منه فانه على تقدير وقوع الشرى للموكل يفوت هذا الغرض او يقول لما وقع التعارض بين الاصلين رجحنا جانب الاعتاق لانه تصرف مندوب اليه والمعاوضة مباحة محضة انتهى

فصل في البيع لما فرغ من بيان احكام التوكيل بالشراء شرع في بيان احكام التوكيل بالبيع وما ذكر التقديم فصل الشراء ثمه فهو وجه فصل البيع ههنا كذا في الشروح اقول لقائل ان يقول قد ذكر في هذا الفصل كثير من احكام التوكيل بالشراء ولم يذكر ذلك في الفصل المتقدم منها قوله والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده الخ فان الحكم فيه حكم مشترك بين التوكيل بالبيع والتوكيل بالشراء ومنها قوله والتوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله فان الحكم فيه حكم التوكيل بالشراء ومنها قوله وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف الخ فان الحكم فيه ايضا حكم التوكيل بالشراء فقولهم لما فرغ من بيان احكام التوكيل بالشراء شرع في بيان احكام التوكيل بالبيع محل مناقشة ويمكن الجواب بنوع عناية فتامل قال اي القدوري في مختصره والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا يقبل شهادته له اي وسائر من لا يقبل شهادته له كولده وولد ولده وزوجته وعبيده ومكاتبه صرح القدوري في مختصره بهذه الاشياء الا ان المص سه قصد الاجمال فقال بدلها ومن لا يقبل شهادته له قال الشارح العيني في تمثيل قوله ومن لا يقبل شهادته له مثل ابيه واخيه اقول في تمثيله الثاني خبط ظاهر فانه يقبل شهادة الاخ لاخيه بلا خلاف كما مر في كتاب الشهادة عند ابي حنيفة رحمه الله والمراد بعدم البيع والشراء مع هؤلاء عند ابي حنيفة رحمه الله عدم جواز ذلك عنده في مطلق الوكالة واما اذا قيد الوكالة بعموم المشية بان قال بع ممن شئت فيجوز بيعه وشراؤه مع هؤلاء بلا خلاف بخلاف البيع من نفسه او من ابن صغير له حيث لا يجوز وان قال ذلك كذا صرح به في المبسوط ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة قال بعضهم تخصيص البيع بالذكر من تجهيل الاكتفاء بذكره من الشراء والا فهو خلاف ايضا وقال صاحب النهاية خص قولهما في الكتاب في حق جواز البيع منهم بمثل القيمة وكذلك في شرح الطحاوي وكان فيه اشارة الى انه لا يجوز عندهما ايضا في الغبن اليسير والا لم يكن لتخصيص مثل القيمة فائدة ولكن ذكر في الذخيرة ان البيع منهم بالغبن اليسير يجوز عندهما فكان الغبن اليسير ملحقا بمثل القيمة على ذلك التقدير فقال فيما الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا يقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان باقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز وان كان بمثل القيمة فعن ابي حنيفة رح روايتان في رواية الوكالة والبيوع لا يجوز عند ابي حنيفة رح وبيعه باكثر من القيمة وشراؤه منه باقل من القيمة يجوز بلا خلاف وبمثل القيمة يجوز عندهما وكذلك عند ابي حنيفة رح باتفاق الروايات وابو حنيفة رح فرق على رواية الوكالة والبيوع بين الوكالة والبيوع بين المضارب وبين الوكيل انتهى كلامه فان قيل ما وجه الفرق لابي حنيفة رح على هذه الرواية بين المضارب والوكيل حيث جوز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة لظهور الربح اذ لم يظهر مع ان له قبل ظهور الربح حكم الوكيل اجيب بان وجهه ان المضارب اعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال منعه وقد يكون نائبا محضا في بعض الاحوال فاشبه بالمستبد بالتصرف جاز تصرفه مع هؤلاء بمثل القيمة واشبه بالنائب لم يجز تصرفه مع هؤلاء في حق الموكل

الا من عبده او مكاتبه لان التوكيل مطلق والمنافع متقطعة لان الملك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه لان مولى العبد المولى
وكذا المولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة
بدليل عدم قبول الشهادة وكان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه والاجارة والصرف على هذا الخلاف

وان كان بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه فانه لا يجوز عندهما ايضا قيد في المبسوط بقوله الا من عبده الذي لا دين عليه لان كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه
فكان فيه اشارة الى انه لو كان عليه دين يجوز بيعه منه عند تعميم المشتبه كذا في النهاية ومعراج الدراية قال بعض الفضلاء فيه تامل فان العبد الذي عليه دين محيط
بما في يده ملك لمولاه عند ابي يوسف ومحمد رح فلا يظهر للتقييد فائدة انتهى اقول نعم ان العبد الذي عليه دين يحيط بماله ورقبته يملك مولاه ما في يده عندهما الا انه
يتعلق به حق الغرماء حتى لو اعتق مولاه من كسبه جاز العتق عندهما ولكن يضمن قيمته للغرماء واما عند ابي حنيفة رح فلا يملك مولاه ما في يده ولو اعتق من كسبه جاز
العتق فائدة التقييد يظهر بناء على تعلق حق الغرماء بما في يده عندهما ايضا حتى يصير مولاه ممنوعا عن ان ينتزعه من يده ولهذا جاز بيع العبد المأذون
الذي عليه دين من مولاه شيئا من اكسابه وبيع مولاه عنه شيئا من امواله عندهم جميعا ولم يجز بيع العبد المأذون الغير المديون شيئا من مولاه ولا بيع
مولاه شيئا منه عندهم اصلا وسيكشف ذلك كله في كتاب المأذون فقوله في المبسوط لان كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه معناه ان كسبه ملك
خالص لمولاه لم يتعلق به حق الغير فبيعه منه كبيعه من نفسه بخلاف العبد المديون قال المص ره في تعليل ما ذكر في الكتاب من جانبهما لان التوكيل مطلق
عن التقييد بشخص دون آخر والمطلق يعمل باطلاقه وكان المقتضي موجودا والمانع منتف لان المانع هو التهمة ولا تهمة هنا لانها اما ان يكون من حيث ايثار العين
او من حيث ايثار المالية وليس شيء منهما بموجود اما الاول فلما ذكره بقوله اذ الاملاك متباينة الا يرى انه يحل للابن وطي جارية نفسه ولا يحل له وطي جارية
ابيه ولو لم يكن ملكه متبائنا عن ملك ابيه لكانت جارية جارية مشتركة ولما حل له وطيها كما لا يحل له وطي جارية ابيه والمنافع منقطعة لان تباين الاملاك يوجب
انقطاع المنافع وان كان الامر كذلك فلا نفع له من حيث ايثار العين فلا تهمة واما الثاني فلان التقدير بمثل القيمة بنفسها فاذا وجد المقتضي وانتفى المانع
وجب القول بالجواز كما في البيع من الاجنبي بخلاف العبد يعني الذي لا دين عليه لما عرفت لانه بيع من نفسه اي لان بيع الوكيل من مثل ذلك العبد
بيع من نفسه لان ما في يد العبد اي ما في يد مثل ذلك العبد للمولى اي ملك خالص للمولى لا حق فيه للغير فصار البيع منه بيعا من نفسه والبيع من نفسه غير جائز
لان الواحد اذا تولى طرفي البيع كان مستريا او مستقصا قابضا ومسلما فيخاصما في العيب وفيه من الفساد ما لا يخفى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب
حتى لا تصح بسرعاته ولا تزويج عبده وينقلب حقيقة بالعجز يعني وقد ينقلب حق المولى في كسب المكاتب الى حقيقة الملك بعجز المكاتب عن اداء بدل الكتابة
فصار كالعبد وله اي ولابي حنيفة رح ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات يعني سلمنا ان التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات
لانها شرعت للاعانة فكانت مواضع اعانة وهذا اي ما نحن فيه موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة اي فيما بينهم ولان المنافع بينهم متصلة لان كل واحد
منهم ينتفع بمال عادة فصار مال كل واحد منهم كمال صاحبه من وجه فصار اي بيع الوكيل من هؤلاء بيعا من نفسه من وجه فكان فيه تهمة ايثار العين قال
صاحب العناية في شرح دليل ابي حنيفة رح ههنا ولابي حنيفة رح القول بالموجب اقول ليس الامر كذلك لان القول بالموجب على ما تقرر في كتب
الاصول التزام ما يلزمه المعلل مع بقاء الخلاف وههنا ليس كذلك لان حاصل التعليل المذكور من قبلهما ان التوكيل مطلقا والتهمة منتفية
لتباين الاملاك وانقطاع المنافع وحاصل ما ذكر من قبله ان التهمة متحققة والمنافع متصلة والظاهر ان مال هذا منع لما علل به من قبلهما لا تسليم التزام
لزم لم يكن له من القول بالموجب في شيء نعم فيه تسليم لمقدمة واحدة من التعليل المذكور وهي ان التعليل مطلق لكن لا يتم بها وحدها مطلوبهما فلا يكون
تسليمها تسليما للتعليل المذكور من قبلهما كما لا يخفى قال المص ره والاجارة والصرف على هذا الخلاف يعني ان الوكالة بالاجارة
والصرف على هذا الخلاف المذكور وانما خصهما بالذكر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس لان المعقود عليه وهو المنافع معدومة والصرف شرعت بشرط

قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه رح لا يجوز الا بالدراهم والدنانير لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف كالتصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء اللحم بالفحم والاضحية بزمان الحاجة وكان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الاب والوصي وله ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن او بالعين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة رح على ما هو المروي عنه

عزي عنا غيره وكانا مما لين عدم جوازه مع هؤلاء بالاجماع فبين ان الحكم فيها كالحكم فيما سواها كذا في الشروح اقول المسلم ايضا شرع على خلاف القياس وله شروط منافية للغير فكان الاحسن ان يذكره المصنف رح معها كما قال في المختلف حيث قال فيه بعد بيان الخلاف المذكور والسلم والصرف والاجارة على هذا الخلاف قال اي القدوري في مختصره والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة رح ويجوز بيعه باجل غير متعارف ايضا عنده صرح به في الذخيرة وغيرها ولقب هذه المسئلة الوكيل بالبيع مطلقا يملك البيع بما عز وهان وباي من كان والى اي اجل كان متعارفا وغير متعارف كذا قالوا وقالا اي ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه اي لا يجوز بيعه بغبن فاحش ويجوز بغبن يسير ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير اي لا يجوز الا بالنقود وكذا لا يجوز بيعه عندهما الا باجل متعارف قال في الذخيرة واذا باع باجل متعارف فيما بين التجار في تلك السلعة جاز عند علمائنا رح وان باع باجل غير متعارف فيما بين التجار في تلك السلعة بان باع مثلا الى خمسين سنة او ما اشبه ذلك فعلى قول ابي حنيفة رح يجوز وعلى قول ابي يوسف رح ومحمد رح لا يجوز وقال انما يجوز البيع بالنسيئة اذا لم يكن في لفظه ما يدل على البيع بالنقد فاما اذا كان في لفظه ما يدل على البيع بالنقد لا يجوز البيع بالنسيئة نحو ان يقول بع هذا العبد فاقض ديني او قال بع فان العز ما يلازمونني او قال بع فاني احتاج الى نفقة عيالي ففي هذه الصور ليس له ان يبيع بالنسيئة انتهى قال المص رح في تعليل ما ذكر في الكتاب من جانبهما ان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف اي بما هو متعارف بين الناس لان التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها اي فيتقيد التصرفات بمواقع الحاجات والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا اي ولاجل تقييد التصرفات بمواقعها يتقيد التوكيل بشراء اللحم وفي بعض النسخ اللحم مكان الفحم لكن الفحم ابلق لقران قوله بزمان الحاجة اذ كل الازمان زمان الحاجة الى اللحم كذا في النهاية ومعراج الدراية والجمد بسكون الميم لا غير هو ما جمد من الماء فكان فيه تسمية للاسم بالمصدر كذا في الصحاح والديوان والاضحية بزمان الحاجة متعلق بتقييد التوكيل بشراء هذه الامور بزمان الحاجة فيتقيد التوكيل بشراء الفحم بايام البرد وبشراء الجمد بايام الصيف وبشراء الاضحية بايام النحر او قبلها كل ذلك من تلك السنة حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الامر ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهو ظاهر وهبة من وجه ولهذا لو حصل من المريض كان معتبرا من الثلث والاب والوصي لا يملكانه وهو وكيل بالبيع دون الهبة وكذا المقايضة اي البيع بالعرض بيع من وجه وشراء من وجه لانه من حيث ان فيه اخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث ان فيه تحصيل السلعة في الملك شراء فلا يتناوله اي فلا يتناول البيع بغبن فاحش وبيع المقايضة مطلق اسم البيع المطلق ينصرف الى الكامل ولابي حنيفة رح ان الوكيل بالبيع مطلق اي غير مقيد بشيء فيجري اي يجري المطلق على اطلاقه في غير موضع التهمة فيتناول كل ما يطلق عليه البيع قال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولابي حنيفة رح القول بالموجب اي سلمنا ان التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجري على اطلاقه في غير موضع التهمة اقول هذا اقرب مما قاله في المسئلة الاولى اذ لم يقل الخصم ههنا قط ان التوكيل بالبيع مطلق بل قال ان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف يعني ان ما هو في صورة الاطلاق من الامر فهو مقيد في الحقيقة بالمتعارف فلم يقع منه الحكم بان التوكيل بالبيع مطلق حتى يصير محلا للمنع او التسليم فلا يتصور ان يكون ما ذكر من قبل ابي حنيفة رح ههنا قولا بالموجب بتسليم ان التوكيل بالبيع مطلق والحق ان حاصل معنى الكلام المذكور منع لكون مطلق الامر ههنا مقيدا بالمتعارف بناء على قاعدة لزوم اجراء المطلق على اطلاقه في غير موضع التهمة وان حاصل معنى قوله والبيع بالغبن او العين اي العرض متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم اي السامة من العين نزل في الجواب عن المنع المذكور يعني سلمنا ان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لكن البيع بالغبن او العين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن لتجارة رائجة او لغيرها وعند التبرم من العين وفي هذا ايماء الى تعلة الثمن وكثرته وتقدير الثمن عرضية وكان العرف مشتركا فلم يصلح حجة لاحد الخصمين على الآخر والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة رح اي المسائل المستشهد بها من قبل الخصم

وانه بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به غير ان الاب والوصي لا يملكانه مع انه بيع لان ولايتهما نظرية ولا نظر فيه

وهي مسائل شراء اللحم والجمد والاضحية ليست بمسلمة على قول ابي حنيفة رح بل هي مروية على قول ابي يوسف رح على ذلك الوجه واما عند ابي حنيفة رح فهي على اطلاقها لا بتقييد بزمان الحاجة قال في غاية البيان ولئن سلمنا انها تتقيد على قول ابي حنيفة رح ايضا فنقول انما تتقيد بدلالة الغرض لا بدلالة العادة لان الغرض من شراء اللحم دفع ضرر البرد وذلك يختص بالشتاء والغرض من شراء الجمد دفع ضرر الحر وذلك يختص بالصيف حتى لو انعدمت هذه الدلالة بان وجد التوكيل ممن يقيا وتربص اللحم كالجداوين او تربص الجمد كالفقاعيين لا يتقيد التوكيل كذا قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وكذا التوكيل بالاضحية يتقيد بايام النحر بالغرض لا بالعادة لان غرض الموكل خروجه عن عهدة الوجوب الذي يلحقه في ايام تلك الذبيحة انتهى وقال في الكافي ولانه مطلق في حق الوقت لاعام فلم يتناول الا واحدا وقد صار المتعارف مرادا فلم يبق غيره مرادا فاما هذا فعام انتهى وهكذا ذكر في الكفاية ايضا وانما اي البيع بالغبن بيع من كل وجه جواب عن قولها ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه يعني لا نم انه كذلك بل هو بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به اي بالبيع بغبن فاحش فلما جعل هذا بيعا مطلقا في اليمين جعل في الوكالة كذلك واعترض عليه بانه لا يلزم من جريان العادة في اليمين في نوع جريانه في البيع في ذلك النوع الا يرى انه لو حلف لا ياكل لحما فاكل لحما قديدا حنث وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحما قديدا وقع على المشتري لا على الآمر واجيب بان التوكيل بشراء اللحم انما يقع على لحم يباع في الاسواق والقديد لا يباع فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه فعلم بهذا ان العرف قد اختلف في حقهما فاختلف الجواب لذلك واما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعا حقيقة وعرفا اما حقيقة فظاهر واما عرفا فيقال بيع رابح وبيع خاسر كذا في العناية اخذا من النهاية اقول في الجواب بحث لان حاصله الاعتراف باختلاف العرف في حق اليمين والبيع والتشبث بادعاء ان البيع بغبن فاحش لا يخرج عن كونه بيعا لا حقيقة ولا عرفا فيرد عليه انه ان اريد انه لا يخرج عن كونه بيعا من وجه فهو مسلم لكن لا يحصل به الجواب عما قالاه والكلام فيه وان اريد انه لا يخرج عن كونه بيعا من كل وجه فهو ممنوع اذ هذا اول المسئلة حيث لا يقول به الخصم بل يدعي انه بيع من وجه وهبة من وجه ونحن نصدر الجواب عنه بمسئلة اليمين فاذا ورد الاعتراض عليه باختلاف العرف والحكم في حق اليمين والبيع فكيف يصح الجواب عنه بالمصير الى الاصل المتنازع فيه غير ان الاب والوصي لا يملكانه جواب عن سوال مقدر تقريره لو كان البيع بغبن فاحش بيعا من كل وجه لملك الاب والوصي يعني ان الاب والوصي انما لا يملكان البيع بغبن فاحش مع انه بيع اي من كل وجه لان ولايتهما اي ولاية الاب والوصي على الصغير نظرية اي بشرط النظر في امر الصغير بالشفقة وايصال النفع اليه ولا نظر فيه اي في البيع بغبن فاحش والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه جواب عن قولها وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه يعني لا نم المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه بل هي بيع من كل وجه وشراء من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما قال صاحب العناية وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في اول البيوع وقال وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه اقول فيه خلل اما اولا فلانه لا يخفى على احد ان المراد بالبيع في قوله والمقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه هو البيع المقابل للشراء وهو وصف البائع وان المراد بالشراء في قوله المزبور هو الشراء المقابل للبيع وهو وصف للمشتري والحد المذكور اعني مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب انما هو حد البيع الذي هو عقد شرعي وهو المجموع المركب من الايجاب والقبول مع الارتباط الشرعي الحاصل بينهما فذلك المعنى عن قوله لوجود حد كل واحد منهما واما ثانيا فلان قوله وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه بعد ان جعل هذا الحد حد كل واحد من البيع والشراء يقتضي ان يكون كل البياعات الغير الاضطرارية بيعا من كل وجه وشراء من كل وجه اذ لا يخلو شيء منها عن صدق هذا الحد عليه كما تقدم في اول البيوع ولم يقل به احد قط واعترض بعض الفضلاء بوجه آخر على قوله وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب حيث قال فيه نظر فان الباء في قوله بالمال اي

والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه على وجود حد كل واحد منهما

بالمقابلة والعوض فلا يتناول الحد الشراء انتهى اقول هذا ساقط لان بالمقابلة والعوض لا ينافي تناول الحد المذكور الشراء فان المقابلة والمعاوضة تتحققان في كل واحد من البدلين بلا تفاوت وانما بقي حديث دخول الباء على الثمن وسيجيء الكلام فيه قال صاحب العناية ويجوز ان يقال البيع في الحقيقة عبارة عن اخراج ملكه متوسلا به الى تحصيل ملك غيره والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوصلا اليه باخراج ملكه وكلاهما صادق على المقايضة انتهى اقول هذا هو الصواب وان كان مقتضى تحريره ان يكون ضعيفا عنده الا ان المراد بقوله وكلاهما صادق على المقايضة انهما صادقان على يدي المقايضة معا فلا ينتقض بسائر البياعات فان صدق البيع بالمعنى المزبور في سائر المختص بالسلعة وصدق الشراء فيما يختص بالثمن فيسقط ما قاله بعض الفضلاء على قوله وكلاهما صادق على المقايضة بل على جميع البياعات فمن تقريره قصورا انتهى فتدبر ثم قال صاحب العناية فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي يرد على مجموع المالين باعتبارين يتعين كل منهما باطلاق لفظ محتمة عليه وبذلك يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء انتهى اقول وفيه خلل لان حاصله ان معنى البيع ومعنى الشراء متحدان بالذات ومتغايران بالاعتبار يتعين كل منهما باطلاق لفظ محتمة عليه وهو لفظ البيع في البيع ولفظ الشراء في الشراء فيمتاز به البائع عن المشتري لكنه ليس بصحيح اما اولا فلانه قد تقرر في كتب اللغة ان لفظ البيع ولفظ الشراء من الاضداد ويطلق كل منهما على كل من معنيي البيع والشراء وصرحوا به في اول كتاب البيوع حتى صرح نفسه ايضا هناك بان لفظ البيع من الاضداد لغة واصطلاحا وقال يقال باع الشيء اذا اشتراه واذا كان كذلك فكيف يتيسر اختصاص احد اللفظين المذكورين باحد المعنيين المزبورين وكيف يتصور تعيين احد هذين المعنيين باطلاق احد ذينك اللفظين عليه ولا شك ان ما هو من الاضداد يصح اطلاقه على كل من معنييه على ان اتحاد معنى البيع والشراء بالذات مما لم يقل به احد من الثقات ولا يرى له وجه سديد واما ثانيا فلان البيع كما ينعقد بالايجاب والقبول ينعقد ايضا بالتعاطي كما تقرر في البيوع وفي صورة التعاطي لا يلزم اطلاق لفظ على شيء منهما فكيف يتم قوله يتعين كل منهما باطلاق لفظ محتمة عليه وبذلك يتميز البائع على المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء واما ثالثا فلانه لو تعين كل منهما بلفظ محتمة وامتاز به البائع عن المشتري لكان الصادر من احد المتعاقدين بيعا ومن الآخر شراء البتة فلم يصح القول بان المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه بل هي حينئذ اما بيع واما شراء لا غير اللهم الا ان يحمل المراد بكونها بيعا وشراء من كل وجه على انها صالحة لكل واحد منهما قبل صدور العقد واما بعد صدوره فيتعين واحد منهما لكنه تعسف ثم انه فرع على ما ذكره سقوط بعض ما قيل هنا ولما لم يصح الاصل كما عرفته لم يصح الفرع ايضا لان صحة الفرع فرع صحة الاصل كما لا يخفى واعلم ان هنا سؤالا واجوبة يستدعي بسطها تحقيق المقام فنقول ان قيل من المحال ان يوصف الشيء الواحد بصفة وبضدها في حالة واحدة ولو قلنا بان بيع المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه في ذلك الوقت لزم هذا المحال قلنا انما يلزم المحال لو كان ذلك بجهة واحدة وليس كذلك فانه بيع من كل وجه بالنسبة الى عرض نفسه وشراء من كل وجه بالنسبة الى عرض صاحبه وانما قلنا بكذا لان البيع لا بد له من مبيع وثمن وليس كل واحد منهما باولى من الآخر في ان يجعل هو مبيعا او ثمنا فجعل كل واحد منهما مبيعا بمقابلة الآخر وثمنا بمقابلة الآخر فان قيل لا نم عدم الاولوية في احدهما لانه لا بد من ادخال الباء في واحد منهما لتحقيق السياق البدل بالمبدل وما دخل عليه الباء تعين للثمنية لما عرف ان الباء تصحب الاثمان فيتعين الآخر لكونه مبيعا بحالة قلنا قد ذكر في اوائل كتاب البيوع ان الباء انما تعين ما دخلت عليه للثمنية اذا كان ذلك الشيء من المكيلات والموزونات من غير الدراهم والدنانير فان الدراهم والدنانير متعينة للثمنية سواء دخلت عليها الباء او لم تدخل والشيء المعين متعين للمبيعية سواء دخلت عليها الباء او لم يدخل اما المكيلات والموزونات اذا كانت غير معينة وهي موصوفة بصفة فان دخلت عليها الباء تعين للثمنية كما اذا قال اشتريت هذا العبد بكذا حنطة جيدة واما اذا لم يدخل عليها الباء فلا تتعين لها ايضا ثم كلامنا هنا في بيع المقايضة وهي تنبئ عن المساواة يقال هذا

قال والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره على ما مر

قيضان اى مساويان وكان كلا البدلين متعينا فلا يتعين واحد منهما للمبيعية ولا للثمنية فلذلك جعل كل واحد منهما مبيعا وثمنا وان قلت الباقى احدهما فان قيل اذا كان بيع المقايضة شراء من كل وجه وبيعا من كل وجه فمن اى وجه يرجح ابو حنيفة رح جانب البيع فيه نفذ البيع على الآمر عنده اذا باع الوكيل بالبيع بعرض مع الغبن الفاحش قلنا رجح هو من جانب البيع استدلالا بما ذكر فى المبسوط فى باب الوكالة بالسلم من كتاب البيوع من ان جانب البيع يترجح على جانب الشراء فى البيع بعرض الا يرى ان احد المضاربين لو اشترى بغير اذن صاحبه كان مشتريا لنفسه ولو باع بغير اذن صاحبه شيئا من مال المضاربة توقف على اجازة صاحبه فان باعه بعرض يتوقف ايضا حتى لو كان صاحبه كان تصرفه على المضاربة فصرفته ان جانب البيع يترجح فيه كذا فى النهاية ومعراج الدراية فان قلت كما ان كل واحد من عاقدى عقد المقايضة بائع بالنسبة الى عرض نفسه مشتر بالنسبة الى عرض الآخر كذلك كل واحد من عاقدى عقد الصرف بائع ومشتر لما ان عقد الصرف بيع والبيع لا بد له من مبيع وثمن وليس احد البدلين اولى من الآخر فى جعله مبيعا او ثمنا فيجعل كل واحد منهما مبيعا وثمنا ثم الغبن الفاحش يتحمل فى بيع المقايضة على قول ابى حنيفة رح فى ظاهر الرواية خلافا لرواية الحسن كما ذكر فى الذخيرة والمبسوط ولا يتحمل فى بيع الصرف على قول الكل باتفاق الروايات كما ذكر فى باب الوكالة فى الصرف من صرف المبسوط فما وجه الفرق بينهما مع اتحادهما فى العلة قلت الفرق بينهما انما النشأ من حيث ورود علة عدم جواز بيع الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش ههنا ايضا وذلك لان تصرف الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش انما لا ينفذ على الموكل للتهمة فان من الجائز انه عقد لنفسه فلما علم بالغبن اراد ان يلزم ذلك الوكيل وهذا المعنى موجود ههنا فان الوكيل يملك عقد الصرف لنفسه كما صرح به فى المبسوط واما فى بيع المقايضة فليس للوكيل ان يبيع من نفسه ولا ان يشترى لنفسه عرض الآخر بمقابلة عرض الموكل فلم يرد التهمة التى وردت فى حق الوكيل بالشراء فلم يمنع الجواز لذلك فى ظاهر الرواية على قول ابى حنيفة رح وذكر فى الذخيرة ان الوكيل بالصرف اذا اشترى بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بلا خلاف لان الغبن على قول ابى حنيفة رح ان كان يجوز باعتبار انه بيع من وجه لا يجوز باعتبار انه شرى من وجه الا ان الشرى اصل فى هذا العقد لان الثمنية فى الدراهم والدنانير اصل والعبرة للاصل فكان شرى من كل وجه والغبن الفاحش لا يتحمل الشرى بالاتفاق كذا فى النهاية قال صاحب العناية ولا يلزم الوكيل بالصرف فانه لا يجوز فيه ان يبيع بالاقل اصلا لان موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله انتهى اقول فيه نظر لان موكله انما لا يملك البيع بالاقل فيما اذا اتحد البدلان فى الجنس واما اذا اختلفا فيه فيملكه قطعا كما تقرر فى كتاب الصرف ولا يخفى ان عدم جواز بيع الوكيل بالصرف بغبن على قول الكل باتفاق الروايات غير منحصر فى صورة اتحاد الجنس بل نعم صورتى اتحاد الجنس واختلافه بل المسئلة مصورة فى صرف المبسوط بصورة اختلاف الجنس حيث قال فيه وان وكله بالف درهم ليصرفها له فباعها بدنانير وحط عنه ما لا يتغابن الناس فى مثله لم يجز على الآمر انتهى فتلزم هذه الصورة قطعا ويكفى فى ورود السؤال على ما ذكر فى الكتاب ولعمرى ان صاحب العناية قد خرج فى شرح هذه المسئلة عن سنن الصواب وغبن فى تفرعاته غبنا فاحشا ومع ذلك قال فى آخر كلامه فعليك بهذا وتطبيقه على ما فى الكتب ملاحظا بعين البصيرة محمد المقصدى لتلفيقه ان شاء الله تعالى قال اى القدورى فى مختصره والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فى مثلها وهى الغبن اليسير ولا يجوز بما لا يتغابن الناس فى مثله وهو الغبن الفاحش وقال فى شرح الاقطع وعن ابى حنيفة رح رواية اخرى انه يجوز بالقليل والكثير لعموم الامر كذا فى غاية البيان حل المص ره ما فى الكتاب لقوله لان التهمة فيه اى فى الشراء متحققة فلعله اى فلعل الوكيل اشتراه اى اشترى الشئ الذى وكل به لنفسه اى لاجل نفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره وهو الموكل على ما مر اشارة الى ما ذكره فى فصل الشراء بقوله لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الامر انتهى والتهمة فى باب الوكالة معتبرة ولان الوكيل بالشراء يستوجب الثمن فى ذمة نفسه ويوجب لنفسه مثله فى ذمة الآخر

حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يتولى العقد قال والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده

والانسان متهم في حق نفسه فلا يملك ان يلزم الآمر الثمن ما لم يدخل في ملكه بازائه ما يعدله ولهذا قال لو اشتريت وقبضت وهلك في يدي فهات الثمن يقبل قوله بخلاف الوكيل بالبيع فانه لو قال بعت وقبضت الثمن وهلك عندي كان القول قوله ولان امره بالشراء يلاقي ملك الغير وليس للانسان ولاية مطلقة في ملك الغير فلا يعتبر اطلاق امره فيه بخلاف البيع فان امره يلاقي ملك نفسه وله في ملك نفسه ولاية مطلقة ولان اعتبار العموم والاطلاق في التوكيل بالشراء غير ممكن لانه لو اعتبر ذلك لاشترى ذلك المتاع بجميع ما يملكه الموكل وبما لا يملكه من المال ونحن نعلم انه لا يقصد ذلك فحملناه على اخص الخصوص وهو الشراء بالنقد بغبن يسير في جانب البيع اعتبار العموم والاطلاق ممكن لانه لا يتسلط به على شيء الا سوى البيع الذي رضي بزوال ملكه عنه وهذه فروق اربعة بين الوكيل بالبيع وبين الوكيل بالشراء في الغبن الفاحش ذكرت في كتاب البيوع من المبسوط حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا اي المشايخ ينفذ على الآمر اي ينفذ العقد على الآمر وان كان مع الغبن الفاحش لانتفاء التهمة لانه اي الوكيل لا يملك شراءه اي شراء ذلك الشيء المعين لنفسه واراد بقوله قالوا عامة المشايخ فان بعضهم قال تحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش وقال بعضهم لا تحمل فيه اليسير ايضا كما في الذخيرة وغيرها وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه اي زوج موكله امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عنده اي عند ابي حنيفة رح ذكره محمد رح في الاصل في اول باب الوكالة في النكاح حيث قال واذا وكل رجل رجلا ان يزوجه امرأة بعينها فزوجها اياه فهو جائز فان زاد على مهر مثلها فهو جائز في قول ابي حنيفة رح وفي قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا زوجها بما يتغابن الناس في مثله فهو جائز وان زاد اكثر من ذلك لم يلزم الزوج النكاح الا ان يرضى واذا وكل رجل رجلا ان يزوج امرأة بعينها فتزوجها الوكيل فهو جائز وهي امرأته لا يشبه هذا الشراء لو امره ان يشتري عبدا بعينه فاشتراه الوكيل لنفسه كان العبد للآمر الى هنا لفظ الاصل قال المص ره في تعليل ما في الكتاب لانه اي الوكيل بالنكاح لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد اي في عقد النكاح فلا يتمكن هذه التهمة اي تهمة ان يعقده ولا لنفسه ثم يلحقه لغيره ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد اي لا يضيفه الى الموكل حيث يقول اشتريت ولا يقول اشتريت لفلان يعني يجوز له الاطلاق ولا يجب عليه الاضافة الى الموكل فيتمكن تلك التهمة قال شيخ الاسلام خواهر زاده جواز عقد الوكيل بالشراء بزيادة يتغابن الناس في مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند اهل البلد كالعبيد والدواب وغير ذلك واما ما له قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم وغيرهما فاذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الآمر وان قلت الزيادة كالفلس مثلا قال في بيوع التهمة وبه يفتى والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين هذا لفظ القدوري في مختصره ويفهم منه ان مقابله ما يتغابن فيه قال في الذخيرة تكلموا في الحد الفاصل بين الغبن اليسير والغبن الفاحش والصحيح ما روي عن محمد رح في النوادر ان كل غبن يدخل تحت تقويم المقومين فهو يسير وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فهو فاحش وقال واليه اشار في الجامع في تعليل مسئلة الزكوة قال المص ره وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده اعلم ان ظاهر سوق الكلام ههنا يشعر بان يكون مراده بذكر هذا القول تفسير الغبن الفاحش لان صريح ما ذكره سابقا كان تفسيرا للغبن الفاحش فاذا قال بعده وقيل في العروض الخ كان المتبادر منه ان يكون هذا ايضا تفسيرا للغبن الفاحش واما الذي يقتضيه التطبيق لما عين في سائر المعتبرات ان يكون مراده بذلك تفسير الغبن اليسير وعن هذا كان الشراح ههنا فريقين فمنهم من ذهب في تعيين مراده وجعل كلامه محتملا للمعنيين ولكن ذكر كل واحد منهما يقبل الا من عند نفسه ومنهم من جزم بالثاني فقال بيان الغبن اليسير ولم يذكر الاحتمال الآخر وقال الشارح الكاكي من هذه الفرقة وكان قوله قيل معطوفا على ما تضمن قوله ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فانه اذا كان الغبن الفاحش ما لا يدخل تحت تقويمهم كان ما يدخل تحت تقويمهم غبنا يسيرا والحق عندنا ان يكون ذلك تفسيرا للغبن اليسير لانه هو الموافق لما ذكره جمهور الفقهاء وعامة المشايخ في كتبهم المعتبرة منهم الامام البارع علاء الدين الاسبيجابي فانه قال في شرح الطحاوي وروي عن نصير بن يحيى انه قال قدر ما يتغابن الناس في العروض ده نيم وفي الحيوان ده يازده وفي العقار ده دوازده انتهى ومنهم الشيخ ابو المعين النسفي

لان التصرف يكثر وجوده في الاول ويقل في الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف قال وان وكله ببيع عبد له فباع نصفه جاز
عند ابي حنيفة رح لان اللفظ مطلق من قيد الافتراق والاجتماع الا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فاذا باع النصف به اولى وقالا لا يجوز
لانه غير متعارف ولما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة
فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة واذا لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما وان وكله بشراء
عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج
الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين انه وقع وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق والتصرف لابي حنيفة رح لان في الشراء

فانه قال في شرح الجامع الكبير اختلف المشايخ في الحد الفاصل بالقليل والكثير منهم من قال ما يتغابن الناس فيه قليل وما لا يتغابن الناس فيه كثير ومنهم من قال ما يدخل تحت
تقويم المقومين فهو قليل وما لا يدخل فهو كثير ومنهم من قال ذلك مفوض الى رأي القاضي ومحمد رح قدر في هذا الكتاب يعني في الجامع الكبير بدرهم ومشايخ بلخ فصلوا ذلك
على ما قال الفقيه ابو القاسم بن شعيب حكي عنهم انهم قدروا اليسير في العقار بدرهم وازدوه وفي الحيوان بدرهم يازده وفي العروض بدرهم انتهى كلامه الى غير ذلك من الائمة
الكبار المتقنين على جعل ذلك تفسير الغبن اليسير هذا وانما كان التقدير في الاقسام المذكورة على الوجه المذكور لان التصرف يكثر وجوده في الاول وهو العروض ويقل في الآخر
وهو العقارات ويتوسط في الاوسط وهو الحيوان وكثرة الغبن لقلة التصرف لان الغبن يزيد لقلة التجربة وينقص بكثرتها وقلتها وكثرتها لقلة التصرف وكثرته ثم
ان عشرة دراهم نصاب يقطع به يد محترمة فجعلت اصلا والدرهم مال يحبس لاجله فقد لا يسامح به في المماكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيرا والنصف من العشرة وكان يسيرا
وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع فما كان اقل وقوعا منه اعتبر فيه ضعفه وما كان اقل من الاقل اعتبر فيه ضعف ضعفه قال اي محمد رح في الجامع الصغير واذا وكله اي
وكل رجلا ببيع عبد اي ببيع عبد له وفي بعض النسخ ببيع عبده فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة رح انما وضع المسئلة في العبد ليترتب عليه الاختلاف المذكور لانه اذا باع
نصف ما وكل ببيعه وليس في تفريقه ضرر كالحنطة والشعير يجوز بالاتفاق ذكره في الايضاح قال المصنف رح لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجري
على اطلاقه ونور ذلك بقوله الا يرى انه لو باع الكل اي كل العبد بثمن النصف يجوز عنده اي عند ابي حنيفة رح فاذا باع النصف به اي بذلك الثمن اولى اي فهو
اولى لان امساك البعض مع بيع البعض بمقدار الثمن انفع للآمر من بيع الكل بذلك الثمن وانما قيد بقوله عنده لانه لا يجوز عندهما لكونه غبنا فاحشا فان قيل انما
جاز بيع الكل بثمن النصف لانه لم يتضمن عيب الشركة واما بيع النصف فيتضمن ذلك فكان هذا مخالفة من الوكيل الى شر فينبغي ان لا ينفذ على الموكل قلنا ضرر الشركة اقل
واهون من ضرر بيع الكل بثمن النصف فاذا جاز هذا على قوله فلان يجوز ذاك وهو اهون اولى وقالا لا يجوز اي لا يجوز بيع نصف ذلك العبد لانه غير متعارف يعني
ان التوكيل ببيع العبد ينصرف الى المتعارف وبيع النصف غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة لانها عيب الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يختصم اي الموكل والوكيل
لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه اي البيع الاول وقع وسيلة
الى الامتثال واذا لم يبع الباقي ظهر انه اي البيع الاول لم يقع وسيلة الى الامتثال فلا يجوز وهذا اي كون البيع موقوفا الى ان يبيع النصف الآخر قبل الخصومة استحسان
عندهما اذ القياس ان لا يتوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف كذا في معراج الدراية وقال الامام الزيلعي في التبيين وقولهما استحسان والقياس ما قاله ابو حنيفة رح
والمعنى الاول انسب لعبارة الهداية كما لا يخفى على الفطن وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شراء البعض
قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا الشقص الحرز من الشيء والنصيب كذا في المغرب فاذا اشترى الباقي
قبل رد الآمر البيع تبين انه اي شراء البعض وسيلة الى الامتثال فينفذ على الآمر لانه يصير كانه اشتراه جملة قال المصنف رح وهذا اي جواب هذه المسئلة وهو كون الشراء
موقوفا بالاتفاق بين ائمتنا الثلثة ثم اختلف ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في التوكيل بشراء عبد اذا اشترى نصفه فقال ابو يوسف رح ان اعتقه الآمر
جاز وان اعتقه الوكيل لم يجز وقال محمد رح ان اعتقه الوكيل جاز وان اعتقه الموكل لم يجز فابو يوسف رحمه الله يقول خالف العقد موقوف على اجازة الموكل
الا يرى انه لو اجاز صريحا نفذ عليه والاعتاق اجازة منه فينفذ عليه ولا ينفذ اعتاق الوكيل لان الوكالة تناولت محلا بعينه فلم يملك الوكيل شراء نفسه لم يتوقف
على اجازته فلم ينفذ اعتاقه ومحمد رح يقول انه قد خالف فيما امره به وانما التوقف على اجازته عليه من حيث ان الخلاف يتوهم رفعه بان يشتري الباقي فيرتفع الخلاف
وقبل ان يشتريه يبقى مخالفا فاذا اعتقه الآمر لم يجز كذا في النهاية والكفاية نقلا عن الايضاح والفرق لابي حنيفة رح اي بين البيع والشراء ان في الشراء

يتحقق التهمة على ما مر واجزان الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح وفرق بينه وبين الامر بالشراء يصادف ملك الغير فلم يصح فلم يعتبر فيه التقييد والاطلاق قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة او باباء عين او باقراره فانه يرده على الآمر

يتحقق التهمة على ما مر اشارة الى قوله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه الخ يعني ان التهمة تحققت في الشراء دون البيع فافترقا من هذه الحيثية وآخر ذي وفرق آخر لابي حنيفة رح بين البيع والشراء ان الامر بالبيع في صورة التوكيل بالبيع يصادف ملكه اي ملك الآمر فيصح اي الامر بالبيع لولاية الآمر على ملكه فيعتبر فيه اطلاقه اي اطلاق الامر والامر بالشراء في صورة التوكيل بالشراء صادف ملك الغير وهو مال البائع فلم يصح اي الامر بالشراء فلم يعتبر فيه التقييد والاطلاق اي تقييد الامر واطلاقه فيعتبر فيه المتعارف والمتعارف فيه ان يشتري العبد جملة كذا في العناية وهو الذي يساعده ظاهر لفظ المص ره قال صاحب العناية بعد ما اكتفى بهذا القدر من الشرح ولقائل ان يقول هذا التعليل يقتضي ان لا يصح التوكيل بالشراء لان التوكيل بالشراء امر بالشراء وقد قال الامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح والجواب ان القياس يقتضي ذلك ولكنه صح لحديث حكيم بن حزام فان النبي صلى الله عليه وسلم وكله بشراء الاضحية واذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن الذي في ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه الى المتعارف عملا بالدلائل بقدر الامكان ولو عملنا باطلاقه كان ذلك ابطالا للقياس والعرف من كل وجه والاعمال ولو بوجه اولى هنا كلامه اقول في الجواب شيء وهو ان حاصله انا لم نعمل بالاطلاق في صورة التوكيل بالشراء لئلا يبطل العمل بالعرف مع كونه من الدلائل فيتجه عليه ان مقتضى هذا ان لا يعمل بالاطلاق في صورة التوكيل بالبيع ايضا لئلا يبطل العمل بالعرف كذلك فان قلت لم يعمل بالقياس في صورة الشراء فلو لم يعمل بالعرف ايضا لزم ابطال الدليلين ايضا بخلاف صورة البيع حيث عمل فيها بالقياس بناء على ان الامر فيها صادف ملك الآمر قلت لا تاثير لهذا الفرق ههنا لانا انما تركنا القياس في صورة الشراء بالنص وهو اقوى من القياس فبقي الكلام في العرف فلو جاز تقييد الاطلاق به في صورة الشراء بناء على وجوب العمل بالدلائل بقدر الامكان لجاز تقييده في صورة البيع ايضا بناء على ذلك وقال صاحب غاية البيان في شرح الفرق الثاني ان الامر في صورة التوكيل بالبيع صادف ملك الآمر فصح امره لولايته على ملكه فاعتبر اطلاق الامر فجاز بيع النصف لان الامر وقع مطلقا عن الجمع والتفريق فاما الامر في صورة التوكيل بالشراء فصادف ملك الغير وهو مال البائع فلم يصح الامر مقصودا لانه لا ملك للآمر في مال الغير وانما صح ضرورة الحاجة اليه ولا عموم لما ثبت ضرورة فلم يعتبر اطلاقه فلم يجز شراء البعض لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وذلك يتادى بالمتعارف وهو شراء الكل لا البعض لان الغرض المطلوب من الكل لا يحصل بشراء البعض الا اذا اشترى الباقي قبل ان يختصما فيجوز على الآمر لانه حصل مقصوده انتهى اقول هذا القدر من البيان وان كان غير مفهوم من ظاهر لفظ المص ره الا انه حينئذ لا يتوجه السؤال الذي ذكره صاحب العناية ولا يحتاج الى ما ارتكبه في جوابه كما لا يخفى على المتامل قال اي محمد رح في شرح الجامع الصغير ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وسلمه وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري عليه اي على البائع المشتري بعيب لا يحدث مثله اي لا يحدث مثله اصلا كالاصبع الزائدة والسن الثابتة ولا يحدث مثله في مثل هذه المدة بقضاء القاضي متعلق برده اي رده بقضاء القاضي وهو احتراز عما اذا كان الرد بغير قضاء كما اذا ببينة متعلق بقضاء القاضي اي قضاه ببينة المشتري او باباء يمين اي او قضاء بابا البائع عن اليمين عند توجهها اليه او باقراره اي قضاه باقرار البائع فانه اي البائع هو المامور برده اي برد العبد الذي رد عليه على الآمر بلا حاجة الى خصومة اذا رد على الوكيل في هذه الصورة رد على الموكل فان قيل اذا اقر الوكيل بالعيب فلا حاجة الى قضاء القاضي لانه يقبله لا محالة فما معنى ذكر قضاء القاضي مع الاقرار قلنا يمكن ان يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول فقضاء القاضي كان جبرا عليه على القبول كذا في النهاية وكثير من الشروح واجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال فان قلت ان كان الوكيل مقرا بالعيب يرد عليه فلا حاجة الى قضاء القاضي فما فائدة ذكره قلت الكلام وقع في الرد على الموكل فاذا كان الرد على الوكيل باقراره بلا قضاء لا يرد

لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاءه مستندا الى هذه الحجج وتاويل اشتراطها في الكتاب
ان القاضي يعلم انه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور
التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها في الرد

على الموكل وان كان عيبا لا يحدث مثله في عامة روايات المبسوط فظهرت الفائدة اذن فافهمه واغتنمه انتهى كلامه اقول هذا الجواب ليس بشاف اذ هو
لا يحسم عرق السوال لان هاتيك الفائدة مترتبة على وقوع القضاء اي حاصلة بعد حصوله وكلام السائل في سبب وقوع القضاء ابتداء يعني ان القضاء
انما شرع لفصل الخصومات ودفع المنازعات ولا شك ان فصل الخصومة ودفع المنازعة فرع تحقق الخصومة والمنازعة فيما اذا اقر الوكيل بالعيب لا خصومة ولا منازعة
فلا حاجة الى القضاء راسا فباي سبب يقع القضاء حتى يترتب عليه تلك الفائدة فالجواب الثاني هو الاول لان امتناع المقر بالعيب عن قبول العيب يقتضي الاحتياج
الى وقوع القضاء عليه بالجبر على القبول قال المص ره في تعليل المسئلة المذكورة لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع اذ الكلام في عيب لا يحدث مثله
فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج يعني البينة والنكول والاقرار قال جماعة من الشراح هذا جواب عن سوال سائل وهو ان يقال لما كان العيب لا يحدث مثله
كالاصبع الزائدة لم يتوقف قضاء القاضي على وجود هذه الحجج بل ينبغي ان يقضي القاضي بدونها لعلمه قطعا بوجود هذا العيب عند البائع فاجاب بان قال لم يكن
قضاؤه مستندا الى هذه الحجج الخ اقول لا يذهب على من له ذوق صحيح ان معنى هذا الكلام وان كان صالحا لان يكون جوابا عن ذلك السوال الا ان تفريع قوله فلم يكن
قضاؤه مستندا الى هذه الحجج على ما قبله بادخال الفاء عليه يابى ذلك جدا لان منشأ السوال ما قبل هذا القول فكيف يتم تفريع الجواب عليه وكان صاحب النهاية دقق
هذه البضاعة حيث قال في شرح قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج هذا الذي ذكره دفع لسوال سائل فقرر السوال بالوجه المذكور ثم لما جاء الى تقرير الجواب
قال فاجاب عنه بقوله وتاويل اشتراطها في الكتاب ان القاضي يعلم الخ فجعل الجواب قوله وتاويل اشتراطها في الكتاب الخ دون قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الى
هذه الحجج لكن لا يجدي ذلك طائلا اما اولا فلانه قد اعترف ابتداء في شرح قوله فلم يكن قضاؤه الى آخره بان هذا دفع لذلك السوال واما ثانيا فلانه لا مجال لاخراج
قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج عن جواب ذلك السوال وادخاله في التعليل السابق لان التعليل المذكور قد تم بدون القول المذبور والجواب عن ذلك
السوال لا يتم بدون هذا كما لا يخفى واما صاحب معراج الدراية وغيره لما راوا معنى الكلام بمقتضى المقام غير قابل للصرف الى غير ذلك صرحوا بان قوله فلم يكن قضاؤه
مستندا الخ جواب عن ذلك السوال ولكن لم يتعرض احد منهم لبيان كاكة النارج فتلخص مما ذكرنا انه لو قال المص ره ولم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج
بتبديل الفاء بالواو لكان كلامه اسلم واوفى تاويل اشتراطها اي اشتراط هذه الحجج في الكتاب يعني الجامع الصغير ان القاضي يعلم انه اي العيب المذكور لا يحدث
مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه اي على القاضي تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج اي واحدة منها لظهور التاريخ اي لاجل ظهور التاريخ عنده حتى يتبين له ان
هذا العيب كان في يد البائع فيرد المبيع عليه او كان عيبا اشارة الى تاويل آخر اي او كان العيب الذي يريد المشتري الرد به عيبا لا يعرفه الا النساء كالقرن في
الفرج ونحوه او الاطباء اي او عيبا لا يعرفه الا الاطباء كالدق والسعال القديم وقولهن اي قول النساء وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة للمشتري
لا في الرد اي ليس بحجة في الرد على البائع فيفتقر اي القاضي اليها اي الى الحجج المذكورة في الرد على البائع اقول في هذا التاويل نظر اذ على هذا لا يتم قول
المص ره فيما مر آنفا فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج والاحتياج الى التاويل انما كان لاجل تتميم ذلك بل على هذا لا يتم جواب اصل المسئلة ايضا اذ ينبغي
حينئذ ان يكون الجواب في الرد على المامور بعيب لا يحدث مثله مثل الجواب في الرد عليه بعيب يحدث مثله في صورة ان كان ذلك باقرار لانه لما لم يكن
قول النساء ولا قول الاطباء حجة في حق الرد بل كان القاضي فيه مفتقرا الى احدى الحجج المذكورة فيما لا يحدث مثله ايضا كان قضاؤه على المامور باقراره
قضاء بحجة قاصرة لم يضطر المامور اليها فينبغي ان لا يتعدى الى الامر بعين ما ذكروا فيما يحدث مثله فتامل ثم ان صاحب الكافي زاد ههنا تاويلا ثالثا وقدمه على
التاويلين اللذين ذكرهما المص ره حيث قال ومعنى شرط البينة والنكول والاقرار ان يشتبه على القاضي ان هذا العيب قديم ام لا او علم انه لا يحدث في مدة شهر مثلا

حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شئ منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة

قال وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء عين لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع فلزم الآمر قال فان كان ذلك باقرار لزم المامور لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء باقرار والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما

ولكن لا يعلم تاريخ البيع فاحتاج الى هذه الحجج لتظهر التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء كالقرن في الفرج ونحوه وقولهن قول الطبيب حجة في توجه الخصومة ولكن لا يثبت الرد بقولهن فيفتقر الى هذه الحجج للرد انتهى وذكره صاحب غاية البيان ايضا اقول ذلك التاويل مما لا يرى له وجه صحة ههنا لان الكلام في الرد بعيب لا يحدث مثله والعيب الذي يشتبه على القاضي انه قديم ام لا مما يحدث مثله لا شك ان المراد ما يحدث مثله ما يجوز ان يحدث مثله عند المشتري لا ما يتعين حدوثه عنده والا لما صح رده على البائع ولو بحجة وان المراد بما لا يحدث مثله ما لا يجوز ان يحدث مثله عند المشتري فالذي يشتبه انه قديم ام لا مما يجوز ان يحدث مثله والا لما اشتبه حاله فان ما لا يجوز ان يحدث مثله قديم البتة حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج اي القاضي الى شئ منها اي من تلك الحجج وهو اي الرد على الوكيل رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة مع الموكل لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل وكذلك اذا رده اي وكذلك الحكم اذا رد المشتري العبد عليه اي على الوكيل بعيب اي بسبب عيب يحدث مثله ببينة متعلق برده اي رده عليه ببينة او باباء يمين او بالنكول عن اليمين لان البينة حجة مطلقة اي كاملة فيتعدى كذا في العناية وهو الظاهر وقيل اي مثبتة عند الناس كافة فثبت بها قيام العيب عند الموكل فينفذ الرد على الموكل كذا في معراج الدراية اخذا من الكافي والوكيل مضطر في النكول هذا جواب عن خلاف زفر في اباء يمين فانه قال لو رد على الوكيل بنكوله لم يكن له ان يرده على الموكل كمن اشترى شيئا وباعه من غيره ثم ان المشتري الثاني وجد عيبا فرده على المشتري الاول بنكوله لم يكن له ان يرده على بائعه فجعل هذا والرد عليه باقراره سواء في حق البائع فكذا في حق الوكيل ولكنا نقول الوكيل مضطر في هذا النكول لبعد العيب عن علمه اي عن علم العيب باعتبار عدم ممارسته المبيع فانه لم يمارس احوال المبيع وهو العبد فلا يعرف بعيب ملك الغير فيخاف ان يحلف كاذبا فينكل والموكل هو الذي اوقعه في هذه الورطة فكان الخلاص عليه غير رجع عليه بما لحقه عن العهدة فيلزم الآمر اي فيلزم العبد الايراد فيلزم حكم النكول الآمر بخلاف ما اذا اقر فانه غير مضطر الى الاقرار لانه يمكنه ان يسكت حتى يعرض عليه اليمين ويقضى عليه بالنكول فيكون هو في الاقرار مختارا لا مضطرا وبخلاف المشتري الاول فانه مضطر الى النكول ولكن في عمل باشره لنفسه فلا يرجع بعهدة عمله على غيره كذا في المبسوط والفوائد الظهيرية قال اي محمد رح في الجامع الصغير فان كان ذلك اي الرد على الوكيل باقرار اي باقراره لزم المامور اي لزم العبد المامور وهو الوكيل لان الاقرار حجة قاصرة فيظهر في حق المقر دون غيره وهو اي المامور غير مضطر اليه اي الى الاقرار لامكانه السكوت والنكول يدفع السكوت والنكول يعني يمكنه السكوت والنكول حتى يعرض عليه اليمين ويقضى عليه بالسكوت والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل يعني لكن للوكيل ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله او بنكول الموكل قال بعض الفضلاء لم يذكر الاقرار اذ لا فائدة في المخاصمة ههنا اذا كان مقرا بخلاف الوكيل انتهى اقول ليس هذا بتام اذ يجوز ان يقر الموكل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول ففائدة الخصومة ان يجبره القاضي على القبول كله قالوا في اقرار الوكيل على انه يجوز ان يظهر اقرار الموكل بعد مخاصمة الوكيل لا قبلها فلا معنى لقوله اذ لا فائدة في المخاصمة ههنا اذا كان مقرا فتدبر بخلاف ما اذا كان الرد اي الرد باقرار الوكيل بغير قضاء يعني ان ما سبق من ان للوكيل ان يخاصم الموكل فيما اذا كان الرد على الوكيل بقضاء القاضي باقراره واما اذا كان ذلك بغير قضاء والعيب يحدث مثله فبخلافه حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه يعني الموكل لانه اي الرد بالاقرار والرضا من غير قضاء بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حق المتعاقدين والبائع يعني الموكل ثالثهما اي ثالث المتعاقدين وهما الوكيل والمشتري قال صاحب غاية البيان وكان ينبغي ان يقول ان يخاصم موكله او يقول الآمر وكان ينبغي ايضا ان يقول مكان قوله والبائع ثالثهما والموكل ثالثهما او الآمر ثالثهما لان الكلام في مخاصمة الوكيل مع الموكل وهو ليس ببائع انتهى واعتذر عنه صاحب العناية بان قال عبر عنه بالبائع لان المبيع لما انتقل

والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار ومن حيث الفسخ كان له ان يخاصمه ومن حيث التصور
في الحجة لا يلزم الموكل الا الحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية
لان الرد متعين وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصمه لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد

الى الوكيل ويقر عليه بامر قد حصل من جهته وكانه باعه اياه انتهى والرد بالقضاء فسخ هذا جواب سوال وهو ان يقال ينبغي ان لا يكون للوكيل حق الخصومة
مع الموكل اصلا فيما اذا حصل الرد باقرار الوكيل لكونه بيعا جديدا في حق الموكل فقال الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي يعني ان الرد بالقضاء لا يحتمل ان يكون
عقدا مبتدأ لفقد شرطه وهو التراضي لان القاضي يرده على كره منه فيجعل فسخا لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار يعني لكن الفسخ استند الى الحجة
قاصرة وهي الاقرار فعملنا بالجهتين فمن حيث الفسخ اي من حيث ان الرد بالقضاء فسخ كان له اي للوكيل ان يخاصمه اي مع الموكل ومن حيث التصور اي
من حيث ان الاقرار حجة قاصرة لا يلزم الموكل الا الحجة اي الا باقامة الوكيل الحجة على الموكل قال صاحب العناية وهذه فائدة الحاجة الى القضاء مع الاقرار فيسقط
ما قال في النهاية اذا اقر الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ الى قضاء لانه يقبله لا محالة انتهى اقول فيه بحث اذ قد عرفت فيما ذكرناه من قبل ان هذه الفائدة فائدة
مترتبة على تحقق القضاء حاصلة بعد حصوله وما قال في النهاية انما هو في اصل تحقق القضاء وحصوله ابتداء فانه اذا اقر الوكيل بالبيع لم يبق هناك حاجة الى
قضاء فمن اي جهة يتحقق القضاء حتى يترتب عليه الفائدة المذكورة وهذا كلام جيد لا يسقط بما توهمه صاحب العناية فان للسائل ان يقول ثبت العين ثم انتقض ثم ان صاحب العناية
لم يتنبه على ذلك القول بل ذكره بطريق السوال واجاب عنه بان يقول يمكن ان يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول فيقضي القاضي كان جبرا عليه
على القبول انتهى وقد ذكرنا السوال والجواب في اول المسئلة ولا يخفى ان ذلك الجواب جواب حسن من وجه وجيه فان فيه لمندوحة عن التوجيه الذي تمحل به المعترض
في باب خيار العيب في مسئلة رد المشتري الثاني على المشتري الاول بعيب بقضاء القاضي باقرار او بينة او بايمان حيث قال هناك ومعنى القضاء بالاخر
انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة انتهى فتفكر فان قيل اذا كان الرد باقرار الوكيل بغير قضاء ينبغي ان يكون له ولاية الرد على الموكل كما في الوكيل بالاجارة فانه اذا
آجر وسلم ثم طعن المستاجر فيه بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء فانه يلزم الموكل ولم يعتبر اجارة جديدة في حق الموكل فكذا هنا قلنا من اصحابنا من قال لا فرق بينهما في
الحقيقة لان المعقود عليه في اجارة الدار لا يصير مقبوضا بقبض الدار ولهذا لو تلف بانهدام الدار كان في ضمان المؤجر فيكون هذا من البيع بمنزلة ما لو قبله الوكيل
بالعيب قبل القبض بغير قضاء وهناك يلزم الامر فكذا في الاجارة وقال شمس الائمة السرخسي وفي الكتاب علل للفرق بين الفصلين وقال ان فسخ الاجارة ليس
باجارة في حق احد لان على احد الطريقين الاجارة عقود متفرقة بتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنافع فبعد الرد بالعيب يمتنع الانعقاد الا ان يجعل ذلك عقدا
مبتدأ وعلى الطريقة الاخرى العقد منعقد باعتبار اقامة الدار مقام المعقود عليه وهو المنفعة وهذا حكم قد ثبت بالضرورة فلا يعدو موضعها ولا ضرورة الى ان
يجعل الرد بالعيب عقدا مبتدأ ليقام الدار مقام المنفعة كذا في النهاية ومعراج الدراية ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء اي وكان الرد بغير قضاء
باقراره اي باقرار الوكيل يلزم الموكل من غير خصومة في رواية اي في رواية كتاب البيوع من الاصل لان الرد متعين وذلك لانهما فعلا غير ما يفعله القاضي
لو رفع الامر اليه فانهما لو رفعا الامر اليه في عيب لا يحدث مثله رده على الوكيل ولا يكلفه اقامة الحجة على ذلك وكان ذلك ردا على الموكل قال في الكافي
فاذا تعين الرد صار تسليم الخصم وتسليم القاضي سواء كتسليم الشفعة وقضاء الدين والرجوع في الهبة وفي عامة الروايات اي عامة روايات المبسوط
ليس له اي للوكيل ان يخاصمه يعني لا يلزم الموكل وليس للوكيل ان يخاصمه لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه بيع جديد في حق ثالث والحق الى
حق المشتري في وصف السلامة هذا جواب عن قوله في رواية كتاب البيوع لان الرد متعين يعني لا نسلم ان الرد متعين لان حق المشتري
يثبت اولا في الجزء الفائت وهو وصف السلامة ثم ينتقل ضرورة العجز عن ذلك الى الرد ثم ينتقل بامتناع الرد بحدوث عيب او بحدوث زيادة في
المبيع الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد فيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحول الى غيره فلا يتم القياس لعدم الجامع قال المص رح

وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا قال ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لان الآمر يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق قال وان اختلفا في رب المال ورب المال فالقول قول المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق فيه بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند ابي حنيفة وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه

وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا يريد بالكفاية كفاية المنتهى وهي شرح للبداية الفها المصنف قبل الهداية كما ذكره في الديباجة ولم نعلم وجودها الآن ولم يصح ان احدا رأها قال الامام الزيلعي في التبيين بعد بيان المقام على الوجه المذكور وهكذا ذكر الروايتان في شروح الجامع الصغير وغيرها وبين الروايتين تناقض كثير لان فيه نزولا من اللزوم الى ان لا يخاصم بالكلية وكان الاقرب ان يقال لا يلزمه وكان له ان يخاصم انتهى اقول ولعمري ان رتبة لا تحمل الاقدام على مثل هذا الكلام لان ما صدره اقرب قول ثالث لا رواية فيه عن المجتهدين فكيف يصح الجرأة عليه من عند نفسه بعد الاطلاع على الادلة المذكورة فانها تقتضي احدى الروايتين البتة لا غير كما لا يخفى على المتامل قال اي قال محمد رح في الجامع الصغير ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر يعني اذا اختلفا الآمر والمأمور في اطلاق التصرف وتقييده فقال الآمر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور بل امرتني ببيعه ولم تقل شيئا زائدا عليه فالقول قول الآمر لان الآمر يستفاد من جهته اي من جهة الآمر ومن يستفاد الامر من جهته فهو اعلم بما قاله فكان هو المعتبر الا اذا كان في العقد ما يخالف مدعاه وليس بموجود وقد اشار اليه بقوله ولا دلالة على الاطلاق اذ الامر بالبيع قد يكون مقيدا وقد يكون مطلقا ولا دليل على احد الوجهين على ان الاصل في عقد الوكالة التقييد لان بناءه على التقييد حيث لا يثبت بدون ذلك فانه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلا ببيعه الا ترى انه لو قال لغيره وكلتك بمالي او في مالي لا يملك الا الحفظ وكان مدعيا لما هو الاصل فيه فكان القول قوله قال اي محمد رح في الجامع الصغير وان اختلف في ذلك قال اي في الاطلاق والتقييد المضارب ورب المال فقال رب المال امرتك بالنقد وقال المضارب بل دفعت مضاربة ولم تعين شيئا فالقول قول المضارب قال صاحب العناية في تصوير الاختلاف ههنا فقال رب المال امرتك ان تعمل في البر وقال المضارب دفعت الي المال مضاربة ولم تقل شيئا اقول هذا التصوير لا يطابق المشروح وهو مسئلة الجامع الصغير فان صورتها هكذا محمد رح عن يعقوب عن ابي حنيفة رح في رجل دفع الى رجل مالا مضاربة فاختلفا فقال رب المال امرتك ان تبيع بالنقد دون ما سواه وقال المضارب اطلقتني المال مضاربة ولم تقل شيئا قال القول قول المضارب الذي اخذ المال انتهى لفظ محمد رح قال المصنف في تعليل هذه المسئلة لان الاصل في المضاربة العموم يعني ان الامر وان كان مستفادا من جهة رب المال الا ان في العقد ما يخالف دعواه بناء على ان الاصل في المضاربة العموم والاطلاق الا ترى انه اي المضارب يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة يعني ان المضاربة تصح عند الاطلاق ويثبت الاذن عاما فقامت دلالة الاطلاق اي فقامت دلالة الاطلاق فمن ادعى الاطلاق في المضاربة كان مدعيا لما هو الاصل فيها فكان القول قوله بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع اي في نوع مسمى والمضارب في نوع آخر اي وادعى المضارب المضاربة في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق فيه بتصادقهما فنزل اي عقد المضاربة الى الوكالة المحضة وفيها القول للآمر كما مر آنفا ثم مطلق الامر بالبيع في صورة الوكالة ينتظمه اي ينتظم البيع نقدا ونسيئة الى اي اجل كان متعارف عند التجار في تلك السلعة او غير متعارف فيها عند ابي حنيفة رح وعندهما يتقيد باجل متعارف حتى لو باع باجل غير متعارف عند التجار بان باع الى خمسين سنة جاز عنده خلافا لهما والوجه قد تقدم من الجانبين قد تقدم في مسئلة الوكيل بالبيع فان ابا حنيفة رح عمل بالاطلاق وهما بالمتعارف قال صاحب العناية وكان الانسب ان يذكر مسئلة النسيئة في اوائل الفصل عند قوله والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير كما اشار الى ذلك الموضع بقوله والوجه قد تقدم قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع اي الرهن في يده او اخذ به اي بالثمن كفيلا فتوى المال عليه اي على الكفيل فلا ضمان عليه اي على المأمور قال الكاكي في معراج الدراية فلا ضمان عليه اي على الكفيل وتبعه اي الشارح العيني اقول لا وجه له اصلا اذ الضمان على الكفيل امر مقرر ليس بمحل الشك فضلا عن الحكم بخلافه وانما الكلام في عدم الضمان على الوكيل اذ هو

لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة بجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه بفعله نائب في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك المطالبة وهذا فصل واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك

محل الشبهة فهو موضع البيان اي يرجع الى قول المص في تعليل المسئلة لان الوكيل اصيل في الحقوق اي في حقوق العقد وقبض الثمن منها اي من الحقوق والكفالة توثق به اي بالثمن والارتهان وثيقة بجانب الاستيفاء اي بجانب استيفاء الثمن فقد انزلوا بالكفالة والرهن معنى الوثيقة وكانا موكلين بحق استيفاء الثمن فيملكهما اي فيملكهما الوكيل فاذا ضاع الرهن في يده لم يضمن لان استيفاء الرهن كاستيفاء الثمن من حيث انه بدل القيم مقامه ولو هلك الثمن في يده هلك امانة فكذا الرهن قيل المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة لان الاصيل لا يبرأ وقيل بل هي على حقيقتها والتوى فيها بان يموت الكفيل والاصيل مفلسين وقيل التوى فيها بان يرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل فيحكم بها براءة ويموت الكفيل مفلسا كذا في الشروح واعلم ان القول الثالث هو الذي ذهب اليه صاحب الكنز في حيث قال وتوى المال على الكفيل بان يرفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل فيحكم ببراءة الاصيل فيتوى المال على الكفيل انتهى وان الامام الزيلعي قد اختار ذلك وزيف القولين الاولين حيث قال في التبيين في النهاية المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة وهو حمل الكفالة على حقيقتها فان التوى يتحقق فيها بان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين وهذا كله ليس بشيء لان المراد ههنا توى مضاف الى اخذه الكفيل بحيث انه لو لم يأخذ كفيلا لم يتوه كما في الرهن والتوى الذي ذكره ههنا غير مضاف الى اخذه الكفيل بدليل انه لو لم يأخذ كفيلا ايضا التوى بموت من عليه الدين مفلسا وحمله على الحوالة فاسد لان الدين لا يتوى فيها بموت المحال عليه مفلسا بل يرجع به على المحيل وانما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة والاوجه ان يقال المراد بالتوى توى مضاف الى اخذه الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة الى حاكم يرى براءة الاصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الاصيل بموته مفلسا مثل ان يكون القاضي مالكيا ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا الى هنا كلامه فتامل بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا اخذ بالدين رهنا او كفيلا فانه لا يجوز لانه اي الوكيل بقبض الدين فعل نيابة اي يتصرف نيابة عن الموكل حتى اذا نهاه الموكل عن القبض صح نهيه وقد نابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن فيقتصر على قدر المأمور به دون غيره والوكيل بالبيع يقبض اي يقبض الثمن اصالة لا نيابة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه اي عن قبض الثمن فينزل الوكيل في ذلك منزلة المالك والمالك لو اخذ بالثمن رهنا او اخذ به كفيلا جاز فكذلك الوكيل بالبيع

فصل

لما ذكر حكم وكالة الواحد ذكر في هذا الفصل حكم وكالة الاثنين لما ان الاثنين بعد الواحد فكذلك حكمها كذا في الشروح قال في غاية البيان لم يذكر هذا الوجه ولكن مع هذا لم يكن لذكر الفصل كثير حاجة الا ان يقال لفهم ههنا شيء آخر غير الوكالة بالبيع وهو الوكالة بالخلع والطلاق والتزويج والكتابة والاعتاق والاجارة وهذا احسن انتهى واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان هذا الحكم فيما اذا وكلهما بكلام واحد بان قال وكلتهما ببيع عبدي او بخلع امرأتي واما اذا وكلتهما بكلامين كان لكل واحد منهما ان ينفرد بالتصرف كما صرح به في المبسوط حيث قال في باب الوكالة بالبيع والشراء واذا وكل رجلا ببيع عبده ووكل آخر به ايضا فايهما باع جاز لانه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد حين وكله ببيعه وجده بخلاف الوصيين اذا اوصى الى كل واحد منهما في عقد على حدة حيث لا ينفرد واحد منهما بالتصرف في اصح القولين لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة وههنا حكم الوكالة يثبت بنفس التوكيل فاذا انفرد كل واحد منهما بالعقد استبد به كل واحد منهما بالتصرف انتهى قال المص وهذا اي الحكم المذكور في مختصر القدوري وهو عدم جواز تصرف احد الوكيلين دون الآخر في تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك اقول فيه شيء وهو انه لو كان هذا الذي ذكره القدوري في مختصره مبتدأ بتصرف يحتاج فيه الى الرأي لما احتاج الى استثناء امور رابعة من الامور الخمسة التي استثنى التوكيل بها من الحكم المذكور وهي ما سوى الخصومة لانها مما لا يحتاج فيه الى الرأي كما سيأتي التصريح به من المص ومع ذلك لما تم الجمع بين تلك الامور الخمسة في الاستثناء بكلمة واحدة

لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري
قال الا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع فيها متعذر والافضاء الى الشغب في مجلس القضاء والرأي يحتاج اليه
سابقا لتقويم الخصومة قال او بطلاق زوجته بغير عوض او بعتق عبد بغير عوض او بهبة عبده

لان الاستثناء يصير حينئذ متصلا بالنظر الى التوكيل بالخصومة ومنقطعا بالنظر الى التوكيل بما سواها وقد تقرر في كتب الاصول ان صيغة الاستثناء حقيقة في المتصل
مجاز في المنقطع فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فالاظهر ان كلام القدوري ههنا مطلق وبعد الاستثناء الآتي يخرج منه ما لا يحتاج فيه الى الرأي وما يحتاج
فيه الى الرأي ولكن يتعذر الاجتماع عليه كالخصومة ويبقى الاستثناء متصلا بالنظر الى الكل فينتظم المقام ويندفع المرام فان قلت ليس مراد المص ان كلام القدوري
ههنا مقيد بما ذكره المص قبل دخول الاستثناء عليه حتى يرد عليه ما ذكر بل مراده بيان حاصل المعنى بملاحظة دخول الاستثناء الآتي عليه قلت حاصل المعنى
ههنا بملاحظة الاستثناء الآتي ان يكون التوكيل في تصرف يحتاج فيه الى الرأي ولا يتعذر الاجتماع عليه وهذا اخص مما ذكره المص فبان المعنى ههنا بما ذكره لا يطابق
الحاصل من كلام القدوري لا قبل الاستثناء ولا بعده فالاعتبار كثير طائل كما لا يخفى وقال المص في تعليل اصل المسألة لان الموكل رضي برأيهما لا برأي
احدهما اذ لا ينال برأي احدهما ما ينال برأيهما حتى ان رجلا لو وكل رجلين ببيع او بشراء فباع احدهما او اشترى وللآخر حاضر لم يجز الا ان يجيز الآخر وفي
المنتقى وكل رجلين ببيع عبد فباعه احدهما والآخر حاضر فاجازه جاز وان كان غائبا عنه فاجازه لم يجز في قول ابي حنيفة رحمه الله كذا في الذخيرة وذكر في المبسوط
لو وكل رجلين ببيع شيء واحد هما عبد محجور او صبي لم يجز للآخر ان ينفرد ببيعه لانه ما رضي ببيعه وحده حين ضم اليه رأي الآخر ولو كان حين فباع احدهما و
الآخر حاضر فاجازه كان جائزا لان تمام العقد برأيهما ولو مات احدهما او ذهب عقله لم يكن للآخر ان يبيعه وحده لانه ما رضي برأيه وحده والبدل وان كان مقدرا
هذا جواب شبهة وهي انه اذا قدر الموكل البدل في البيع ونحوه لا يحتاج الى الرأي فينبغي ان ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في ذلك كما في التوكيل بالاعتاق بغير مال
فاجاب عنها بان البدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري اي ان تقدير البدل انما يمنع النقصان
لا الزيادة وربما يزداد الثمن عند اجتماعهما لذكاء احدهما وفراسته دون الآخر فيحتاج الى الرأي وكذا يختار احدهما المشتري الذي يرى الرأي
في الثمن دون الآخر فيحتاج الى ذلك من هذه الحيثية ايضا قال اي القدوري في مختصره الا ان يوكلهما بالخصومة هذا استثناء من قوله فليس لاحدهما ان
يتصرف فيما وكلا به دون الآخر يعني ان احد الوكيلين لا يتصرف بانفراده الا في الخصومة فانه لو خاصم احدهما بدون الآخر جاز وذكر في الفوائد الظهيرية فاذا
انفرد احدهما بالخصومة هل يشترط حضرة صاحبه في خصومته بعض مشايخنا قالوا لا يشترط وبعض مشايخنا على انه لا يشترط واطلاق محمد رحمه الله يدل على هذا قال
المص في تعليل ما في الكتاب لان الاجتماع فيها اي في الخصومة متعذر والافضاء الى الشغب بالتسكين تهييج الشر ولا يقال شغب بالتحريك كذا
في الصحاح في مجلس القضاء ولا بد من صيانة مجلس القضاء عن الشغب لان المقصود فيه اظهار الحق وبالشغب لا يحصل ولان فيه ذهاب مهابة مجلس
القضاء فلما وكلهما بالخصومة مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضيا بخصومة احدهما والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة اشارة الى ما قال
زفر رحمه الله فانه قال ليس لاحدهما ان يخاصم دون صاحبه فان الخصومة يحتاج فيها الى الرأي والموكل انما رضي برأيهما وجه الدفع ان المعقود به هو اجتماع
الرأيين يحصل بتقويم الخصومة سابقا عليها فيكتفى بذلك قال اي القدوري في مختصره او بطلاق زوجته بغير عوض هذا وما بعده معطوف على المستثنى و
هو قوله بالخصومة اي وان يوكلهما بطلاق زوجته بغير عوض فان لاحدهما ان يطلقها بانفراده او بعتق عبده بغير عوض اي وان يوكلهما بعتق عبده
بغير عوض فان لاحدهما ان يعتقه وحده او بهبة وحده او بهبة عبده اي وان يوكلهما بهبة وديعة فان لاحدهما ان يهبها منفردا وقيد بهبتها اذ لو وكلهما بقبض وديعة له لم يكن
لواحد منهما ان ينفرد بالقبض صرح به في الذخيرة فقال قال محمد رحمه الله في الاصل اذا وكل رجلين بقبض وديعة له فقبض احدهما بغير اذن صاحبه كان ضامنا لانه شرط
اجتماعهما على القبض واجتماعهما عليه يمكن وللموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين انفع فاذا قبض احدهما صار قابضا بغير اذن المالك فيصير ضامنا ثم قال فان قيل ينبغي

او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما حيث لا يجوز انفراد احدهما لانه تفويض الى رأيهما لانه تمليك مقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما فاعتبر بدخولهما

ان يصير ضامنا للنصف لان كل واحد منهما مامور بقبض النصف قلنا كل واحد منهما مامور بقبض النصف اذا قبض مع صاحبه واما في حالة الانفراد فغير مامور بقبض شيء انتهى وذكر صاحب العناية مضمون ما في الذخيرة ههنا ولكن ما عزاه الى الذخيرة وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن العناية وفيه كلام وهو ان هذا انما يتم فيما يقسم عند ابي حنيفة رح على ما يجيء في الوديعة انتهى اقول ليس كلامه بشيء او منشأ وهو الغفول عن قيد الاذن فان الذي سيجيء في الوديعة هو انه ان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم له يجوز ان يدفعه احدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن الآخر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا احدهما ان يحفظه باذن الآخر في الوجهين انتهى ولا يخفى ان المفهوم عنه ان لا يجوز حفظ احدهما للكل بلا اذن صاحبه في الوجهين معا بلا خلاف فان لا يجوز ذلك باذن الآخر ايضا فيما يقسم عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما واذكر في الذخيرة وفي العناية انما هو فيما اذا قبض احدهما الكل بغير اذن صاحبه فهو تام في الوجهين معا بالاتفاق او قضاء دين عليه اي او ان يوكلهما بقضاء دين على الموكل فان لاحدهما الانفراد فيه ايضا لان هذه الاشياء يعني الطلاق بغير عوض والعتاق بغير عوض والوديعة وقضاء الدين لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو اي بل الوارد الوكالة فيها تعبير محض اي تعبير محض لكلام الموكل وعبارة المثنى والواحد سواء لعدم الاختلاف في المعنى وهذا اي جواز انفراد احدهما بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما حيث لا يجوز انفراد احدهما في هاتين الصورتين لانه اي لان ما قاله لهما فيهما تفويض الى رأيهما فلا بد من اجتماعهما ونور ذلك لقوله الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس كما مر في باب تفويض الطلاق واذا كان تمليكا صار التطليق مملوكا لهما فلا يقدر احدهما على التصرف في ملك الآخر قيل ينبغي ان يقدر احدهما على ايقاع نصف تطليقة واجيب بانه فيه ابطال حق الآمر او بايقاع النصف تقع تطليقة كاملة فان قيل الابطال ههنا ضمني فلا يعتبر اجيب بانه لا حاجة الى ذلك الابطال مع قدرتهما الى الاجتماع وقال بعض الفضلاء قوله الا ترى لانه تمليك مقتصر على المجلس منقوض بقوله طلقاها فانه تمليك ايضا كما سبق في باب الاختلاف في الشهادة لا تدخل للاقتصار على المجلس في كونه تمليكا انتهى اقول جميع مقدمات دليله على النقض سقيم اما قوله فانه تمليك ايضا فانه خلاف المقرر لان قوله طلقاها بدون التعليق بالمشيئة توكيل لا تمليك وقد صرح به المص رح في باب تفويض الطلاق حيث قال وان قال لرجل طلق امرأتي فله ان يطلقها في المجلس وبعده ولا ان يرجع لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لانها غاية لتقسيمها فصار تمليكا لا توكيلا انتهى واما قوله كما سبق في باب الاختلاف في الشهادة فلانه خلاف الواقع كما يظهر بمراجعة محله واما قوله ولا تدخل للاقتصار على المجلس في كونه تمليكا فلانه خلاف المصرح به الا يرى الى قول المص رح في اول فصل الاختيار من باب تفويض الطلاق ولانه تمليك الفصل منها والتمليكات يقتضي جوابا في المجلس كما في البيع انتهى والى قوله في اواسط فصل الامر باليد من ذلك الباب والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه انتهى ولانه اي الامر علق الطلاق بفعلهما اي بفعل المامورين فاعتبر صيغة امر من الاعتبار بدخولهما اي فاعتبر تعليق الطلاق بفعل الرجلين بتعليق الطلاق بدخول الرجلين اي بدخولهما الدار مثلا يعني يشترط ثمة لوقوع الطلاق بدخول الرجلين اي بدخولهما جميعا حتى لو قال ان دخلتما الدار فهي طالق لا يطلق ما لم يوجد الدخول منهما جميعا فكذلك ههنا لا يقع الطلاق ما لم يوجد فعل التطليق منهما جميعا قال صاحب النهاية قوله ولانه علق الطلاق بفعلهما راجع الى قوله طلقاها ان شئتما وقوله لانه تفويض الى رأيهما راجع اليهما او الى قوله امرها بايديكما وقد تعسف في جعل قوله ولانه علق الطلاق بفعلهما راجعا الى قوله طلقاها ان شئتما كثير من الشراح فمنهم من صرح به كصاحب العناية حيث قال قوله ولانه علق الطلاق متعلق بقوله طلقاها ان شئتما ومنهم من اظهره في اثناء التحرير وهو صاحب غاية البيان وغيره حيث قالوا بصدد بيان قول المص رح فاعتبر دخولهما حتى لو قال ان دخلتما الدار فهي طالق لا يطلق ما لم يوجد الدخول منهما جميعا فكذا ههنا في قوله طلقاها ان شئتما لا يقع الطلاق ما لم يوجد فعل التطليق منهما جميعا

قال وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضي برائه والناس متفاوتون في الآراء قال الا ان يأذن له الموكل لوجود الرضاء او يقول له اعمل برائك لاطلاق التفويض الى رائه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي

اقول وانا لا ارى باسا في ابقاء كلام المص ره هنا على ظاهر حاله وهو ان يكون كل واحد من تعليليه عاما للصورتين معا بناء على ان التعليق كما يوجد في صورة ان قال لها طلقي نفسك ان شئت مما يوجد ايضا في صورة ان قال لها امرك بيدك او قد صرح المص ره في فصل الامر باليد من باب تفويض الطلاق بان جعل الامر باليد فيه معنى التعليق وقال الشارح في بيانه وهذا لان معنى امرك بيدك ان اردت طلاقك فانت طالق انتهى ولذلك لم اخصص قوله ولانه علق الطلاق بفعلها الخ بصورة ان قال لها طلقي نفسك ان شئت بل شرعية لوجه يعم الصورتين معا كما رأته قال اي القدوري في مختصره وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه اي الموكل فوض اليه اي الى الوكيل التصرف اي التصرف الذي فيه وكل به دون التوكيل اي لم يفوض اليه التفويض بل ملك التصرف فلا يملكه وهذا اي عدم جواز التوكيل الوكيل فيما وكل به لانه اي العلة ان الموكل رضي برائه اي رأي الوكيل والناس متفاوتون في الآراء فلا يكون الرضى برائه رضا برأي غيره فيكون الوكيل في توكيل الغير مباشرا غير ما امره به الموكل فلا يجوز قال صاحب العناية وفيه تشكيك وهو ان تفاوت الآراء مدرك يتبين والا لما جاز التعليل به فيجوز ان يكون الوكيل الثاني اقوى من الاول وايضا الرضى برأي الوكيل اورد توكيله تناقض لان الوكيل الثاني لو لم يكن اقوى رأيا او قوته في رأي الاول لما وكله فرد توكيله مع الرضى برائه مما لا يجتمعان ويمكن ان يجاب عنه بان العبرة في القوة في الرأي لما يكون بحسب ظن الموكل وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأي والتصرف في الامور ولم يأذن له بالتوكيل كان الظاهر من حاله انه ظن ان لا شيء من يعرفه في هذا التصرف فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز انتهى اقول الجواب الذي ذكره انما يدفع الوجه الاول من التشكيك المذكور دون الوجه الثاني منه لان قبول توكيل الاول وان كان مناقضا لظن الموكل الا ان رد توكيله ايضا مناقض لرضى الموكل برأي الوكيل كما ذكره في الوجه الثاني منه فما الرجحان في اثبات هذا التناقض على ذلك التناقض ثم اقول في الجواب من الوجه الثاني منه ان الموكل انما رضي برأي الوكيل في تصرف خاص وهو ما وكل به من البيع او الشراء او الاجارة او نحو ذلك والتوكيل ليس بداخل في ذلك التصرف فلا تناقض في رد توكيله وانما يصير ذلك تناقضا لو كان رضا الموكل برأي الوكيل في التوكيل او برائه مطلقا ولهذا اذا اذن له الموكل في التوكيل او قال له اعمل برائك يجوز توكيله كما سيأتي واعترض بعض الفضلاء على قول المص ره لانه رضي برائه والناس متفاوتون في الآراء بان الدليل خاص بما يحتاج الى الرأي والمدعى عام لغيره ايضا اقول اصل الدليل انه رضي بفعله دون فعل غيره والناس متفاوتون في الافعال فيعم ما يعم المدعى الا انه اخرج الكلام مخرج الغالب فقال لانه رضي برائه والناس متفاوتون في الآراء قال اي القدوري في مختصره الا ان يأذن له الموكل استثناء من قوله وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به فانه اذا اذن له في ذلك يجوز ان يوكل غيره لوجود الرضى اي لوجود الرضى حينئذ برأي غيره ايضا او يقول له عطف على يأذن له الموكل اي او الا ان يقول للوكيل اعمل برائك فيجوز ايضا ان يوكل غيره لاطلاق التفويض الى رائه اي الى رأي الوكيل فيدخل توكيله الغير تحت الاجازة قال المص ره واذا جاز في هذا الوجه اي اذا جاز توكيل الوكيل غيره في هذا الوجه الذي يجوز التوكيل فيه وذلك بان يأذن له الموكل او يقول له اعمل برائك فوكل غيره يكون الثاني اي الوكيل الثاني وهو وكيل الوكيل وكيلا عن الموكل لا عن الوكيل الاول حتى لا يملك الاول اي الوكيل الاول عزله اي عزل الوكيل الثاني ولا ينعزل اي الوكيل الثاني بموته اي بموت الوكيل الاول وينعزلان اي الوكيل الاول والوكيل الثاني بموت الاول اي بموت الموكل الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي وهو ما ذكره في فصل آخر قبل باب التحكيم بقوله وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك الى ان قال واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله اقول والعجب من الشراح هنا سيما من فحولهم كصاحب النهاية وصاحب غاية البيان وصاحب معراج الدراية انهم قالوا في بيان ما مر نظيره في ادب القاضي وهو ما ذكره هناك بقوله وليس القاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك الى ان قال ولو قضى الثاني بمحضر من الاول او قضى الثاني فاجازه الاول جاز كما في الوكالة فختموا الكلام في قوله كما في الوكالة مع

قال فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور رأي الاول وقد حضر

ان نظير ما ذكره المص ره ههنا انما هو ما تركوه وهو قوله هناك بعد ذكر ما ذكروه واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله كما هو
انما اغتروا بما في قوله كما في الوكالة من التشبيه بالوكالة لكن مراده بذلك انما هو التشبيه بما سيأتي من انه ان وكل وبغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لا التشبيه
بما نحن فيه كما لا يخفى بقي ههنا بحث وهو ان قول المص ره حتى لا يملك الاول عزله ظاهر في صورة ان يأذن له الموكل في التوكيل لان الاذن له في ذلك
لا يقتضي الاذن له في العزل ايضا واما في صورة ان يقول له اعمل برأيك فهو مشكل لانهم صرحوا بان قوله اعمل برأيك بوكيل عام فيدخل في عمومه توكيل الوكيل غيره
واما اثبات صفة المالكية للوكيل فيملك توكيل غيره كالمالك فحينئذ ينبغي ان يملك الوكيل الاول عزل الوكيل الثاني ايضا بعموم وكالته عن الموكل الاول وبكونه كالمالك
باثبات صفة المالكية له كما ان للقاضي ان يستخلف على القضاء وان يعزل عنه اذا فوض اليه النصب والعزل عن قبل الخليفة على ما عرف في محله ويؤيد هذا ما ذكره الامام
قاضيخان في فتاواه حيث قال رجل وكل رجلا بالخصومة وقال له ما صنعت من شيء فهو جائز فوكل الوكيل بذلك غيره جاز توكيله ويكون الوكيل الثاني وكيل الموكل
الاول لا وكيل الوكيل حتى لو مات الوكيل الاول او عزل او جن او ارتد او لحق بدار الحرب لا ينعزل الوكيل الثاني ولو مات الموكل الاول او جن او ارتد او لحق بدار
الحرب ينعزل الوكيلان ولو عزل الوكيل الاول الوكيل الثاني جاز عزله لان الموكل الاول رضي تصنيع الاول وعزل الاول الثاني من صنيع الاول الى هنا كلامه و
لا يخفى ان الموكل الاول فيما نحن فيه ايضا رضي بعمل الوكيل الاول برأيه وان عزل الوكيل الاول الثاني من عمله برأيه فينبغي ان يجوز عزله اياه والفرق بينهما مشكل وفيه
خبط القتاد وقال اي القدوري في مختصره فان وكل اي الوكيل بغير اذن موكله فعقد وكيله اي وكيل الوكيل بحضرته اي بحضرة الوكيل الاول جاز اي جاز العقد لان
المقصود اي مقصود الموكل الاول حضور رأي الاول اي حضور رأي الوكيل الاول وقد حضر اي وقد حضر رأيه في الصورة المذكورة فيحصل مقصوده فيجاز العقد قال
صاحب النهاية فان قلت ما الفرق بين هذا وبين احد الوكيلين بالبيع اذا باع بغير اذن صاحبه فانه لم يكتف هناك بحضور حضرة صاحبه بل لا بد من الاجازة صريحا
كما ذكر في الذخيرة والمبسوط قلت ما ذكر في الجامع الصغير من ان عقد وكيل الوكيل جائز عند حضرة الوكيل الاول محمول على ما اذا اجاز الوكيل الاول عقد الوكيل
الثاني لا مطلق الحضرة هكذا ذكر في الذخيرة وقال ثم ان محمدا رحمه الله قال في الجامع الصغير اذا باع الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول جاز ولم يشترط للجواز اجازة الوكيل
الاول وهكذا ذكر في وكالة الاصل في موضع وذكر في موضع آخر من وكالة الاصل وشرط اجازته فقال اذا باع الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر او غائب فاجاز
الوكيل جاز حكى عن الكرخي انه كان يقول ليس في المسئلة روايتان ولكن ما ذكر مطلقا في بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا اجاز وكان
يحمل المطلق على المقيد والى هذا ذهب عامة المشايخ وهذا لان توكيل الوكيل الاول لما لم يصح لانه لم يؤذن له في ذلك صار وجود هذا التوكيل وعدمه بمنزلة ولو عدم
التوكيل من الاول حتى باعه هذا الرجل والوكيل غائب او حاضر وانه لا يجوز عقد هذا الفضولي الا باجازته لان الاجازة للبيع الفضولي لا يثبت بالسكوت لكون
السكوت محتملا كذا ههنا ومتى اجاز فانما يجوز لان الوكيل يملك مباشرته بنفسه فيملك اجازته بالطريق الاولى ومنهم من يجعل في المسئلتين روايتين وجه رواية
الجواز من غير اجازة الاول ان بيع الثاني حال غيبة الاول انما لا يصح لتعري العقد عن رأي الاول ومتى باع بحضرته فقد حضر هذا العقد رأي الاول وعلى هذا
احد وكيلي البيع والاجارة اذا امر صاحبه بالبيع او الاجارة فباع بحضرته في رواية لا يجوز الا باجازته وفي رواية يجوز من غير اجازته انتهى واقتفى اثره صاحب
سراج الدراية كما هو دابه في اكثر المواضع قال صاحب العناية بعد نقل السؤال والجواب وفيه نظر اما فيما نقل عن محمد رح فانه قال والوكيل الاول حاضر او
غائب فاجاز الوكيل وليس ذلك نصا في اشتراط الاجازة للحاضر بجواز ان يكون قوله فاجاز متعلقا بقوله او غائب فقط واما في تعليلهم فلانه معارض بان
المقصود هو الرأي وقد حضر كما ذكرنا انتهى واجاب بعض الفضلاء عن نظيره فيما نقل عن محمد رح حيث قال انت خبير بان قوله فاجاز الوكيل عطف على قوله اذا باع الوكيل

وتكلموا في حقوقه وان عقد في حال غيبته لم يجز لانه فات رأيه الا ان يبلغه فيجيزه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضر رأيه ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الراي يحتاج اليه فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بيناه اما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن

الثاني الخ فيكون متعلقا بكل منهما نعم لو كان العبارة واجازا لو او فيجوز كونها حالية لاحتمل ما ذكره انتهى اقول وفيه نظر لانه يجوز ان يكون الثاني في قوله فاجاز الوكيل للسببية لا للعطف كما في قولك زيد فاضل فاكرمه ونحو الذي يطير فيغضب زيد الذباب على ما ذكروا في موضعه ولئن سلم كونها للعطف وكون قوله فاجاز الوكيل عطفا على قوله اذا باع الوكيل الثاني الخ فلا نم كون قوله فاجاز الوكيل متعلقا بكل من قيدي المعطوف عليه اعني قوله والوكيل الاول حاضر او غائب اذ قد تقرر في محله ان العطف على مقيد لشيء انما يوجب تقييد المعطوف بذلك الشيء فيما اذا كان القيد مقدما على المعطوف عليه كما في قولنا يوم الجمعة قصرت فيه زيدا وقولنا ان جئتني اعطك واكسك اما فيما لا يتقدم عليه فلا يوجب تقييده بذلك في شيء وما نحن فيه من هذا القبيل كما لا يخفى فلم يجب فيه ان تقييد المعطوف بقيدي المعطوف عليه بل جاز ان يتعلق بواحد منهما فقط ثم قال صاحب العناية ولعل الصواب ان الاجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد احد الوكيلين والفرق بينهما ان وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لا محالة واما احد الوكيلين فلكذلك فلم يكن سكوته رضا لجواز ان يكون غيظا منه على استبداده بالتصرف من غير اذن من صاحبه انتهى قال المص رح وتكلموا في حقوقه اي في حقوق عقد الثاني بحضرة الاول يعني اذا باع بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من تكون لم يذكره محمد رح في الجامع الصغير وتكلم المشائخ فيه قال الامام الحبوبي منهم من قال العهدة على الاول لان الموكل انما رضي بلزوم العهدة على الاول دون الثاني ومنهم من قال العهدة على الثاني اذا نسب وهو العقد وجد من الثاني دون الاول والثاني كالوكيل للموكل الاول حتى لو مات الموكل الاول ينعزل الوكيل الثاني بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثاني وهو الوكيل الاول كذا في المنتقى وقال في الذخيرة ثم اذا باع او اشترى بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من لم يذكر محمد رح هذا الفصل في الجامع الصغير وذكر البقالي في فتاواه ان الحقوق ترجع على الاول وفي حيل الاصل والعيون ان الحقوق ترجع الى الثاني انتهى قال في فتاوى قاضيخان فان وكل غيره فباع الوكيل الثاني بحضرة الاول جاز وحقوق العقد ترجع الى الوكيل الاول عند البعض وذكر في الاصل ان الحقوق ترجع الى الوكيل الثاني وهو الصحيح انتهى وان عقد اي الوكيل الثاني في حال غيبته اي في حال غيبة الوكيل الاول لم يجز اي لم يجز العقد لانه فات رأيه اي رأي الوكيل الاول فلم يحصل مقصود الموكل وهو حضور رأيه الا ان يبلغه اي الا ان يبلغ خبر عقد الوكيل الثاني الوكيل الاول فيجيزه اي فيجيز الوكيل الاول ذلك العقد فحينئذ يجوز لتحقق رأيه وكذا لو باع غير الوكيل اي وكذا يجوز لو باع الاجنبي فبلغه اي فبلغ خبر البيع الوكيل فاجازه اي فاجاز البيع بعد بلوغ الخبر لانه حضر رأيه باجازته ولو قدر الاول اي الوكيل الاول الثمن اي ثمن ما امر ببيعه للثاني اي للوكيل الثاني الذي وكله بغير اذن موكله بان قال له بعه بكذا فعقد بغيبته اي فعقد الثاني بذلك الثمن المقدر بغيبة الاول يجوز اي العقد لان الراي يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا انما قال ظاهرا احترازا عما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن كما سياتي بيانه وقد حصل اي وقد حصل تقدير الثمن الذي هو المقصود بالراي واعلم ان هذه رواية كتاب الرهن اختارها المص رح وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان تقدير الثمن انما يمنع النقصان لا الزيادة فلو باشر الاول ربما باع بالزيادة على المقدار المعين لنكاية وهداية قال المص رح وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن فانه لا يجوز بيع احدهما بذلك المقدار لانه لما فوض اليهما اي لان الموكل لما فوض الراي الى الوكيلين مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري الذي لا يماطل في تسليم الثمن على ما بينا اشارة الى قوله فيما مر والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الراي في الزيادة واختيار المشتري اما اذا لم يقدر اي الموكل الثمن وفوض الى الاول اي وفوض الراي الى الوكيل الاول كان غرضه اي غرض الموكل رأيه اي رأي الوكيل الاول في معظم الامر اي معظم امر عقد البيع وهو التقدير في الثمن وذلك لان المقصود من البياعات الاسترباح والعادة جرت في الوكالة ان يوكل الاهدى في تحصيل الارباح وذلك

قال واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع او اشترى لها لم يجز معناه التصرف في مالها
لان الرق والكفر يقطعان الولاية الا يرى ان المرقوق لا يملك نكاح نفسه فكيف يملك نكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على
المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة
والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفويض اليهما وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله المرتد اذا اقتل على ردته والحربي كذلك لان الحربي
ابعد من الذمي فاولى بسلب الولاية واما المرتد فتصرفه في ماله ان كان نافذا عندهما كنده موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها
ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي متردده ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل وبالاسلام يجعل كانه لم يزل كان مسلما فيصح

انما يكون في التوكيل بتقدير ثمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الاول فبعد ذلك لا يبالي ببنائه الآخر عنه في مجرد العبارة كذا في الشروح اقول تعالى
ان يقول اختيار المشتري الذي لا يماطل في تسليم الثمن من مهمات البياعات ومعظمات امورها ايضا كما اشار اليه المص ره فيما مر بقوله والبدل وان كان مقدرا
ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري فكيف يتم ان يقال ههنا فبعد ذلك لا يبالي ببنائه الآخر عنه في مجرد العبارة قال اي محمد رح في
الجامع الصغير واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع اي او باع واحد منهم او اشترى لها اي للصغيرة الموصوفة المذكورة
لم يجز اي لم يجز شيء من تصرفاتهم المذكورة قال المص ره معناه اي معنى قول محمد رح او باع او اشترى لها التصرف في مالها اي في مال الصغيرة المذكورة بالبيع او الشراء
وانما احتاج الى هذا التاويل لان قوله او اشترى لها يحتمل معنيين احدهما ان يشتري لها شيئا من مال نفسه والآخر ان يشتري لها بمالها ولما كان الاول جائزا لا محالة
كان المراد ههنا هو الثاني وقال في تعليل المسئلة لان الرق والكفر يقطعان الولاية يعني ان التصرفات المذكورة من باب الولاية والرق في العبد والمكاتب والكفر في الذمي
يقطعان الولاية الا يرى ان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره يعني اذا لم يكن له ولاية على نفسه لم تكن له ولاية على غيره بالطريق الاولى لان الولاية
المتعدية فرع الولاية القاصرة وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا حتى لا تقبل شهادته اي شهادة الكافر عليه اي
على المسلم ولان هذه اي هذه الولاية ولاية نظرية اي ولاية ثابتة نظرا للضعفاء والصغار لعجزهم فلا بد من التفويض اي من تفويض هذه الولاية الى القادر المشفق
ليتحقق معنى النظر بالقدرة والشفقة والرق يزيل القدرة قال الله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء والكفر يقطع الشفقة على المسلم كما لا يخفى
فلا تفويض اليهما اي فلا تفويض هذه الولاية النظرية الى العبد والكافر قال الشارح العيني وفي بعض النسخ الى العاقد المشفق مكان القادر المشفق وجعل الشارح الكاكي
هذه النسخة اصلا وقال وفي بعض النسخ الى القادر مكان العاقد اقول وانا لم ار النسخة الى العاقد قط ولم اجد لها وجها ههنا اذ لا يوجد حينئذ لقول المص ره والرق يزيل
القدرة متعلق كما لا يخفى على الفطن قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك اي لا يجوز تصرفهما على ولدهما المسلم وماله قال الشارح
انما خص قولهما بالذكر مع ان هذا حكم يجمع عليه لان الشبهة انما ترد على قولهما لان تصرفات المرتد بالبيع والشراء ونحوهما نافذة وان قتل على الردة عندهما بناء على ملكه
وقدرته كاصلهما في تصرفاته على ولده ومال ولده فانها موقوفة بالاجماع اقول قد ادرج في قولهما الحربي ايضا والعذر الذي ذكره لا يجري فيه قطعا فلا يتم لان الحربي
وان كان مستامنا ابعد من الذمي لان الذمي صار منا دارا وان لم تصر منا دينا وقد تحقق منه ما هو خلف عن الاسلام وهو الجزية بخلاف الحربي فانه لم يتحقق في حقه شيء من
الاصل والخلف فاولى بسلب الولاية اي فالحربي اولى بسلب الولاية يعني اذا سلبت ولاية الذمي كما عرفت فالحربي اولى بسلبها واما المرتد فتصرفه في ماله ان كان نافذا اي
وان كان نافذا عندهما اي عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لكنه اي لكن تصرفه موقوف اي موقوف على اسلامه ان اسلم صح وان مات او قتل ولحق بدار الحرب بطل على ولده ومال ولده متعلق بما جمع الضمير لكنه
وهو التصرف بمال الولاية يعني لكن تصرفه اي ولاية على ولده ومال ولده موقوف على اسلامه بالاجماع متعلق بقوله موقوف اقول لا يخفى على من له فطرة سليمة ووقوف على العربية ومسائل المرتد ان في كلام المص ههنا
تعقيدا قبيحا واحتياجا الى بيان معناه بالوجه الذي شرحناه به وانا اتعجب من الشراح كيف لم يتعرضوا له اصلا مع تقييدهم بكثير من الامور الحربية البينة في مواضع
شتى فحق العبارة ههنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال واما المرتد فان ولايته على اولاده واموالهم مرفوعة بالاجماع لانها اي لان ولاية الاب على ولده ومال
ولده ولاية نظرية وذلك اي الولاية النظرية بتاويل المذكور او بان استعمال ذلك مشترك باتفاق الملة اي بسبب اتفاق الملة من الاب والولد وهي اي الملة متردده في
حق المرتد لكونها معدومة في الحال لكنها مرجو للوجود ولان المرتد محجور عليها فيجب التوقف ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل اي تصرفه وبالاسلام اي بعوده
الى الاسلام يجعل اي المرتد كانه لم يزل كان مسلما فيصح اي تصرفه اقول بقي في هذا المقام شيء وهو ان ما ذكره من قوله واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض عندنا خلافا لزفر رح هو يقول انه رضي بخصومة القبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض والفتوى اليوم

الى ههنا ليس من مسائل الوكالة قط وقد ذكره مرة في باب الاولياء والاكفاء من كتاب النكاح حيث قال فيه ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لانه لا ولاية لهم على انفسهم فاولى ان لا يثبت على غيرهم ولان هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء ولا ولاية لكافر على مسلمة لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان انتهى فذكره مرة اخرى سيأتي في كتاب الوكالة بعيد المناسبة

باب الوكالة بالخصومة والقبض آخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لان الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه ممن هو في ذمته وذلك في الاغلب يكون بمطالبة المبيع او الثمن او لانها مهجورة شرعا فاستحقت التاخير عن البيع مهجور كذا في العناية وذكر الوجه الثاني في سائر الشروح ايضا واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث لانا لا نم ذلك كيف وقد وقعت من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم والصحابة رضي الله تعالى عنهم وانظر الى تفسير الخصومة هل فيه ما يوجب هجرها انتهى اقول هذا ساقط جدا لان المراد ان الخصومة بحقيقتها وهي المنازعة مهجورة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا فتفشلوا وانما شرعت ووقعت من الاشراف باعتبار كونها مجازا عن جواب الخصم نعم اولا كما سيأتي بحثه عن قريب مفصلا ومشروحا وقد وقع التصريح به ههنا ايضا في عبارة كثير من الشراح حيث قالوا لما كانت الخصومة مهجورة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا فتفشلوا حتى تركت حقيقتها الى مطلق الجواب مجازا آخر ذكر الوكالة بالخصومة عما ليس بمهجور شرعا بل هو مقرر على حقيقته قال اي القدوري في مختصره الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض اطلق كلامه في الرواية ليتناول الوكيل بالخصومة في العين والدين جميعا فان الامام المحبوبي قد ذكر ان الوكيل بالخصومة في العين والدين جميعا وكيل بالقبض عند علمائنا الثلثة كذا في النهاية ومعراج الدراية خلافا لزفر رح فانه يقول الوكيل بالخصومة لا يكون وكيلا بالقبض وبه قال الشافعي رح في الاظهر ومالك واحمد وعن الشافعي رح في وجه انه يملك القبض كما قلنا هو اي زفر رح يقول رضي اي الموكل بخصومة اي بخصومة الوكيل والقبض غير الخصومة لان الخصومة قول يستعمل في اظهار الحقوق والقبض فعل حسي ولم يرض به اي ولم يرض الموكل بالقبض اذ يختار للخصومة في العادة الخ الناس وللقبض امين الناس فمن يصلح للخصومة لا يرضى بامانته عادة ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض يعني ان الوكيل بالشيء مامور باتمام ذلك الشيء واتمام الخصومة يكون بالقبض لان الخصومة باقية ما لم يقبض وذلك لانه ما لم يقبض يتوهم عليه الانكار بعد ذلك والمطل ويحتاج الى المرافعة باثبات الخصومة فلما وكله بفصلها والفصل بالقبض دخل تحته ضمنا كذا قرره صاحب النهاية وعزاه الى المبسوط والاسرار واقتفى اثره صاحب معراج الدراية في تقريره ولنا ان الوكيل ما دام وكيلا يجب عليه القيام بما امر به وقد امر بالخصومة والخصومة لا تتم الا بالقبض لتوهم الانكار بعد ذلك وتعذر الاثبات بعارض من موت القاضي او غيره والمطل والافلاس وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء بان قوله ولنا ان الوكيل ما دام وكيلا يجب عليه القيام بما امر به يخالف لما اسبقه في اوائل كتاب الوكالة من قوله وحكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه اقول ليس هذا شيء فان منشاه الغفلة عن فائدة قوله ما دام وكيلا في قوله ان الوكيل ما دام وكيلا يجب عليه القيام بما امر به اذ لا شك ان الوكيل ما دام ثابتا على وكالته يجب عليه اذا امر به والا يلزم تقرير الامر وهو ممنوع شرعا ومعنى ما ذكره في اول كتاب الوكالة ان الوكالة عقد جائز غير لازم فحكمها جواز ان يباشر الوكيل ما فوض اليه وان لا يباشره بشرط عزل الموكل اياه او عزل الوكيل نفسه واعلامه الموكل ثم رد عليه ايضا ذلك البعض في قوله والخصومة لا تتم الا بالقبض بانه ان اريد قبض الوكيل فغير مسلم وان اريد قبض الموكل فمسلم ولكن لا يترتب عليه مطلوبه اقول المراد منه ذلك قبض الوكيل والموكل ويترتب عليه مطلوبه قطعا بمقتضى مقدمته القائلة وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب لانه لما فوض الموكل الخصومة الى الوكيل والتزم الوكيل اقامتها دخل في ضمن ذلك ما لا يتم الخصومة الا به وهو القبض فحكم الوكيل قطعا وجب عليه القيام به ما دام على وكالته والفتوى اليوم

على قول زفر رح لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع فالفتوى على ان لا يملك

على قول زفر رح لظهور الخيانة في الوكالة وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ومشايخ بلخ افتوا بقول زفر رح لان التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ولا دلالة اما نصا فظاهر واما دلالة فلان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة والتقاضي فلا يرضى بامانته وقبضه وبه افتى الصدر الشهيد ايضا كذا ذكره الامام الحلواني في جامعه وذكر في الشروح ايضا الا ان صاحب الغاية قال بعد ذكر ذلك وفيه نظر فان الدلالة قد وقعت بما ذكرنا ان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب قال المص ره ونظيره اي نظير الوكيل بالخصومة الوكيل بالتقاضي فانه يملك القبض على اصل الرواية وهو رواية الاصل لانه في معناه وضعا اي لان التقاضي في معنى القبض من حيث الوضع وعن هذا قال في الاساس تقاضيته ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي اي اخذته وقال في القاموس وتقاضاه الدين قبضه منه ثم ان صاحب غاية البيان بعد ان فسر قول المص ره لانه في معناه وضعا بقوله اي لان التقاضي في معنى القبض قال فيه نظر لانه قال في المغرب تقاضيته ديني وتقاضيته بديني واقتضيته طلبت قضاءه واقتضيت منه حقي اخذته وقال الشارح العيني بعد نقل النظر المذكور عنه وليت له لم اورد وجه النظر فيه لانه لم يقل التقاضي القبض بل قال في معنى القبض اقول بل لا وجه لما قال لان وجه النظر هو ان المفهوم مما في المغرب كون التقاضي في اللغة يعني طلب القضاء لا بمعنى القبض كما ذكره المص ره ولا يدفعه قوله لانه لم يقل التقاضي هو القبض بل قال في معنى القبض اذ لا شك ان معنى قوله انه في معناه وضعا انهما متحدان معنى من حيث الوضع في اصل اللغة ولو كان معنى التقاضي في اللغة طلب القضاء لا غير لم يتحقق ذلك الاتحاد فلم يكن في معنى القبض قطعا ثم اقول في الجواب عن النظر المذكور لعل صاحب المغرب فسر التقاضي بطلب القضاء الذي هو المعنى العرفي للفظ التقاضي لكونه غالبا على معناه الوضعي الاصلي كما صرح فح لا يكون مخالفا لما ذكره المصنف ره وصرح به عامة ثقات ارباب اللغة في كتبهم المعتبرة من كون معنى التقاضي هو الاخذ والقبض بناء على اصل الوضع ويرشد اليه انه فرق بين الاقتضاء والتقاضي ففسر الاقتضاء بالاخذ على اصله لعدم جريان العرف المذكور فيه والا فلا فرق بينهما في اصل اللغة كما عرفته مما نقلناه فيما مر آنفا عن الاساس وصرح به الجوهري في صحاحه حيث قال واقتضى دينه وتقاضاه بمعنى فتدبر الا ان العرف بخلافه اي بخلاف الوضع لان الناس لا يفهمون من التقاضي القبض بل يفهمون منه المطالبة وهو اي العرف قاض على الوضع اي راجح عليه لان وضع الالفاظ بحاجة الناس وهم لا يفهمون المعنى الموضوع له بل يفهمون المجاز فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية لتسارع افهام الناس اليه والفتوى على ان لا يملك يعني فتوى المشايخ اليوم على ان لا يملك الوكيل بالتقاضي القبض بناء على العرف قال صاحب الغاية وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي اولى منه عند ابي حنيفة رح والجواب ان ذلك وجه لاصل الرواية ولا كلام فيه وانما الكلام في ان الفتوى على اصل الرواية او على العرف لظهور الخيانة في الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك القبض انتهى كلامه اقول لا النظر شيء ولا الجواب اما الاول فلان الحقيقة في لفظ التقاضي غير مستعملة بل هي مهجورة كما صرح به ثقات المشايخ كالامام فخر الاسلام البزدوي وصاحب المحيط وغيرهما قال في المحيط البرهاني الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلثة هكذا ذكر محمد رح في الاصل ثم قال وذكر الشيخ الامام الزاهد فخر الاسلام علي البزدوي في شرح هذا الكتاب ان الوكيل بالتقاضي في عرف ديارنا لا يملك القبض كذا جرت العادة في ديارنا وجعل التقاضي مستعملا في المطالبة مجازا لانه سبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة الى هنا كلامه واما الثاني فلان كون الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف اصل مقرر عند ابي حنيفة رح لم يرجع عنه قط فلو كانت الحقيقة في لفظ التقاضي مستعملة لم يصح قول المص ره وهو قاض على الوضع على اصل ابي حنيفة رح قطعا ولم يكن المشايخ الفتوى على العرف في مسئلتنا هذه ويلزم حينئذ ترك اصل امامهم المجتهد وليست وظيفتهم الا الجريان على اصله الكلي وان جاز لهم بعض من التصرفات في الفروع الجزئية لا يقال يجوز ان يكون مدار قول المص ره ومدار فتواهم على اصل ابي يوسف ومحمد رح فان المجاز المتعارف اولى من الحقيقة المستعملة عندهما لانا نقول الذي يظهر من هذا الكتاب ومن سائر الكتب

قال فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر **قال** والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة رح حتى لو اقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضاء بالقبض رضا بها ولابي حنيفة رح انه وكيل بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا انه جعل استيفاء العين حقه حقه

ان لا يقع خلاف في هذه المسئلة بين ائمتنا الثلثة الا يرى الى قول محمد رح في الاصل الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلثة ولو كان الاصلان المذكوران تاثير في هذه المسئلة لما وقع الاتفاق بينهم فيها على ان صاحب التلويح قال وفي كلام فخر الاسلام وغيره ما يدل على ان المجاز المتعارف انما يترجح عند تعذر اذا تناول الحقيقة بعمومه كما في مسئلة اكل الحنطة انتهى ولا يخفى ان الامر ليس كذلك فيما نحن فيه فلا تشبه لاصلهما المذكورين اساسا فلا مجال لان يجعل مدار الصحة قول المص وفتوى المشائخ فالتحقيق في هذا المقام ان التوكيل بالتقاضي كان مستعملا على حقيقته في الاوائل ولم يجر العرف على خلاف ذلك في تلك الايام فكان الوكيل بالتقاضي يملك القبض بالاتفاق على ما وقع في اصل الرواية وما اليوم فلما ظهر الخيانة في الوكلاء وجرى العرف على ان يعبدوا التقاضي في التوكيل بالتقاضي مستعملا في المطالبة مجازا وصارت الحقيقة مهجورة افتى مشائخنا المتاخرون بان الوكيل بالتقاضي لا يملك القبض بالاتفاق بناء على الاصل المقرر المتفق عليه عند المجتهدين من ان المجاز المتعارف اولى من الحقيقة المهجورة فلم يبق في المقام اعتبار اصلا قال محمد رح في الجامع الصغير

فان كانا اي الرجلان وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا اي لا يقبضان حق الموكل الا مجتمعين لانه اي الموكل رضي بامانتهما لا بامانة احدهما وحده واجتماعهما ممكن اي اجتماع الوكيلين على القبض ممكن شرعا فانهما يصيران قابضين بالتخلية بلا محذور بخلاف الخصومة فان اجتماعهما عليها غير ممكن شرعا على ما مر اشار به الى قوله لان الاجتماع فيها متعذر لافضائه الى الشغب في مجلس القضاء قال اي القدوري في مختصره والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة رح تسمية بقبض الدين لان الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاجماع على ما يجيء والكلام فيه يرجع الى اصله وبيان ان التوكيل اذا وقع باستيفاء عين حق الموكل لم يكن وكيلا بالخصومة لان التوكيل وقع بالقبض لا غير واذا وقع التوكيل بالتملك كان وكيلا بالخصومة لانه اشارة تصرف في حقوق العقد تعلق بالعاقد كذا قالوا وسيظهر حكم هذا الاصل في دليل المسئلة ونقل في الفتاوى الصغرى عن منقول شيخ الاسلام خواهر زاده ان الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة اجماعا ان كان الوكيل من التقاضي كما لو كان وكيلا بقبض ديون الغائب كذا في غاية البيان ثم ان المص اراد ان يبين ثمرة قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة فقال حتى لو اقيمت عليه اي على الوكيل بقبض الدين البينة على استيفاء الموكل اي على استيفاء الدين من المديون او ابرائه اي ابراء الموكل المديون عن الدين تقبل عنده اي تقبل البينة عند ابي حنيفة رح وفي الذخيرة اذا جحد الغريم الدين واراد الوكيل بالقبض ان يقيم البينة على الدين بل تقبل بينته على قول ابي حنيفة رح تقبل وعلى قولهما لا تقبل وقالا لا يكون خصما اي وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يكون الوكيل بقبض الدين خصما وهو اي قولهما رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وقال الشافعي رح في الاصح واحمد في ظاهر الرواية لان القبض غير الخصومة فلم يكن التوكيل بالقبض توكيلا بالخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومة فلم يكن الرضى بالقبض رضى بها اي بالخصومة ولابي حنيفة رح انه اي الموكل وكله بالتملك اي وكل الوكيل بقبض الدين بتملك المقبوض بمقابلة ما في ذمة المديون قصاصا

لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها اذ قبض الدين نفسه اي قبض نفس الدين لا يتصور لانه وصف ثابت في ذمة من عليه الا ان جعل استيفاء العين حقه من وجه استثناء من قوله لان الديون تقضى بامثالها يعني ان الديون وان كانت تقضى بامثالها لا باعيانها لما ذكرنا آنفا الا ان قبض المثل جعل استيفاء العين حق الدائن من وجه ولهذا يجبر المديون على الاداء ولو كان تملكا محضا لما اجبر عليه وكذا اذا ظفر الدائن بجنس حقه حل له الاخذ هذا خلاصة ما ذكره الجمهور في شرح هذا المقام واما صاحب الغاية فقال في شرحه لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لئلا يمتنع قضاء ديون لا يجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض الدين فانه اذا كان توكيلا بالتملك كان توكيلا بالاستقراض اذ التوكيل بقبض مثل مال الموكل لا عين له ثم يتقاصان والتوكيل بالاستقراض باطل انتهى قول صحيح بحث اذ لا مانع ان يمنع امتناع التوكيل بقبض الدين على تقدير ان لا يجعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه بجواز صحة التوكيل بقبض الدين على ذلك التقدير

فاشبه الوكيل بأخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذه اشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل المباشرة

بجعله رسالة بالاستقراض من حيث المعنى والرسالة بالاستقراض جائزة وقد فصح عنه صاحب الذخيرة حيث قال وفي المسئلة نوع اشكال لان التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى لان الديون تقضى بامثالها فما قبضه رب الدين من المديون يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثله فيلتقيان قصاصا وقد ذكرنا ان التوكيل بالاستقراض صحيح والجواب ان التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لانه لا بد للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله بان يقول ان فلانا وكلني بقبض ماله عليك من الدين كما لا بد للمرسول في الاستقراض من الاضافة الى المرسل بان يقول ارسلني فلان اليك يقول لك اقرضني كذا بخلاف الوكيل بالاستقراض فانه يضيف الى نفسه فيقول اقرضني فصح ما ادعيناه انه رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جائزة الى هنا كلامه ثم اعلم ان الامام الزيلعي قد ذكر في شرح الكنز ما ذكره صاحب الذخيرة من الاشكال والجواب المزبورين وقال بكذا ذكره في النهاية وعزاه الى الذخيرة ثم قال وهذا سؤال حسن والجواب غير خارج على قول ابي حنيفة رح فانه لو كان سؤالا لما كان له ان يخاصم انتهى اقول ليس ذلك بسديد اذ ليس المراد ان الوكيل بقبض الدين سؤال من كل وجه حتى لا يكون خصما بل المراد انه سؤال بالاستقراض بالنظر الى قبض مثل الدين ابتداء ووكيل بالتملك بالنظر الى المقاصة الحاصلة بعد ذلك وكونه خصما حكم مترتب على الثاني دون الاول فلا غبار على الجواب فاشبه اي الوكيل بقبض الدين الوكيل باخذ الشفعة يعني انه اشبه ذلك في كونه خصما فانه اذا اقام المشتري البينة على الوكيل باخذ الشفعة على تسليم الموكل الشفعة قبل والرجوع في الهبة بالجر عطف على اخذ الشفعة اي فاشبه ايضا الوكيل بالرجوع في الهبة فانه اذا اقام الموهوب له البينة على الوكيل بالرجوع على ان الموكل الواهب اخذ العوض تقبل والوكيل بالشراء بالنصب عطف على الوكيل باخذ الشفعة اي فاشبه ايضا الوكيل بالشراء فانه خصم يطالب بحقوق العقد ولا يرى الخصام عما قبله باعادة لفظ الوكيل كثير فائدة والقسمة بالجر عطف على الشراء اي فاشبه ايضا الوكيل بالقسمة فان احد الشريكين اذا وكل رجلا بان يقاسمه مع شريكه واقام الشريك البينة عليه بان الموكل قبض نصيبه فانها تقبل والرد بالعيب بالجر عطف على الشراء ايضا اي فاشبه ايضا الوكيل بالرد بالعيب على البائع فان البائع اذا اقام البينة عليه بان الموكل رضي بالعيب تقبل وهذه اي مسئلة الكتاب وهي مسئلة الوكيل بقبض الدين وفي بعض النسخ وهذا اي الوكيل بقبض الدين اشبه باخذ الشفعة اي اشبه بالوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء كذا صرحوا به في شروح الجامع الصغير واعلم ان شراح الهداية قد افترقوا في تفسير معنى كلام المص هذا وتبيين المراد بالمفصل عليه ههنا فقال صاحب النهاية اي الوكيل بقبض الدين اشبه بالوكيل باخذ الشفعة من الوكيل بالشراء وذكر هذا المعنى صاحب العناية وغاية البيان ايضا لكن بطريق النقل عن شروح الجامع الصغير بعبارتين فقال صاحب العناية قالوا في شروح الجامع الصغير وهذه اي مسئلة الوكيل بالقبض اشبه بالوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء وقال صاحب الغاية قالوا في شروح الجامع الصغير ان الوكيل بقبض الدين اشبه بالوكيل باخذ الشفعة من الوكيل بالشراء وقال تاج الشريعة اي مسئلة الوكيل بقبض الدين اشبه بمسئلة الوكيل باخذ الشفعة من المسائل الثلث الاخر وعلل ذلك بان في هذه المسائل لم توجد المبادلة لا تثبت الوكالة بخلاف مسئلة الشفعة وقبض الدين واليه ذهب صاحب معراج الدراية والشارح العيني ايضا ولكن لم يعنوا تلك الثلث الاخر من المسائل الاربع الباقية بعد مسئلة الوكيل باخذ الشفعة ثم المص بين وجه الاشبهية بقوله حتى يكون خصما قبل القبض اي حتى يكون الوكيل بقبض الدين خصما عند ابي حنيفة رح قبل قبض الدين كما يكون اي كما يكون الوكيل خصما قبل الاخذ اي قبل اخذ العقار هنالك اي في التوكيل باخذ الشفعة فالوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء فافترقا اقول الذي يطلب ان تخصيص الوكيل بالشراء بالذكر ههنا يشعر بكون المراد بالمفصل عليه في قوله وهذه اشبه باخذ الشفعة هو الوكيل بالشراء فيكون معناه ان مسئلة الوكيل بقبض الدين اشبه بمسئلة الوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء كما صرح به شراح الجامع الصغير وذهب اليه فرقة من شراح الهداية واختاره ايضا في شرحنا هنالك بناء على هذا ولكن بقيت شبهة وهو ان الوكيل ان لم يكن خصما قبل المباشرة لما ذكر في المسائل الاربع الباقية ايضا لا يظهر تخصيص مسئلة الوكيل بالشراء بالذكر وحمل المفصل عليه اياها فقط وجه وان كان خصما قبل ذلك في تلك المسائل ايضا كما هو الظاهر

ومن لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصيل فيها فيكون خصما فيها قال والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة لانه امين محض
والقبض ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له فاقام الذي هو في يده البينة على ان الموكل باعه اياه
وقف الامر حتى يحضر الغائب وهذا استحسان والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان
انه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فيقتصر يده وان لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على البيع خصما
كما اذا اقام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هنا قال وكذلك العتاق والطلاق وغير
ذلك معناه اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده

سيما في مسئلة التوكيل بالقسمة اذ لا شك ان الشريك الآخر لو اقام البينة قبل ان تقسم الوكيل بالقسمة فاوكل بتقسيمه على ان الموكل قبض نصيبه منه تقبل بينته لا لتقصير تحقيقه
الوكيل لقبض الدين بالوكيل باخذ الشفعة وجه اذ يصير الوكيل لقبض الدين حينئذ اشبه بتلك المسائل ايضا من الوكيل بالشراء فتامل وهذا اشارة الى مطلع نكتة ابي حنيفة رح
بقوله انه وكله بالتملك لان المبادلة تقتضي حقوقا كالتسليم والتسلم وغير ذلك وهو اي الوكيل بالتملك اصيل فيها اي في الحقوق فيكون خصما فيها اي في الحقوق يعني كان الموكل
امر الوكيل بتملك مثل الدين الذي على المديون وذلك مبادلة والمامور بالمبادلة يكون اصيلا في حقوق المبادلة كذا في النهاية واكثر الشروح وقال صاحب العناية
قوله وهذا اشارة اليه ما اشار اليه ما يتم به دليل ابي حنيفة رح وهو ان الوكيل بالتملك اصيل في الحقوق انتهى فيكون الاعتبار ثم الاختيار واعترض بعض الفضلاء على كلام المص رح ههنا
حيث قال فيه بحث فان المبادلة المبيع من الوكيل بل من موكله فكيف يكون الوكيل اصيلا في حقوقها وقال فان قيل المبادلة في التملك باخذ الدين قلنا ذلك البيع
بعد فتامل انتهى اقول ليس هذا بمتوجه لان تعلق بعض الحقوق بشيء قبل وقوعه ليس بعزيز الا يرى ان حق الخصومة يثبت للوكيل باخذ الشفعة قبل وقوعه ليس بعزيز الا يرى
ان حق الخصومة يثبت للوكيل باخذ الشفعة قبل وقوع الاخذ فكذا ههنا وقد اشار اليه المص رح بقوله وهذه اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما
قبل الاخذ هنالك ثم ان التحقيق ان قبض الدين وان كان مبادلة من جهة كون الديون تقضى بامثالها الا انه استيفاء لعين الحق من وجه كما مر فاشبه بالمبادلة تعلق حق
الخصومة بالوكيل والشبهة باخذ عين الحق جاز الخصومة قبل وقوع التملك بقبض الدين ويرشد اليه ما ذكره الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير حيث قال للقائل لو كان وكيلا
بالمبادلة وجب ان يلحقه العهدة في المقبوض لا فالقول انما لا يلحقه العهدة في المقبوض لان قبض الدين وان كان مبادلة من الوجه الذي ذكرناه فهو استيفاء عين الحق
من وجه لان من الديون ما لا يجوز الاستبدال به فاشبه بالمبادلة جعلناه خصما ولشبهه باخذ العين لا يلحقه العهدة في المقبوض عملا بهما انتهى قال اي محمد رح
في الجامع الصغير والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاجماع اي باتفاق اصحابنا وللشافعي رح واحمد فيه قولان كما في قبض الدين لانه اي لان
الوكيل بقبض العين امين محض حيث لا مبادلة ههنا لانه يقبض عين حق الموكل والقبض اي قبض العين ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض
عبد له اي للموكل فاقام الذي هو في يده اي فاقام ذو اليد البينة على ان الموكل باعه اي باع العبد اياه اي ذا اليد وقف الامر حتى يحضر الغائب ان الموكل
وهذا اي وقوف الامر استحسان اي مقتضى الاستحسان والقياس اي قياسا ان يدفع اي العبد الى الوكيل ولا يلتفت الى بينة ذي اليد لان البينة قامت لا على خصم
بناء على ان الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة فلم يعتبر اي البينة وجه الاستحسان انه اي الوكيل خصم في قصر يده اي في حق قصر يد نفسه عن العبد لقيامه
مقام الموكل في القبض فيقتصر يده اي يد الوكيل يعني يصير اثر البينة مجرد قصر يده لا اثبات البيع وان لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب وهو الموكل تعاد البينة على البيع يعني لو حضر الموكل
لا بد لذي اليد من اعادة اقامة البينة على البيع في محضر الموكل ولا يكتفى بالبينة السابقة في اثبات البيع لعدم كون الوكيل خصما من هذه الجهة فصار هذا كما اذا
اقام اي ذو اليد البينة على ان الموكل عزله اي عزل الوكيل عن ذلك اي عن التوكيل بقبض العين فانها تقبل اي فان البينة تقبل هناك في قصر يده اي في حق
قصر يده كذا هذا اي ما نحن فيه قال اي محمد رح في مختصره وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك كالارتهان فانه اذا ادعى صاحب اليد الارتهان من الموكل واقام
بينة على ذلك تقبل في حق قصر يده لا في ثبوت الارتهان في حق الموكل كذا في الشروح قال المص رح ومعناه اي معنى قول محمد رح وكذلك العتاق والطلاق اذا
اقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة اي واذا اقام العبد والامة البينة على العتاق على الوكيل بنقلهم متعلق بالامة اي اذا اقاموا البينة على الوكيل بنقلهم الى
الموكل يعني اذا اراد الوكيل نقل المرأة الى زوجها الموكل نقلها اليه واراد الوكيل بقبض العبد والامة ونقلهما الى مولاهما الموكل قبضهما ونقلهما اليه فاقامت المرأة
البينة على الوكيل بنقلها على ان زوجها طلقها واقام العبد والامة البينة على الوكيل بنقلهما على ان مولاهما اعتقهما فانها تقبل في قصر يده اي في حق قصر

حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق قال واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز اقراره عليه
ولا يجوز عند غير القاضي عند ابي حنيفة ومحمد رح استحسانا الا انه يخرج من الوكالة وقال ابو يوسف رح يجوز اقراره عليه
وان اقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي رح لا يجوز في الوجهين وهو قول ابي يوسف اولا وهو القياس وجه ما قالوا انه
اقرار بالمنازعة والاقرار بها ليس بمسالمة ولا امر بالشيء يتناول ضده وهذا لا يملك الصلح والابراء ويصح اذا استثنى الاقرار

يد الوكيل عنهم حتى يحضر الغائب اي الى ان يحضر الغائب استحسانا اي تقبل استحسانا واما قياسا فلا تقبل لقيامها لا على خصم في العتق والطلاق ان لا تقبل في حق
ثبوت العتق والطلاق لا قياسا ولا استحسانا وذلك لان الوكيل ليس بخصم في اثبات العتق والطلاق وان كان خصما في قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضاء
بالعتق والطلاق على الغائب فتقبل في القصر دون غيره وجملة الكلام بهذه المسائل ان البينة قامت على شيئين على البيع والعتق والطلاق وعلى قصر يد الوكيل
ففي حق زوال الملك عن الموكل قامت لا على خصم وفي حق قصر يد الوكيل قامت على خصم فيقبل في حق قصر يده لا في حق ازالة ملك الموكل قال اي القدوري في مختصره
واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي متعلق باقر اي اقر عند القاضي جاز اقراره عليه اطلق الاقرار والموكل ليتناول اسم الموكل للمدعي والمدعى
عليه فان هذا الحكم وهو جواز اقرار الوكيل على موكله لا يتفاوت بين ان يكون موكله مدعيا او مدعا عليه سوى ان معنى الاقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل
فاقرار وكيل المدعي هو ان يقر ان موكله قبض هذا المال واقرار وكيل المدعى عليه هو ان يقر بوجوب المال على موكله كذا في النهاية ومعراج الدراية وخلاصة هذا
ما قال صاحب العناية سواء كان موكله المدعي فاقر باستيفاء الحق او المدعى عليه فاقر بثبوته ويقرب منه ما قال صاحب الكافي ولا فرق بين ان يكون للوكيل
بالخصومة من المدعي فاقر بالقبض او الابراء او من المدعى عليه فاقر عليه بالحق ولا يجوز عند غير القاضي اي لا يجوز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله عند
غير القاضي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسانا وقوله استحسانا يتعلق بقوله جاز وبقوله لم يجز كما ذكر في النهاية فتامل الا انه يخرج عن الوكالة فلا يلزم
المال اليه ولو ادعى بعد ذلك واقام بينة على ذلك لا تسمع بينته وفي الجامع الصغير للامام الحبوبي وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تبطل الوكالة على رواية
الاصل لانه زعم انه مبطل في دعواه وقال ابو يوسف رح يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز في الوجهين
اي في مجلس القاضي وفي غير مجلسه به قال مالك واحمد وابن ابي ليلى رحمهم الله وهو اي قول زفر رح والشافعي رح قول ابي يوسف رحمه الله اولا والقياس
اي مقتضاه لانه اي الوكيل مامور بالخصومة وهو اي الخصومة منازعة ومشاجرة والاقرار بها اي بالخصومة التي هي المنازعة وتذكير الضمير باعتبار
لانه اي الاقرار مسالمة ومساعدة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا اي ولاجل عدم تناول الامر بالشيء ضد ذلك الشيء لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والابراء
وكذا لا يملك الهبة والبيع كما صرح به في الكافي وغيره فان في كل واحد من هذه الافعال ايضا الخصومة ويصح اي يصح التوكيل بالخصومة اذا استثنى الاقرار بان قال
وكلتك بالخصومة غير جائز الاقرار او بان قال وكلتك بالخصومة بشرط ان لا تقر على قال صاحب النهاية هذه المسئلة دليل من يقول ان التوكيل بالخصومة لا يتناول
الاقرار فوجه الدلالة هو ان التوكيل بالخصومة ولو كان مجازا المطلق الجواب كان ينبغي ان لا يصح استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة وذلك لان المراد من الجواب
اما الاقرار او الانكار لا كلاهما بالاتفاق ثم في صحة استثناء الاقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل وذلك لا يجوز والدليل على هذا ان التوكيل بالخصومة
غير جائز الانكار لا يصح لما قلنا فعلم بهذا ان التوكيل بالخصومة ليس بمجاز المطلق الجواب انتهى كلامه اقول فيه نظر لانه ان اراد بقوله لان المراد من الجواب
اما الاقرار او الانكار لا كلاهما بالاتفاق ان المراد من الجواب اما الاقرار وحده او الانكار وحده لا ما يعمهما بالاتفاق فلا نم ان الامر كذلك اذ المراد من الجواب
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ما يعم الانكار والاقرار بطريق عموم المجاز دون احدهما عينا كما سياتي بيانه مفصلا ومشروحا فيما من الشارح المذكور وان اراد
بذلك ان المراد منه احدهما لا بعينه لا مجموعهما معا في حالة واحدة فهو مسلم اذ لا يصح جمع الانكار والاقرار معا في جواب قضية واحدة ولكن لا نم حينئذ قوله ثم في
صحة استثناء الاقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل اذ اللازم فيها حينئذ انما هو استثناء الجزئي من الكلي كما لا يخفى قوله والدليل على هذا ان التوكيل بالخصومة
غير جائز الانكار لا يصح لما قلنا ليس بتام ايضا اذ يصح استثناء الانكار في ظاهر الرواية كما يصح استثناء الاقرار نص عليه في الذخيرة وغيرها ثم اقول وبهذا يظهر

وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك ولهذا يختار فيه الاهدى فالاهدى

ما في كلام غاية البيان ايضا في هذا المقام حيث قال في تقرير المحل وكما لو وكله بالخصومة واستثنى الاقرار فاقر الوكيل لم يصح اقراره لان لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الاقرار فلو تناوله لبطل الاستثناء وصح الاقرار لان الخصومة شيء واحد والاستثناء من شيء واحد لا يجوز انتهى فانه اراد بقوله لان الخصومة شيء واحد انها امر جزئي لا تعدد فيه اصلا فليس كذلك قطعا وان اراد بذلك انها واحد من حيث المفهوم فهو لا ينافي تعددها من حيث الافراد وصحة استثناء بعض افرادها منها عند التوكيل بها كما لا يخفى وقال تاج الشريعة في حل هذا المقام معناه ان الاقرار لو كان من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبل الثمن او لا يسلم المبيع انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في حل المقام لكن اورد عليه حيث قال ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبل الثمن او لا يسلم المبيع ثم قال وفيه نظر لانه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء انتهى اقول النظر ساقط جدا لان عدم التناول انما يمنع صحة الاستثناء المتصل دون الاستثناء المنقطع ويجوز ان يكون صحة الاستثناء الاقرار من الوكيل بالخصومة شرعا هو الاستثناء المنقطع فلا يلزم المحذور نعم يرد على المحل المذكور ان يقول بصحة استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة من يقول بجواز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله لا يقول بكون الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة بل يقول بكونه من جزئياته كما سيظهر من تقرير المصنف رح فلا يكون قوله لم يصح اذا استثنى الاقرار على المعنى المذكور حجة عليه فيما يهم التقريب اعلم ان الشارح الكاكي والشارح العيني جعلا قول المص رح ويصح اذا استثنى الاقرار جوابا عن سؤال يرد على قولهم اي على قول زفر والشافعي رح وقول ابي يوسف رح اولا وتقرير السؤال والجواب بما لا حاصل له كما لا يخفى على الفطن الناظر في كلامهما ولما رأينا تفصيل ذلك اطنابا مملا اعرضنا عنه على ان ما ذكره الكاكي في تقرير الجواب ما ذكر في النهاية وما ذكره العيني في تقريره ما ذكر في غاية البيان وقد عرفت حالهما وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة يعني الانكار اذ العادة في التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار فيها اي في الخصومة الاهدى فالاهدى والاقرار لا يحتاج الى زيادة الهداية قال صاحب النهاية هذه المسئلة مبتدأة خلافية ليس ايرادها على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب مطلقا فهو على هذا الاختلاف ايضا كذا في المختلفات البرهانية انتهى وقد اقتفى اثره في ذلك اكثر الشراح الا ان صاحب العناية ذكره بطريق النقل عن النهاية وقال صاحب غاية البيان وكان هذا سهو القلم من صاحب الهداية وظني انه اراد بذلك فكذا فيما وكله بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة على وجه النتيجة يعني لما كان الامر بالشيء لا يتناول ضده حتى لا يملك الوكيل الصلح وصح استثناء الموكل الاقرار انتج ان الوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار لا بجواب هو الاقرار ولا يقال ان التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة يختار فيه التوكيل بالخصومة الاهدى فالاهدى ولا يمكن تصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره لانه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار لان المامور به هو مطلق الجواب ولا يشمل الانكار والاقرار جميعا بخلاف المامور بالخصومة اذ يجوز ان يقول زفر رح بين الخصومة والاقرار مضادة ولهذا صرح علاء الدين العالم في طريقة الخلاف انه ولو وكله بالجواب المطلق فاقر يصح فعلم انه اذا وكله بالجواب المطلق لا يتقيد بجواب هو خصومة وقد تحير بعض الشارحين في هذا المقام فقال هذه مسئلة مبتدأة لا للاستشهاد الى هنا كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان كون الكلام المذكور من قبيل سهو القلم خاطر انه مراد بذلك مما لا ينبغي ان ينسب الى من له ادنى تمييز فضلا عن ان ينسب الى صاحب الهداية ذلك الامام الذي لن يسمح بمثله الادوار ما دار الفلك الدوار فان بين الكلام المذكور وما ظنه مرادا بذلك بونا بعيدا من حيث اللفظ والمعنى فاني يتيسر الحمل على ان يكون احدهما سهوا عن الآخر واما ثانيا فلانا لا نسلم عدم امكان تصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره قوله لانه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار قلنا ان اراد به انه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد على قول ابي حنيفة رح ومحمد رح وقول ابي يوسف رح آخرا الجواب هو خصومة فهو مسلم لكن لا يضر بتصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره بناء على قول زفر والشافعي رحمهما الله وقول ابي يوسف رح اولا كما هو مراده قطعا وان اراد بذلك انه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد على قول زفر رح والشافعي رح وقول ابي يوسف رح اولا ايضا بجواب هو خصومة فهو ممنوع كيف وقد صرح في المختلفات البرهانية بان هذه المسئلة ايضا على الاختلاف المذكور في التوكيل بالخصومة

وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا وصحته يتناول ما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب دون احدهما عينا

قوله لان المامور به هو مطلق الجواب وهو يشمل الانكار والاقرار جميعا بخلاف المامور بالخصومة اذ يجوز ان يقول زفر رح بين الخصومة والاقرار مضادة قلنا لزفر رح ان يقول في مسئلة التوكيل بالجواب مطلقا ان الامر ينصرف الى جواب هو خصومة اذ العادة في التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار الاهدى فالاهدى والوكالة تتقيد بدلالة العرف صرح بهذا التقرير في الكافي والتبيين ولا شك ان اتفاق جواب المسئلتين لا يقتضي اتحاد دليليهما قوله ولهذا صرح علاء الدين العالم في طريقة الخلاف انه لو وكله بالجواب المطلق فاقر يصح قلنا لا يدل ما صرح به علاء الدين العالم في طريقة الخلاف على انه لو وكله بالجواب المطلق فاقر يصح عند جميع الائمة حتى زفر رح والشافعي رح فلا يتم مطلوبه واما صحة ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رح على قول الآخر فيما لا شك فيه احد فاندفع ما اشتبه عليه ههنا نجد لغيره ثم اقول الانصاف ان كون ما ذكره المص رح ههنا مسئلة مبتدأة خلافية غير موروثة على وجه الاستشهاد كما اختاره جمهور الشراح مما لا يسوغ بشان المص رح اذ هو بصدد بيان ادلة اقوال المجتهدين في مسئلة التوكيل بالخصومة فما الضرورة في شروع مسئلة اخرى اثناء ذكر ادلة هذه المسئلة قبل تمامها فالوجه عندي ان هذه المسئلة ذكرت ههنا على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب المطلق صريحا لا يتناول الاقرار بل يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار بدلالة العرف ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى فكيف يتناول الاقرار اذا وكله بالخصومة بجواب مطلق هو خصومة مجازا نعم مسئلة التوكيل بالجواب مطلقا ايضا على الاختلاف المذكور في التوكيل بالخصومة كما صرح به في المختلفات البرهانية ولا يحصل بها الزام الخصم الا ان ذكرها ههنا من قبيل المختلف على المختلف فيصير استشهادا تحقيقيا عند المستدل وان لم يكن الزاميا ونظيره ذا اكثر من ان يحصى فتدبر وجه الاستحسان ان التوكيل يعني التوكيل المعهود المذكور وهو التوكيل بالخصومة صحيح قطعا اي صحيح من كل وجه بالاجماع وصحته يتناول ما يملكه قطعا اي صحة هذا التوكيل يتناول ما يملكه الموكل قطعا لان التوكيل بغير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح قال صاحب غاية البيان ولا يلزم على هذا توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر او شرائها فانه يجوز على مذهب ابي حنيفة رح مع ان المسلم لا يملك ذلك بنفسه لانا نقول ان ذلك مملوك للمسلم ضمنا وحكما لتصرف الوكيل وان لم يكن مملوكا قصدا على وجه لا يلحقه اللوم والاثم في ذلك على انا نقول ان للمسلم ولاية في ضمن التصرف لكونه حراعاقلا بالغا على وجه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف به لا يقال ولا يشترط ان يكون للموكل ولاية في كل الافراد وقد مضى بيانه في اوائل كتاب الوكالة فيه قوله ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام انتهى كلامه اقول في جوابه الثاني بحث لانه لا يدفع النقض اللازم ههنا بصحة توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر وشرائها عند ابي حنيفة رح بل يؤيده فانه اذا لم يشترط ان يكون للموكل ولاية في كل الافراد فجاز عند ابي حنيفة رح بناء على ذلك توكيل المسلم الذمي بما لا يملكه بنفسه وهو بيع الخمر وشرائها ينبغي ان يجوز عنده فيما نحن فيه ايضا صحة التوكيل بما لا يملكه الموكل بناء على ذلك فلا يتم قوله وصحته يتناول ما يملكه قطعا وقال صاحب العناية وان اختلج في ذهنك صحة توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر فتذكر ما تقدم فيه انتهى اقول الذي تقدم فيه من صاحب العناية هو قوله في اوائل كتاب الوكالة بصدد شرح قول المص رح ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف قال صاحب العناية ان هذا القيد وقع على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة رح فمن شرطها ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكله به لا يجوز عنده ومنشأ هذا التوهم ان جعل اللام في قوله تملك التصرف للعهد اي يملك التصرف الذي وكل به واما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد انتهى ولا يخفى ان ما ذكره صاحب غاية البيان في جوابه الثاني وقد بينا انه لا يدفع النقض ههنا بل يؤيده وذلك اي ما يملكه الموكل مطلق الجواب للتناول للانكار والاقرار جميعا دون احدهما عينا اي دون احد الجوابين بعينه لانه ربما يكون احدهما بعينه حراما لان خصمه ان كان محقا يجب عليه الجواب بالاقرار وان كان مبطلا يجب عليه الجواب بالانكار فلا يملك المعين منهما قطعا فلا يصح التوكيل به قطعا بل يصح من وجه دون وجه وحيث صح من كل وجه علم انه يتناول مملوكه من كل وجه وهو مطلق الجواب الداخل

وطريق المجاز موجود على ما نبينه ان شاء الله تعالى فيصرف اليه تحريا للصحة قطعا ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف رح انه لا يصح لانه لا يملكه وعن محمد رح انه يصح لان للتنصيص زيادة دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب فلم يصححه في الثاني لكونه مجبورا عليه وغير الطالب فيه

تحته كل واحد منهما وطريق المجاز اي بين الخصومة ومطلق الجواب موجود على ما نبينه ان شاء الله تعالى على ما سيأتي عن قريب عند بيان وجه قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله في هذه المسئلة فيصرف اليه اي فيصرف التوكيل بالخصومة الى التوكيل بمطلق الجواب تحريا للصحة قطعا اي تحريا للصحة كلام الموكل قطعا فان كلام العاقل يصان عن الالغاء ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف رح انه لا يصح جواب عن مستشهد زفر رح والشافعي رح يعني لا نم صحة هذا الاستثناء بل لا يصح على قول ابي يوسف رح كما ذكره شيخ الاسلام في شرح الجامع الصغير وفي اصول الفقه ايضا لانه اي لان الموكل لا يملكه اي لا يملك الاستثناء لان ملكه يستلزم بقاء الانكار عينا وقد لا يحصل ذلك كما مر آنفا كذا ذكر في العناية وكثير من الشروح اولان من اصله ان صحة الاقرار باعتبار قيامه مقام الموكل لا لانه من الخصومة فيصير ثابتا بالوكالة حكما لها فلا يصح استثناؤه كما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الوكيل الثمن او لا يسلم المبيع فان ذاك الاستثناء باطل كذا هذا كذا ذكر في الكافي وفي بعض الشروح وعن محمد رح انه يصح يعني ولئن سلمنا ان استثناء الاقرار يصح كما قال محمد رح في ظاهر الرواية لكنه انما يصح لان للتنصيص اي التنصيص الموكل على الاستثناء زيادة دلالة على ملكه اياه اي على تملكه الانكار وبيان ذلك انه انما لم يحل له الانكار بجواز ان يكون خصمه محقا فاذا نص على استثناء الاقرار دل على انه يعلم بتعيين الخصم مبطل حملا لامر المسلم على الصلاح فتعين الانكار وعند الاطلاق اي عند اطلاق التوكيل بالخصومة من غير استثناء الاقرار يحمل على الاولى اي يحمل كلامه على هذا الاولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب عنه اي عن محمد رح انه فصل بين الطالب والمطلوب اي فصل بين المدعي والمدعى عليه في استثناء الاقرار عند التوكيل بالخصومة فصحح استثناءه في الاول وهو الطالب ولم يصححه في الثاني وهو المطلوب لكونه اي لكون المطلوب مجبورا عليه اي على الاقرار كذا في النهاية وفي العناية ايضا نقلا عن النهاية وعلى ترك الانكار كذا في كثير من الشروح قال في غاية البيان عن ذلك ويقال لكون المطلوب شخصا يجبر عليه في الخصومة وتخيير الطالب فيه اي في اصل الخصومة فلذا كرر احدهما كذا في الكفاية وذكر في التتمة عن محمد رح انه يصح استثناء الاقرار من الطالب لانه مخير ولا يصح من المطلوب لانه مجبور عليه يعني ان الوكيل اذا كان من جانب المدعي صح استثناء الاقرار لان المدعي لما كان مخيرا بين الاقرار والانكار اي الاستثناء فائدة في حقه واما اذا كان من جانب المدعى عليه فلا يصح استثناء الاقرار لانه لا يفيد ذلك لان المدعي يثبت ما ادعاه بالبينة على المدعى عليه او يضطر المدعى عليه على الاقرار بعرض اليمين عليه فيكون هو مجبورا على الاقرار فكذلك وكيله الا ان التوكيل عند توجه اليمين يحمل اليمين على موكله لان النيابة لا تجري في الايمان فلا يفيد استثناء الاقرار فائدة كذا في النهاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية بعد ذكر ذلك مجملا ولقائل ان يقول المدعي قد يعجز عن اثبات دعواه بالبينة وقد لا يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين لكونه محقا فيكون الاستثناء مفيدا واجاب ان المطلوب مجبور على الاقرار اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل فكان مجبورا في الجملة فلم يكن استثناؤه مفيدا فيه بخلاف الطالب فانه مخير في كل حال فكان استثناؤه مفيدا الى هنا كلامه اقول في الجواب نظر لانه اذا لم يتعين كون المطلوب مجبورا على الاقرار بل كان ذلك احتمالا محضا موقوفا على كونه مبطلا لم يتعين عدم الفائدة في استثناء الاقرار بل كان ذلك ايضا احتمالا محضا فمجرد الاحتمال كيف يجوز اساءة الظن بالمسلم والغاء كلام العاقل مع وجوب حمل امر المسلم على الصلاح وصيانة كلام العاقل عن الالغاء واقول بقي ههنا بحث وهو ان الطالب ايضا قد يكون مجبورا على الاقرار لان اقرار الطالب لا يتصور من حيث انه مدع اذ الدعوى والاقرار متباينان بل متضادان وانما يتصور ذلك من حيث انه مدعى عليه باستيفاء حقه من خصمه ولا شك ان الطالب من حيث انه مدعى عليه يعرض عليه اليمين فيكون مجبورا على الاقرار لا يقال المراد ان الطالب من حيث انه طالب اي مدع يصح منه استثناء الاقرار لعدم كونه مجبورا على الاقرار من هذه الحيثية بل مخير بخلاف المطلوب حيث انه مطلوب اي مدعى عليه فانه قد يكون مجبورا عليه لانا نقول الطالب من حيث انه طالب لما لم يتصور منه الاقرار قط لم يكن استثناء الاقرار هناك اصلا فضلا عن صحته فليتامل ثم قال صاحب العناية ولم يذكر المص الجواب عن صورة الصلح والابراء واجيب بانه انما لم يصح صلح الوكيل

فبعد ذلك يقول ابو يوسف ان الوكيل ثم مقام الموكل واقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل بالخصومة يتناول جوابا يسمى خصومة
حقيقة او مجازا والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة الخصومة او لانه
سبب له لان الظاهر اتيانه بالمستحق عند طلب المستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به

بالخصومة لان الخصومة ليست بسبب داع الى الصلح او الى الابراء فلم يوجد مجوز المجاز وفيه نظر فان افضاءها الى الصلح والابراء ان لم يكن اشد من افضائها الى
الاقرار فهو مثله لا محالة وايضا الخصومة والصلح متقابلان فينبغي ان تجوز الاستعارة والاولى ان يقال التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق
الجواب اما بلى او نعم والصلح عقد آخر يحتاج الى عبارة اخرى خلاف ما وضع للجواب وكذلك الابراء فلا يتناوله اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لا حقيقة ولا مجازا الى
هنا كلامه اقول فنظره الاول ساقط جدا اذ لا نسلم ان افضاء الخصومة الى الصلح والابراء اشد من افضائها الى الاقرار او مثل افضائها اليه كيف والخصم قد يضطر الى الاقرار
عند عرض اليمين عليه بخلاف الصلح والابراء فان الخصم لا يضطر اليهما اصلا بل هو مختار فيهما مطلقا على انهما لا يتحققان باختيار الخصم فقط بل لا بد فيهما من اختيار الخصم
معا والى هذا كله اشار المجيب وهو الشارح الاتقاني في تقريره جوابه حيث قال والجواب عن القياس على الصلح فيقول انما لم يصح صلح الوكيل لان الخصومة ليست بسبب
داع الى الصلح بل هو تصرف ابتداء يتعلق باختيارهما انتهى فبعد ذلك شرع في بيان ماخذ الاختلاف الواقع بين الائمة الثلثة اي بعد ما ثبت ان التوكيل بالخصومة
ينصرف الى مطلق الجواب او بعد ما ثبت جواز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله يقول ابو يوسف رح في التسوية بين مجلس القضاء وغيره ان الوكيل قام مقام
الموكل فيقتضي هذا ان يملك ما كان الموكل مالكا له واقراره اي اقرار الموكل لا يختص بمجلس القضاء لان الاقرار موجب فيه وانما يختص بمجلس القضاء ما لا يكون موجبا الا بانضمام القضاء اليه كالبينة
والنكول فكذا اقرار نائبه اي هو ايضا لا يختص بمجلس القضاء فيهما اي ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله يقولان في الفرق بين مجلس القضاء وغيره ان التوكيل اي التوكيل بالخصومة يتناول جوابا
يسمى خصومة حقيقة وهو الانكار او مجازا وهو الاقرار لما مر انه ينصرف الى مطلق الجواب ومطلق الجواب مجاز عام يتناول بعمومه الحقيقة وهي الخصومة والمجاز
هو الاقرار والاقرار لا يكون خصومة مجازا الا في مجلس القضاء فما كان منه في غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظاهر ولا مجازا اذ الاقرار انما يكون خصومة مجازا
من حيث انه جواب ولا جواب في غير مجلس القضاء فلا اقرار يكون خصومة مجازا في غيره فلا يتناوله الجواب الموكل به ثم ان طريق كون الاقرار من حيث انه جواب
خصومة مجازا كما وعد المصنف بيانه فيما مر ما ذكره هنا بقوله والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه اي الاقرار خرج في مقابلة الخصومة جوابا عنها فسمي
باسمها كما سمي جزاء العدوان عدوانا في قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وكما سمي جزاء السيئة سيئة في قوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها كذا في
المبسوط والاسرار قال صاحب العناية فكان مجوزه التضاد وهو مجوز لغوي لما قررنا في التقرير انه لا يصلح مجوزا شرعيا وقال بعض الفضلاء بل الظاهر ان
مجوزه المشاكلة اقول لا يخفى على من يعرف حقيقة المشاكلة ويتقن النظر في مباحثها ان المشاكلة بمعزل فيما نحن فيه وانما غره تمثيلهم بما نحن فيه بقوله تعالى
وجزاء سيئة سيئة مثلها وقوله فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولكن جواز المشاكلة ايضا في ذينك الموضعين من النظم الشريف لا يقتضي جوازه فيما نحن فيه فتامل
تقف اولانه اي الخصومة على تاويل التخاصم كذا في النهاية وغيرها وقال في معراج الدراية وفي بعض النسخ او لانها سبب له اي الاقرار وقد يسمى السبب باسم
المسبب كما يقال صلوة العيد سنة مع انها واجبة باعتبار انها تثبت بالسنة وكما يسمى جزاء السيئة سيئة اطلاقا لاسم المسبب على السبب فكان المجوز السببية
قال في النهاية وهو مجوز شرعي نظير الاتصال الصوري في اللغوي كما عرف لان الظاهر اتيانه اي اتيان الخصم بالمستحق فيكون الخصومة سببا له حيث
افضى اليه ظاهرا كذا ذكره تاج الشريعة واختاره العيني فحينئذ يكون قوله لان الظاهر الخ تعليلا لقوله او لانه سبب له وقيل هو تعليل لقوله والاقرار في مجلس
القضاء خصومة مجازا بملاحظة القصر في التقييد بقوله في مجلس القضاء يعني لا الاقرار في غيره فتامل انتهى ويشعر به تحرير صاحب العناية حيث قال واما اختصاصه
بمجلس القضاء فلان الظاهر اتيانه بالمستحق الخ فتفكر وهو اي المستحق الجواب في مجلس القضاء لا غير فيختص جواب الخصومة بمجلس القضاء قال صاحب العناية
ولو قال لان الواجب عليه اتيانه بالمستحق بدل لان الظاهر كان اوفى تادية المقصود انتهى وقال بعض الفضلاء انما لم يقل لان الواجب الخ لتطرق المنع

لكن اذا اقيمت البينة على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يبقى مدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب او الوصي اذا اقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليه

على دعوى الوجوب وسنده ما مر في اول كتاب الوكالة من الشارح ما بين حكمها انتهى اقول ليس هذا الشيء الان مداره على زعم ان ضمير عليه وايتانه في قوله لان الواجب عليه ايتانه بالمستحق راجع الى الوكيل من حيث انه وكيل وليس كذلك بل هو راجع الى الخصم وهو الموكل حقيقة وان عد الوكيل ايضا خصما لقيامه مقام الموكل فالوجوب ههنا يصير حكم الخصومة لا حكم الوكالة ووجوب الجواب على الخصم مما لا يقبل المنع قطعا وما مر من صاحب العناية في اول كتاب الوكالة وهو جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه انما هو حكم الوكالة وذلك لا ينافي كون الوجوب المذكور ههنا حكم الخصومة فلا يكاد يصلح سندا لمنع ذلك الا يرى انه يجب على الوكيل كثير من احكام ما باشره بالوكالة كما قالوا لو اكل عقد تفيضه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة وغيرهما فحقوقه تجب على الوكيل دون الموكل مع اطباقهم على ان حكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه بالتوفيق في ذلك كله ان الوجوب حكم ما باشره والجواز حكم اصل الوكالة فلا تنفل لكن اذا اقيمت البينة على اقراره اي على اقرار الوكيل في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة هذا استدراك من قوله فتختص به وفيه اشارة الى دفع ما يقال اذا لم يكن الاقرار في غير مجلس القضاء جوابا كان الواجب ان لا يكون معتبرا ولا يخرج عن الوكالة ومعناه لكن اذا ثبت انه اقر عند غير القاضي خرج من الوكالة حتى لا يؤمر الخصم بدفع المال اليه اي الى الوكيل لانه صار مناقضا في كلامه حيث كذب نفسه بالقول الاول والمناقض لا دعوى له قال في الكافي حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه لا يمكن ان يبقى وكيلا بمطلق الجواب لانه لا يملك الانكار لانه يصير مناقضا في كلامه فلو بقي وكيلا لبقي وكيلا بجواب مقيد وهو الاقرار وما وكله بجواب مقيد وانما وكله بالجواب مطلقا انتهى وصار اي صار الوكيل المقر في غير مجلس القضاء كالاب والوصي اذا اقر اي اقر واحد منهما في مجلس القضاء فانه لا يصح اقراره ولا يدفع المال اليه بيانه ان الاب او الوصي اذا ادعى شيئا للصغير فانكر المدعى عليه وصدقه الاب او الوصي ثم جاء يدعي المال فان اقرارهما لا يصح ولا يدفع المال اليهما لانهما خرجا من الولاية والوصاية في حق ذلك المال بسبب اقرارهما بما قاله المدعى عليه فكذلك ههنا كذا ذكر في اكثر الشروح والاحسن ما ذكر في الكفاية من ان الاب والوصي اذا اقرا على اليتيم في مجلس القضاء انه استوفى حقه لا يصح اقرارهما عليه ولكن لا يدفع المال اليهما لزعمهما بطلان حق الاخذ وانما لا يصح اقرارهما لان في لا يتهما نظرية ولا نظر في الاقرار على الصغير انتهى واعلم ان حاصل هذه المسئلة اعني مسئلة التوكيل بالخصومة على خمسة وجه الاول ان يوكله بالخصومة ولا يفرض لشيء آخر وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالانكار بالاجماع ويصير وكيلا بالاقرار ايضا عند علمائنا الثلثة الثاني ان يوكله بالخصومة غير جائز الاقرار وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالانكار لان باستثناء الاقرار تبين ان التوكيل ما يتناول نفس الجواب انما تناول جوابا مقيدا بالانكار هكذا ذكر شيخ الاسلام في الاصل وذكر الامام فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع ان هذا الاستثناء على قول ابي يوسف رح لا يصح وعند محمد رح يصح وهكذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح وكالة الاصل وفي الفتاوى الصغرى ان استثناء الاقرار من الطالب يصح ومن المطلوب لا يصح عند محمد رح الثالث ان يوكله بالخصومة غير جائز الانكار وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالانكار ويصح الاستثناء في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح لا يصح الاستثناء الرابع ان يوكله بالخصومة جائز الاقرار عليه وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالخصومة والاقرار حتى لو اقر صح اقراره على الموكل عندنا خلافا للشافعي رح ويجب ان يعلم ان التوكيل بالاقرار صحيح عندنا ولا يصير الموكل مقرا بنفس التوكيل عند ذكر محمد رح المسئلة في باب الوكالة بالصلح الخامس ان يوكله بالخصومة غير جائز الاقرار والانكار ولا رواية في هذا الوجه عن اصحابنا رح وقد اختلف المتاخرون فيه بعضهم قالوا لا يصح هذا التوكيل اصلا لان التوكيل بالخصومة لكون الجواب الخصومة وجواب الخصومة اقرار وانكار فاذا استثنى كلاهما لم يفرض اليه شيئا وحكي عن القاضي الامام ما عد النيسابوري انه قال يصح التوكيل ويصير الوكيل وكيلا بالسكوت متى حضر مجلس الحكم حتى يسمع البينة عليه وانما يصح التوكيل بهذا القدر لان ما هو مقصود الطالب وهو الوصول الى حقه بواسطة اقامة البينة يحصل به كل ذلك من الذخيرة ثم اعلم انه لو اقر الوكيل بالخصومة في حد القذف والقصاص لا يصح اقراره لان التوكيل بالخصومة جعل توكيلا بالجواب مجازا بالاجتهاد

قال ومن كفل بمال عن رجل فوكل صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا الا ان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم الركن

فيكنت فيه شبهة العدم في اقرار الوكيل فصورت شبهة في ايداعه بالشبهات كذا في التبيين قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن كفل بمال فوكل صاحب المال بقبضه اي بقبض المال عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك اي لم يكن الكفيل وكيلا في قبض المال الغريم ابدا اي لا بعد براءة الكفيل ولا قبلها حتى لو ملك المال في يده لم يهلك على الموكل الا بعد البراءة فلانها لما لم تصح حال التوكيل لما انه لم يتقلب صحيحة كمن كفل لغائب فاجازه بعد ما بلغه فانها لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لم تصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة واما قبل البراءة فلما ذكره بقوله لان الوكيل من يعمل لغيره وهو ظاهر والكفيل ليس من يعمل لغيره فانه عامل لنفسه في ابراء ذمته فلو صححناها اي لو صححنا الوكالة فيما نحن فيه صار اي صار الوكيل عاملا لنفسه في ابراء ذمته لان قبضه يقوم مقام قبض الموكل وبقبضه تبرأ ذمة الكفيل فكذا التقبض وكيله فانعدم الركن اي ركن الوكالة وهو العمل للغير فانعدم عقد الوكالة لانعدام ركنه وصار هذا كالمحتال اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه لا يصير وكيلا لما قلنا فان قيل لشكل بابراء رب الدين اذا وكل المديون بابراء نفسه عما عليه من الدين فانه يصح نص عليه في الجامع الكبير وان كان المديون في ابراء نفسه ساعيا في فكاك رقبته قلنا ذكر شيخ الاسلام في تعليل هذه المسئلة ان المديون لا يصلح وكيلا عن الطالب بابراء نفسه على خلاف ما ذكر في الجامع فكان للمنع فيه مجال كذا في الفوائد الظهيرية ولئن سلمنا ذلك فنقول ان الابراء تمليك بدليل انه يرتد بالرد فلا يرد علينا نقضا لان كلامنا في التوكيل لا في التمليك كذا في النهاية واكثر الشروح اقول في الجواب نظرا اما في المنع فلان ما ذكر شيخ الاسلام كيف يصح للمعارضة لما نص عليه محمد رح في الجامع حتى يكون للمنع فيه مجال واما في التسليم فلان النقض ليس بقبض الابراء بل بالتوكيل بالابراء فما معنى قولهم ان كلامنا في التوكيل لا في التمليك على ان المنقوض ههنا ليس نفس المسئلة بل دليلها المذكور فانه جار بعينه في صورة توكيل المديون بابراء نفسه عما عليه من الدين مع تخلف الحكم وهو عدم الصحة هناك فلا فائدة في دفع ذلك للفرق المذكور اصلا كما لا يخفى على المتأمل الا ان يقال مراد هم ان التوكيل بالابراء في الصورة المذكورة تمليك حقيقة وان كان توكيلا صورة وكلامنا في التوكيل الحقيقي لا فيما هو توكيل صورة تمليك حقيقة والدليل المذكور انما يجري في التوكيل الحقيقي لان كون الوكيل عاملا للغير انما هو في ذلك وقد يشير الى هذا الوجه تقرير صاحب الكافي في الجواب عن السؤال المذكور حيث قال فان قيل الدائن اذا وكل المديون بابراء نفسه عن الدين يصح نص عليه في الجامع وان كان المديون في ابراء نفسه ساعيا في فكاك رقبته قلنا انما يصح تمليكا لا توكيلا كما في قوله طلقي نفسك انتهى فقائل قال صاحب الكافي فيعد نقل السؤال والجواب عن الكافي قلت لو كان تمليكا لاقتصر على المجلس ولا يقتصر انتهى اقول يمكن ان يعارض هذا بانه لو لم يكن تمليكا لما ارتد بالرد كما اتفقه البيهقي سائر الشروح حيث قيل ان الابراء تمليك بدليل انه يرتد بالرد فتدبر ثم ان الامام الزيلعي ذكر السؤال المذكور وجوابه في شرح الكنز على منهج ما ذكر في الكافي مع تغيير عبارة في السؤال والجواب حيث قال فان قيل الدائن اذا وكل المديون بابراء نفسه عن الدائن يصح ان كان عاملا لنفسه ساعيا في براءة ذمته قلنا ذلك تمليك وليس بتوكيل كما في قوله طلقي نفسك انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال بعد نقل ذلك عنه فيه بحث لانه ان اراد انه تمليك للدين فمسلم لظهور انه ليس تمليكا الا ان يقال انه من قبيل المبالغة في التشبيه وان اراد انه تمليك للابراء كما في طلقي نفسك فانه تمليك للطلاق فالتوكيل ايضا تمليك للتصرف الموكل انه كما علم في الدرس السابق ايضا انتهى اقول يجوز ان يختار كل واحد من شقي ترديده اما الاول فلسقوط منع ذلك باقامة الدليل عليه بانه لو لم يكن تمليكا للدين بل كان اسقاطا له لما ارتد بالرد فان الاسقاط ابتلاشي لا يرتد بالرد على ما عرف وقد اشار اليه الشراح بقولهم الابراء تمليك بدليل انه يرتد بالرد واما الثاني فلسقوط بعض ذلك بالتوكيل فان التوكيل على ما مر في صدر كتاب الوكالة اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم فهو اقامة محضة لا تمليك شيء اصلا فقوله فالتوكيل ايضا تمليك للتصرف الموكل به كما علم في الدرس السابق ايضا ممنوع جدا اذ لم يعلم قط لا في الدرس السابق ولا في موضع

ولا يلزم قبول قوله ملزوم الوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئا نفسه فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد مأذون
مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ولطالب العبد بجميع الدين فلو وكل الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا
لما بيناه قال ومن ادعى انه وكيل الغائب في دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه
خالص ماله فان حضر الغائب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت له استيفاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك
قوله مع يمينه فيفسد الاداء ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله ان ينقض
قبضه وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره

آخر ان التوكيل تمليك شيء بل هم مصرحون بكونه مقابلا للتمليك في مواضع شتى سيما في باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق ثم قيل ينبغي ان يصح وكالة الكفيل في
مسئلتنا لانه عامل لرب الدين قصدا وعمله لنفسه كان واقعا في ضمن عمله لغيره والضمنيات قد لا تعتبر واجيب بانا لا نسلم ذلك بل العمل لنفسه اصل والاصل ان يقع تصرف
كل عامل لنفسه لا لغيره وقيل لما استويا في جهة الاصالة ينبغي ان تبطل الكفالة بالوكالة لان الوكالة كانت طارئة على الكفالة فكانت ناسخة لكفالته كما اذا تاخرت الكفالة
عن الوكالة فانها تكون ناسخة للوكالة فان الامام المحبوبي ذكر في الجامع الصغير ان الوكيل بقبض الدين اذا ضمن المال للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة وجواب
الكفالة بقضاء ناسخة للوكالة ومبطلة لها لا على العكس لان الشيء جاز ان يكون منسوخا بما هو مثله او فوقه لا بما هو دونه والوكالة دون الكفالة في الرتبة لان الكفالة
في الرتبة لان الكفالة عقد لازم لا يتمكن الكفيل من عزل نفسه بخلاف الوكالة فلم يجز ان تكون الوكالة ناسخة للكفالة وان جاز نسخه لان قبول قوله اي قبول الوكيل ملازم
للوكالة هذا دليل آخر على المسئلة تقريره ان الوكالة تستلزم قبول قول الوكيل لكونه امينا ولو صححنا الوكالة ههنا لا تقبل اي لم تقبل قوله لكونه مبرئا
نفسه عما لزمه بحكم كفالته فانتفى اللازم وهو قبول قوله فينعدم اي التوكيل الذي هو الملزوم بانعدام لازمه التي هي قبول قوله لان انتفاء اللازم يستلزم
انتفاء الملزوم فيلزم صدقه حال قرض وجوده وما كان كذلك فهو معدوم وهو نظير عبد مأذون مديون اي ما ذكر من مسئلتنا نظير مسئلة عبد مديون او بطلان الوكالة فيما
فيه نظير بطلانها في عبد مديون وفي بعض النسخ ونظيره عبد مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته اي ضمن المولى قدر قيمة العبد سواء كان موسرا او معسرا للغرماء
ولطالب العبد بجميع الدين فلو وكل الطالب اي فلو وكل المولى الطالب وهو رب الدين بقبض المال من العبد كان باطلا اي كان التوكيل باطلا لما بيناه
ان الوكيل من يعمل لغيره وههنا لما كان المولى ضامنا لقيمة العبد كان في مقدارها عاملا لنفسه لانه يبرئ نفسه فكان التوكيل باطلا قال اي القدوري في مختصره
ومن ادعى انه وكيل الغائب اي وكيل فلان الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم اي المديون امر اي الغريم بتسليم الدين وفي بعض النسخ بتسليم المال اليه اي
الى مدعي الوكالة لانه اي لان تصديق الغريم اياه اقرار على نفسه لان ما يقضيه المديون خالص ماله اي لان ما يقضيه المديون خالص مال المديون اذ الدين يقضى بمثله
لا باعيانها كما تقدم وتقرر فما اداه المديون مثل مال رب الدين لا عينه فكان تصديقه اقرارا على نفسه ومن اقر على نفسه بشيء امر بتسليمه الى المقر له فان حضر
الغائب اي رب الدين فصدقه اي صدق الوكيل فيما ادى اي وان لم يصدقه دفع اليه اي الى رب الدين الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء
اي استيفاء رب الدين حقه حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله اي القول في نفي انكار الوكالة قول رب الدين مع يمينه لان الدين كان ثابتا والمديون يدعي امرا
عارضيا وهو سقوط الدين باداءه الى الوكيل ورب الدين ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه واذا لم يثبت الاستيفاء فيفسد الاداء اي يفسد الاداء
الى مدعي الوكالة واذا فسد الدين فيجب الدفع ثانيا الى رب الدين فيرجع به اي فيرجع المديون بما دفعه اولا على الوكيل اي على مدعي الوكالة
ان كان باقيا في يده اي ان كان ما دفعه الى الوكيل باقيا في يده لان غرضه اي غرض المديون من الدفع اي من الدفع الى الوكيل براءة ذمته من
الدين ولم يحصل اي لم يحصل البراءة فله ان ينقض قبضه اي فللمديون ان ينقض قبض الوكيل وان كان ضاع اي ان كان ما دفعه الى الوكيل ضاع في يده لم يرجع
اي المديون عليه اي على الوكيل لانه اي المديون بتصديقه اي بتصديق الوكيل اعترف انه اي الوكيل محق في القبض والمحق في القبض لا رجوع عليه وهو
اي المديون مظلوم في هذا الاخذ اي في الاخذ الثاني وهذا الجملة اعني قوله وهو مظلوم في هذا الاخذ معطوف على ما في خبر ان في قوله اعترف انه محق في القبض فالمعنى
ان المديون بتصديق الوكيل اعترف ايضا انه زعم انه مظلوم في هذا الاخذ الثاني والمظلوم لا يظلم غيره فلا ياخذ المديون من الوكيل بعد الاهلاك فاقبل
صاحب العناية فان قيل هذا الوجه يقتضي ان لا يرجع عليه اذا كانت العين في يده باقية ايضا فالجواب ان العين اذا كانت باقية لكن نقض القبض فيرجع

قال الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان الماخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة اضيفت الى حالة القبض فيصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه في الوكالة وانما دفعه اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة وهذا اظهر

ينقضه اذا لم يحصل غرضه من التسليم واما اذا هلكت فلم يكن نقضه فلم يرجع عليه انتهى اقول القائل ان يقول ان الحق في القبض كما لا يرجع عليه ابتداء لا يتيسر نقض قبضه ايضا بلا رضاه فكيف يرجع بنقضه وان المظلوم كما لا يجوز له ان يظلم غيره ابتداء كذلك لا يجوز له ان يتوسل اليه بوسيلة كنقض القبض ههنا فلا يتم الجواب المذكور فالجواب الواضح ان الوكيل وان كان يستحق القبض على زعم المديون الا ان قبضه لم يكن لنفسه اصالة بل كان لاجل الايصال الى موكله بطريق النيابة فلم يكن ما قبضه ملك نفسه فاذا اخذ الدائن من المديون ثانيا ولو كان ظلما في زعم المديون لم يبق للوكيل حق ايصال ما قبضه الى الموكل لوصول حق الموكل الى نفسه من الغريم فان كان عين ما قبضه الوكيل باقيا في يده لم يكن رجوع المديون عليه ظلما لانه قبضه لم يكن ملك نفسه بل كان مقبوضا لاجل الايصال الى موكله واذا لم يبق حق الايصال الى الموكل فالمديون نقض قبضه بعد ذلك لعدم حصول غرضه من الدفع اليه بخلاف ما اذا كان عين ما قبضه هالكة فان ما قبضه وان لم يكن ملك نفسه الا ان يده كانت يد امانة على زعم المديون حيث صدقه في الوكالة وتضمين الامين ظلم لا يخفى ثم ان الامام الزيلعي قال في التبيين ويرد على هذا ما لو كان لرجل الف درهم مثلا على آخر دين على رجل فمات وترك ابنين فاقتسما الالف اعيانا نصفين فادعى الذي عليه الدين ان الميت استوفى منه الالف حال حيوته فصدقه احدهما وكذبه الآخر فالمكذب يرجع عليه بخمسمائة ويرجع بها الغريم على المصدق وهو في زعمه ان المكذب ظلمه في الرجوع عليه فظلم هو المصدق بالرجوع بما اخذه المكذب وذكر في الامالي انه لا يرجع لان الغريم زعم انه يبرئ عن جميع الالف الا ان الابن الجاحد ظلمه ومن ظلم ليس له ان يظلم غيره وما اخذه الجاحد دين على الجاحد ودين الوارث لا يقضى من التركة وجه الظاهر ان المصدق اقر على ابيه بالدين لان الاقرار بالاستيفاء اقرار بالدين لان الديون تقضى باشباهها فاذا كذبه الآخر واخذ منه خمسمائة لم تسلم له البراءة الا عن خمسمائة فبقيت خمسمائة دينا على الميت فيرجع بها على المصدق فيأخذها بالارث حتى يستوفي لان الدين مقدم على الارث الى هنا كلامه فتامل قال اي المصنف في البداية الا ان يكون ضمنه عند الدفع هذا استثناء من قوله لم يرجع عليه يعني اذا ضاع في يده لم يرجع عليه الا ان يكون ضمنه عند الدفع وهذا لفظ قدوري بالتشديد والتخفيف ففي التشديد كان الضمير المستكن في ضمنه مستندا الى المديون والضمير البارز راجعا الى الوكيل وفي التخفيف على العكس فان معنى التشديد هو ان يجعل المديون الوكيل ضامنا عند دفع المال الى الوكيل بان يقول له اضمن لي ما دفعته اليك عن الطالب حتى لو اخذ الطالب مني ماله اخذ منك ما دفعته اليك ومعنى التخفيف هو ان يقول الوكيل للمديون انا ضامن لك ان اخذ منك الطالب ثانيا فانا ارد عليك ما قبضته منك وعلى كلا التقديرين يرجع المديون على الوكيل لان الماخوذ ثانيا مضمون عليه اي على رب الدين في زعمهما اي في زعم الوكيل والمديون لان رب الدين في حقهما غاصب فيما قبضه ثانيا وهذه اي هذه الكفالة اضيفت الى حالة القبض اي الى حالة قبض رب الدين ثانيا فصح اي فصح هذه الكفالة لاضافتها الى سبب الوجوب وهو قبض رب الدين فصارت بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان اي بما يذوب اي يجب له عليه هذا ما اريد به المستقبل وقد مر تقريره في كتاب الكفالة فوجه المشابهة بين المسئلتين كون كل واحدة منهما كفالة اضيفت الى حال وجوب في المستقبل على المكفول عنه ولو كان الغريم لم يصدقه اي لم يصدق الوكيل في الوكالة يعني ولم يكذبه ايضا بل كان ساكتا لان فرع التكذيب سيأتي عقيب هذا ودفعه اليه اي دفع المال الى الوكيل على ادعائه اي بناء على مجرد دعوى الوكيل فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه اي الغريم لم يصدقه اي الوكيل في الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة او على رجاء ان يخبره صاحب المال فاذا انقطع رجاؤه اي رجاء الغريم رجوع صاحب المال عليه رجع عليه اي رجع الغريم ايضا على الوكيل وكذا اذا دفعه اليه اي وكذا الحكم اذا دفع الغريم المال الى الوكيل على تكذيبه اي على تكذيب الغريم اياه اي الوكيل في الوكالة اي في دعوى الوكالة وهذا اي جواز رجوع المديون على الوكيل في صورة التكذيب اظهر اي اظهر من جواز رجوعه عليه في الصورتين الاوليين وهما صورة التصديق مع التضمين وصورة السكوت لانه لما يرجع عليه في تينك الصورتين مع انه لم يكذبه فيهما فلان يرجع عليه في هذه الصورة وقد كذبه فيها اولى بالطريق لانه اذا كذبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب والمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب

لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المودى صار حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار
كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان
ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه ومن قال الى وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه لانه اقر بحق
الغير بخلاف الدين ومن ادعى انه ملك ابوه او ترك الوديعة ميراثا له لا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه

قطعا لما قلنا اشارة الى قوله وانما دفع اليه على رجاء الاجازة لكنه دليل الرجوع لا دليل الاظهرية كما لا يخفى وفي الوجوه كلها يعني الوجوه الاربعة المذكورة وهي دفعه
مع التصديق من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكتا من غير تصديق ولا تكذيب ودفعه مع التكذيب ليس له اي ليس للغريم ان يسترد المدفوع
حتى يحضر الغائب لان المودى صار حقا للغائب اما ظاهرا وهو في حالة التصديق او محتملا وهو في حالة التكذيب كذا في عامة الشروح اقول الحق في بيان قوله او محتملا
ان يقال وهو في حالة التكذيب حالة السكوت ليتناول كلامه الوجوه المذكورة كلها وقيل ظاهرا ان كان الوكيل ظاهر العدالة او محتملا ان كان فاسقا او مستورا كذا
فصار الحاصل الحكم في الوجوه كلها كما اذا دفعه اي كما اذا دفع الغريم المال الى فضولي على رجاء الاجازة من صاحب المال فان الدافع هناك لم يملك الاسترداد لاحتمال
الاجازة فكذا هنا ولان من باشر التصرف لغرض عطف على قوله لان المودى صار حق الغائب ليس له ان ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه اي عن حصول غرضه لان
سعي الانسان في نقض ما تم من جهته مردود كما اذا كان الشفيع وكيلا المشتري ليس له الشفعة لانه لو كان له الشفعة كان سعيا في نقض ما تم من جهته وهو البيع ولم يذكر
المص رح ان الغريم اذا انكر الوكالة هل يحلف او لا قال الخصاف لا يحلف على قول ابي حنيفة رح ويحلف على قولهما انه ادعى عليه ما لو اقر به لزمه فاذا انكره يحلف لكنه
على العلم لانه على فعل الغير وله ان الاستحلاف يبتني على دعوى صحيحة وما لم يثبت نيابته عن الآمر لم تصح دعواه فلا يستحلف وكذا اذا لم يذكر اذا اقر بالوكالة وانكر الدين و
الحكم فيه على عكس ذلك يستحلف عنده خلافا لهما بناء على ان الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة عنده وقد تثبت الوكالة في حقه باقراره وكذا في العناية اخذا من النهاية
وذكر في الكافي انه ان دفع الغريم المال الى الوكيل ثم اقام البينة على انه ليس بوكيل اذا اقام البينة على اقراره ان الطالب وكله لا يقبل ولو اراد ان يستحلفه على
ذلك لا يحلف عليه لان ذلك مبني على دعوى صحيحة ولم توجد لكونه ساعيا في نقض ما اوجبه للغائب وان اقام الغريم البينة على ان الطالب جحد الوكالة و
قبض المال منه يقبل لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بناء على اثبات سبب انقطاع حق الطالب عن المدفوع وهو قبضه المال بنفسه فانتصب الحاضر خصما
عن الغائب في اثبات السبب فيثبت قبض الموكل فينتقض قبض الوكيل ضرورة وجاز ان تثبت الشيء تبعا وضرورة ولا تثبت مقصودا انتهى ومن قال
اني وكيل لقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه هذا لفظ القدوري في مختصره علله المص رح بقوله لانه اي المودع بفتح الدال اقر له اي للوكيل بمال الغير
وهو المودع بكسر الدال فانه اقر بقاء الوديعة على ملك المودع والاقرار بمال الغير بحق القبض غير صحيح بخلاف الدين حيث يؤمر المديون بالتسليم الى الوكيل
الذي صدق في وكالته على ما مر فان المديون يقتضي بامثالها فكان اقرار المديون اقرارا على نفسه بحق المطالبة والقبض كذا ذكره الامام قاضيخان ثم ان الوجوه
الاربعة المذكورة في الوكيل لقبض الدين واردة في الوكيل لقبض وديعة ايضا فانه قال في المبسوط واذا قبض رجل وديعة رجل فقال رب الوديعة ما وكلتك
وحلف على ذلك وضمن ما له المستودع رجع المستودع بالمال على القابض ان كان عنده بعينه لانه ملكه باداء الضمان وان قال هلك مني او دفعته الى الموكل فهو
على التفصيل الذي قلنا ان صدقه المستودع في الوكالة لم يرجع عليه بشيء وان كذبه او لم يصدقه ولم يكذبه او صدقه وضمنه كان له ان يضمنه لما قلنا
انتهى وذكر في الفوائد الظهيرية في فصل الوديعة اذا لم يؤمر بالتسليم ومع هذا سلم ثم اراد الاسترداد هل له ذلك ذكر شيخ الاسلام علاء الدين في شرح الجامع الصغير
انه لا يملك الاسترداد لانه ساع في نقض ما اوجبه وقال ايضا واذا لم يؤمر المودع بالتسليم ولم يسلم حتى ضاعت في يده هل يضمن قيل لا يضمن وكان ينبغي ان
يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع والمنع من المودع يوجب الضمان فكذا من وكيله انتهى ولو ادعى اي ولو ادعى احد في بعض
المنع فلو ادعى ذكر المص رح هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدوري انه الضمير للشان مات ابوه اي اب المدعي وترك الوديعة ميراثا له اي للمدعي
لا وارث له اي للميت غيره اي غير المدعي وصدقه المودع امر بالدفع اليه اي الى امر المودع بدفع الوديعة الى ذلك المدعي اقول من العجائب

لانه لا يبقى ماله بعد موته فتدافعا

اسناد الشارح العينى قال فى تقرير هذه المسئلة اى فلو ادعى من قال انى وكيل انه اى ان فلانا مات البوه الخ ولا يخفى على من له ادنى مسكة ان هذه
المسئلة مسئلة الوراثة ذكرت تفريعا على مسئلة الوكالة لبيان الاختلاف بينهما فى الحكم فانه لا مجال لان يكون الضمير المستكن فيه ولو ادعى اى فلو ادعى راجعا
الى من قال انى وكيل لان الموكل لا يؤمر بالتسليم الى مدعى الوكالة اصلا قال المصنف فى تعليل تلك المسئلة لانه اى لان مال الوديعة لا يبقى ماله اى لا يبقى
مال الموكل بعد موته اى بعد موت الموكل قال صاحب النهاية ماله بالنصب قال هكذا كان معربا باعراب شيخى اى لا يبقى مال الوديعة مال الموكل بعد موته
اى منسوبا اليه ومملوكا له فكان انتسابه على تاويل الحال كما فى كلمة فاء الى فى اى متنافيا انتهى وقال صاحب معراج الدراية بعد نقل ما فى النهاية
بعينه ويجوز الرفع وقال صاحب غاية البيان قوله لا يبقى ماله بالنصب على انه حال كما فى قوله كلمته فاه الى فى
يعنى لا يبقى مال الوديعة مال ابيه بعد موت ابيه انتهى وقال صاحب العناية وروى صاحب النهاية عن خط شيخه نصب ماله ووجهه كونه حالا كما فى
كلمته فاه الى فى اى متنافيا هو معنا ولا يبقى مال الوديعة مال الموكل بعد موته منسوبا اليه ومملوكا له وتبعه غير من الشارحين وارى انه ضعيف لان الحال
مقيد للعامل فكلمته يجوز ان يكون مقيدا بالمشافهة اى كلمته فى حال المشافهة واما قوله لا يبقى مال الوديعة حال كونه مملوكا له منسوبا اليه فليس له معنى ظاهر
والظاهر فى اعرابه الرفع على انه فاعل لا يبقى اى لان الموكل لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله الى الوارث انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلانه قد تقرر
فى علم البلاغة انه يجوز اشتمال هذا التركيب ان يعتبر القيد اولا فيؤول المعنى الى بقى القيد وان يعتبر النفى اولا فيؤول المعنى الى تقييد النفى وتعيين كل
واحد من الاعتبارين بقرينة يشهد له فان اراد بقوله واما قوله لا يبقى مال الموكل حال كونه مالا مملوكا له منسوبا اليه فليس له معنى ظاهر انه ليس له معنى ظاهر
على الاعتبار الاول فمسلم اذ لا يخفى ان نفى بقاء مملوكية مال الوديعة للموكل وانتسابه اليه بعد موته معنى ظاهر مقبول وان اراد بذلك انه ليس له معنى ظاهر على
الاعتبار الثانى فمم لكن المراد ههنا هو الاعتبار الاول كما لا يخفى واما ثانيا فلانه على تقدير رفع ماله على انه فاعل لا يبقى يصير المعنى لا يبقى عين ماله بعد
موته وليس هذا المعنى صحيح اذ المال باق بعينه بعد موته وانما ينتفى بعد موته مملوكيته وانتسابه اليه وذلك من اوصاف المال واحواله يفهم من النصب
على الحالية ولا يفهم من الرفع على الفاعلية اللهم الا ان يدعى انه يوجد من اضافة المال الى الضمير الراجع الى الموكل لكنه بعيد جدا فالظاهر فى افادة المعنى
المقصود هو النصب كما لا يخفى ثم ان الشارح العينى قد زاد فى الطنبور نغمة حيث قال بعد نقل ما فى النهاية وما فى العناية والصواب هو الرفع على ما قاله الاكمل
وقد فاته شئ آخر وهو ان من شرط الحال ان يكون من المشتقات والمال ليس منها الا انه يجوز بالتاويل ولو قال صاحب النهاية ومن تبعه فى انه نصب
على الحال انه حال على تاويل متمولا اى لا يبقى الميت بعد موته متمولا لكان اوجه انتهى اقول ليس ما زاده بشئ اما قوله ان من شرط الحال ان تكون
من المشتقات فمم الا يرى الى قول ابن الحاجب وكل ما دل على هيئة صح ان يقع حالا مثل هذا البسر اطيب منه رطبا ولئن سلم ذلك بناء على قول
جمهور النحاة فجواز كون غير المشتق حالا بالتاويل بالمشتق ما لم ينكره احد من النحاة وقد اعترف به نفسه ايضا حيث قال الا انه يجوز بالتاويل وقد بين
صاحب النهاية التاويل ههنا حيث قال منسوبا اليه مملوكا له فبعد ذلك كان القدح فيه باشتراط كون الحال من المشتقات لغو من الكلام واما قوله
ولو قال صاحب النهاية ومن تبعه فى انه نصب على الحال انه حال على تاويل متمولا اى لا يبقى الميت بعد موته متمولا لكان اوجه فمما لا ينبغى ان
يتفوه به العاقل لان المتمول انما هو المالك لا المال قطعا فكيف يتصور تاويل المال بما لا يصح حمله عليه وجعله صفة له بل على تقدير ارجاع ضمير لا يبقى
الى الميت لا يبقى له ارتباط بالمقام كما لا يخفى على ذوى الافهام فقد انفقا على مدعى الوراثة والموكل وقال العينى اى الذى ادعى الوكالة والموكل

على انه مال الوارث ولو ادعى ان اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقراره اجلك الغير لانه من اهله فلا يصدق فان في دعوى البيع عليه قال فان وكل وكيلا بقبض ماله فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال اليه لان الوكالة قد تثبت بالتصادق والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق

والمودع اقول هذا بناء على ضمالة السابق وقد عرفت حاله على انه متعلق بالقضاء اي فقد اتفقا على ان مال الوديعة مال الوارث فلا بد من الدفع اليه قال صاحب التسهيل اقول فيه اقرار على الغير بالموت فينبغي ان لا يؤمر بالدفع حيث يثبت موته عند القاضي انتهى قال ولو ادعى اي ولو ادعى احد انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر اي لم يؤمر المودع بالدفع اليه اي الى مدعي الشراء وهذه المسئلة ايضا ذكرها المص تفريعا على مسئلة القدوري ولهذا لم يذكرها في البداية وقال في تعليلها لانه اي لان صاحب الوديعة ما دام حيا كان اقرارا اجلك الغير اي كان اقرار المودع لمدعي الشراء اقرارا باجلاك الغير وهو صاحب الوديعة لانه اي لانه من اهله اي من اهل الملك فلا يصدق فان اي مدعي الشراء والمودع المصدق اياه في دعوى البيع عليه اي على صاحب الوديعة قال صاحب الغاية وللقائل ان يقول قد تقدم لنا ان المسئلتين في فصل القضاء بالمواريث فكان ذكرهما مكررا ويمكن ان يجاب عنه بانه ذكرهما هنا لك باعتبار القضاء وههنا باعتبار الدعوى ولهذا اعادهما هنا لقوله ولو ادعى وهناك لقوله من اقر وفرع هذا لما يخلو عن ضعف لان ايرادهما في باب الوكالة بالخصومة والقبض بعيد المناسبة الى هنا كلامه اقول تضعيفه ساقط لان ذكر المسئلة المتقدمة عليهما وهي مسئلة ادعاء الوكالة بقبض الوديعة اقتضى ذكرهما عقيبها لان ذكرها لما اوقع في ذهن السامع ان الحكم فيها ايضا كالحكم فيها ام لا ذكرهما المصنف رح عقيبها في بابها على سبيل التفريع عليها ازالة للاشتباه ببيان الفرق بينهما وبين احدهما وبيان الاشتراك في الحكم مع الاخرى فكان ايرادهما في هذا الباب فيه المناسبة قال اي محمد رح في جامع الصغير فان وكل وكيلا بقبض ماله اي ان وكل رجل وكيلا بقبض ماله على غريمه فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه اي فان الغريم يدفع المال اليه اي يؤمر بدفع المال الى الوكيل قال المص رح في تعليله لان الوكالة قد تثبت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه اي بمجرد دعوى الغريم بلا حجة فلا يؤخر الحق اي حق القبض الى تحليف رب الدين قال صاحب النهاية فان قيل لا نم ان الوكالة قد تثبت فباي دليل تعلم ثبوت الوكالة ولو قيل بسبب ادعاء المديون ان صاحب المال قد استوفاه فذلك لا يصلح دليلا على صحة ثبوت الوكالة بل هو دليل على عدم صحة الوكالة لان المديون اذا كان مستوفيا من جانب من له الحق كان التوكيل بالاستيفاء باطلا لا محالة فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى قلنا لما ادعى الغريم استيفاء رب الدين دينه كان هو معترفا باصل الحق الا ترى ان قول المدعى عليه قد قضيتكها اقرار بالدين عند دعوى المدعي ذلك فلما ثبت الدين باقراره ولم ينكر الوكالة وكان للوكيل ولاية الطلب فيقضى عليه بالايفاء كما لو ادعى استيفاء رب الدين عند دعواه بنفسه كان يقضى عليه بالايفاء فكذا عند دعوى وكيله لان الوكيل قائم مقام الموكل انتهى اقول جوابه منظور فيه اذ لا كلام في ان ادعاء الغريم استيفاء رب الدين دينه يقتضي الاعتراف باصل الحق وانما الكلام في ان الوكالة باي دليل تثبت ومجرد عدم انكار الوكالة لا يقتضي الاعتراف بثبوتها الا ترى انه لو سكت او تكلم بكلام لا يناسب الحال لا يعد مقرا للوكالة فكيف اذا تكلم بما يشعر بانكار الوكالة وقد اشار اليه السائل بقوله بل هو دليل على عدم صحة الوكالة الى قوله فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى فكان الغريم قال انت لا تصلح للوكالة اصلا بعد استيفاء صاحب المال حقه فضلا عن ان تقع وكيلا منه تدبر وقصد صاحب الغاية دفع السؤال المزبور بوجه آخر حيث قال في بيان المسئلة ذكر في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رح في الرجل على الرجل مال فوكل وكيلا بذلك المال واقام الوكيل البينة عليه وقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه فانه يقال له ادفع المال ثم اتبع رب المال فاستحلفه ثم قال في شرح قول المص رح لان الوكالة قد تثبت يعني بالبينة لان وضع المسئلة كذلك انتهى اقول لقائل ان يقول لو كان مراد قول المص رح لان الوكالة قد تثبت بل هو نفس جواب هذه المسئلة على اعتبار قيد اقامة الوكيل البينة على الوكالة في وضع هذه المسئلة لما وسع للمص رح في بداية وهداية ولعامة المشائخ في تشاحيم المعتبرة ترك ذلك القيد المهم عند تحرير هذه المسئلة ولا ينبغي ان يدعى كون تركهم اياه بناء على ظهور اعتباره كيف وقد ذهب باعتباره ذلك على كثير من الثقات كصاحب النهاية وصاحب التبيين وغيرهما حتى ذهبوا الى توجيه آخر في وضع السؤال المذكور فلو كان اعتباره من الظهور بحيث يستغنى عن ذكره في عامة الكتب لما خفي على مثل هؤلاء الاعلام

[illegible]

وتبع اي تبع الغريم رب المال فيستحلفه اي فيستحلف الغريم رب المال على عدم الاستيفاء رعاية لجانبه اي جانب الغريم فان حلف مضى الا فلا وان نكل تبع الغريم
الدافع فيسترد ما قبضه ولا يستحلف الوكيل لانه نائب والنيابة لا تجري في الايمان وقال زفر رحمه الله يحلف على العلم فان نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته لان
الوكيل لو اقر بذلك بطلت وكالته فجاز ان يحلف عليه والجواب ان الغريم يدعي حقا على الموكل لا على الوكيل فتحليف الوكيل يكون نيابة في الايمان
بخلاف الوارث حيث يحلف على ان لا يعلم استيفاء مورثه لان الحق يثبت للوارث فالدعوى عليه والايمان بالاصالة كذا في الشروح اخذا من الايضاح قال
اي محمد رح في شرح الجامع الصغير وان كفله بالرد بعيب في جارية اي ان وكله برد جارية بسبب عيب فادعى البائع رضي المشتري اي رضاه بالعيب لم يرد عليه
اي لم يرد الوكيل على البائع حتى يحلف المشتري يعني لا يقضي القاضي بالرد عليه حتى يحضر المشتري ويحلف على انه لم يرض بالعيب بخلاف ما مر من مسئلة الدين حيث
يؤمر الغريم بدفع الدين الى الوكيل قبل تحليف رب الدين قال جماعة من الشراح حيث يؤمر بدفع الدين الى الوكيل بدون تحليف الوكيل اقول ليس هذا
بمعنى القائم قطعا اذ لا دخل لعدم تحليف الوكيل في الفرق بين المسئلتين فان الوكيل لا يحلف في شيء منهما اصلا ثم اعلم انه ذكر في المبسوط الفرق بين مسئلة الدين
ومسئلة العيب من وجهين احدهما ان في الدين حق الطالب ثابت بيقين وليس في دعوى الاستيفاء والابراء ما ينافي ثبوت اصل حقه لكنه يدعي الاستيفاء وبعد تقرر
السبب الموجب فلا يمتنع على الوكيل الاستيفاء ما لم يثبت المسقط واما في العيب فان علم المشتري بالعيب وقت العقد يمنع ثبوت حقه في الرد اصلا فالبائع لا يدعي
مسقطا بل يزعم ان حقه في الرد لم يثبت اصلا فلا بد من ان يحضر الموكل ويحلف ليتمكن من الرد عليه والثاني ان الرد بالعيب بقضاء القاضي فسخ للعقد
والعقد اذا انفسخ لا يعود فلو اثبتنا الحق للرد تضرر به الخصم في انفساخ عقده عليه واما قضاء الدين فليس فيه فسخ عقد فاذا حضر الموكل فالى ان يحلف يؤجل
المطلوب الى قضاء حقه فلهذا امر بقضاء الدين وهذا الوجه الثاني من الفرق هو الذي اراده المص بقوله لان التدارك ممكن هنا لكنه اي في مسئلة الدين
باستيفاء ما قبضه الوكيل في اظهر الخطاء عند نكوله اي نكول الموكل عن اليمين فالقضاء لم ينفذ باطنا لانه اقضى الا بحجة التسليم فكان القضاء بالاملاك المرسلة كذا في الكافي والكفاية وههنا اي في
مسئلة الرد بالعيب وفي بعض النسخ في الثانية اي في المسئلة الثانية وهي مسئلة الرد بالعيب غير ممكن اي التدارك غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطاء عند ابي حنيفة رح
كما هو مذهبه لان القضاء في العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا عنده كما مر في كتاب القضاء وفي كتاب النكاح ايضا ولا يستحلف المشتري عند وبعد ذلك
اي بعد ان مضى القضاء بالفسخ على الصحة لانه اي لان الاستحلاف لا يفيد اذ لا مضي الفسخ ولا يرد بالنكول لم يبق في الاستحلاف فائدة قطعا قال صاحب
معراج الدراية في تفسير قول المص بعد ذلك اي بعد نكول الموكل وتبعه الشارح العيني اقول هذا التفسير فاسد اذ يصير معنى المقام حينئذ ولا يستحلف المشتري
عنده بعد نكول المشتري وهذا من قبيل اللغو من الكلام كما لا يخفى على الفطن في الذخيرة وان لم يكن للبائع بينة على رضى الامر بالعيب رد الوكيل الجارية على
البائع بالعيب ثم حضر الامر وادعى الرضى وارادا اخذ الجارية فابى البائع ان يدفعها اذ قال القاضي البيع فلا سبيل لك فان القاضي لا يلتفت الى قول البائع
ويرد الجارية على الآمر لان الآمر مع البائع تصادقا على ان الجارية ملك الآمر لان البائع ادعى رضى الآمر بالعيب لزوم الجارية اياه وصدقه الآمر في ذلك فانتهى
التصديق الى وقت الاقرار وثبت هذا التصادق ان القاضي اخطأ في قضائه بالرد وان قضاءه بالرد نفذ ظاهرا لا باطنا فبقيت الجارية على حكم ملك الآمر في
الباطن فكان للآمر ان يأخذها بعض مشايخنا قالوا هذا على قول محمد رح واما على قول ابي حنيفة رح لا سبيل للآمر على الجارية لعصمتهم قالوا هذا قول الكل وهو الاصح وجه ان
نقض القاضي ههنا البيع لم يكن بناء على دليل موجب للنقض وانما كان لجهله بالدليل المسقط للرد وهو رضى الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه وفي مثل هذا لا ينفذ قضاؤه
باطنا كما لو قضى في رادته باجتهاده وثمة نص بخلافه انتهى وهكذا ذكر في المبسوط وشرح الجامع الصغير للقاضي وقال في النهاية ومعراج الدراية عن تلك الكتب

واما عندهما فلو لم يجب ان يتعين الجواب على هذا في الفصلين ويؤخر ان التدارك ممكن عندنا بالبطلان القضاء وقيل عند
ابي يوسف ان الخصم في الفصلين لا يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر الخصم
وابراهيم فقهاء على اهل الرأي عن عند الفقهاء كان الوكيل الا اذا وكل بالشراء الحكم به اذا ذكرناه قد ذكرناه في

ثم ان صاحب النهاية ذكر ذلك بهما على وجه الاعتراض والجواب حيث قال واعترض بان الوكيل اذا رد بطلب البائع بالعيب ثم حضر المشتري وادعى الرضى بالعيب استرد الجارية و
قال البائع لا سبيل لك عليها لان التقاضي نقض البيع فانه لا يلتفت الى قول البائع ولو كان القضاء ماضيا على الصحة لم ترد الجارية على المشتري واجيب بان الرد مذهب
محمد رح فاما على قول ابي حنيفة رح فلا سبيل للامر على الجارية سلمنا ان هذا قول الكل لكن النقض ههنا لم يوجد دليل وانما كان للعيب بالدليل المسقط
للرد وهو رضى الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه لتصادقهما في الآخر على وجود الرضى من المشتري وفي مثله لا ينفذ القضاء بالملك كما لو قضى باجتهاده وثمة نص بخلافه
وقالوا انه الاصح انتهى كلامه اقول فيه بحث لان ما ذكره في الجواب بعد التسليم لا يدفع الاعتراض بل يقويه لانه اذا جاز نقض القضاء ههنا عند ابي حنيفة رح ايضا بالاسباب
بكل تعين ان القضاء بالفسخ ههنا لم يكن ماضيا على الصحة عنده ايضا فلا يتم الدليل المذكور للفرق بين المسئلتين فتامل فاما عندهما اي عند ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله قالوا اي المشايخ يجب ان يتعين الجواب على هذا اي على الاصل المذكور في الفصلين اي في فصل الدين وفي فصل الرد بالعيب لا يؤخر اي لا يؤخر القضاء
بالرد الى تحليف المشتري كما لا يؤخر القضاء بدفع الدين الى تحليف رب الدين لان التدارك ممكن اي في الفصلين معا عندهما لان القضاء يعني ان عدم
التاخير الى تحليف رب الدين في فصل الدين انما كان لان التدارك ممكن عند ظهور الخطاء في القضاء باستيراد ما قبضه الوكيل وهذا المعنى موجود في فصل الرد بالعيب
ايضا لان قضاء القاضي في مثل ذلك عندهما انما ينفذ ظاهرا لا باطنا فاذا ظهر خطاء القضاء عند نكول المشتري ردت الجارية عليه فلا يؤخر الى التحليف وقيل الاصح
عند ابي يوسف رح ان يؤخر اي القضاء في الفصلين لانه اي لان ابا يوسف رح يعتبر النظر اي النظر للبائع كذا في الشروح اقول الاولى ان يقال اي النظر
للخصم ليكون النسب بالتعميم للفصلين كما ستكشف ذلك حتى يستحلف اي ابو يوسف رح المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البائع يعني ان من مذهب ابي يوسف رح ان
القاضي لا يرد المبيع على البائع اذا كان المشتري حاضرا وادا الرد ما لم يستحلف بالله ما رضيت بهذا العيب وان لم يدع البائع فاذا كان المشتري او رب الدين
غائبا فاولى ان لا يرد عليه ما لم يستحلف صيانة لقضائه عن البطلان في نظر البائع والمديون فينتظر للنظر اي فينتظر في الفصلين نظر البائع والمديون قال في النهاية
فينتظر للنظر اي للبائع فعلى هذا ينبغي ان ينظر في الدين نظرا للغريم انتهى وقال في غاية البيان فعلى هذا ينتظر عنده في الدين ايضا نظرا للغريم وهذا معنى قوله فينتظر
للنظر انتهى وقال في العناية لا يعتبر النظر للبائع حتى يستحلف المشتري ان كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر له اذا كان غائبا انتهى اقول لا يخفى ما في كل
واحد منهما من تخصيص معنى نفس الكلام بصورة من الفصلين من غير ضرورة داعية اليه فالوجه ما قررناه فتدبر قال ابو محمد رح في الجامع الصغير ومن دفع الى رجل
عشرة دراهم ينفقها على اهله اي لينفقها فانفق عليهم عشرة من عنده اي من مال نفسه فالعشرة بالعشرة اي فالعشرة التي انفقها الوكيل من مال نفسه بمقابلة
العشرة التي اخذها من الموكل يعني لا يكون الوكيل متبرعا فيما انفق بل ما اخذه من الموكل يصير ملكا له قال الامام التمرتاشي هذا اذا كانت عشرة الدراهم قائمة وقت
شراء النفقة وكان يضيف العقد اليها او كان مطلقا لكن ينوي تلك العشرة اما اذا كانت عشرة الدراهم مستهلكة او كان يشتري النفقة بعشرة ولم يضف العقد
اليها يصير مشتريا لنفسه ويكون متبرعا بالاتفاق لان الدراهم تتعين في الوكالة وكذا الواضح العقد الى غيرها كذا ذكر في النهاية ومعراج الدراية وقال في
الكفاية بعد ذلك وقيل لا يتعين عند العامة لكن تعلق الوكالة بها بخلاف المضاربة والشركة حيث تتعين اتفاقا فيهما قال المص رح في تعليل ما في الكتاب
لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه اي في الوكيل بالشراء ما ذكرناه من رجوع الوكيل على الموكل بالاوفى من الثمن وقد قررناه يعني في باب الزكاة
بالبيع والشراء عند قوله واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية فهذا اي ما نحن فيه من التوكيل
بالانفاق كذلك لان الوكيل بالانفاق على الاهل عند يضطر الى شراء شيء من الصلح للنفقة ولا يكون له الا الموكل معه في تلك الحالة فيحتاج الى ان يدفع ثمنه

وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء واما الانفاق
يتضمن الشراء فلا يدخل تحت الانفاق والله اعلم

باب عزل الوكيل

قال وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان
كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير

نفسه فكان في التركيب هذا لك تجويزا لاستبداد الحاكم ان محمدا رح لم يذكر في الاصل مسئلة الانفاق بل ذكر فيه مسئلة قضاء الدين فقال واذا دفع الرجل الى الرجل الف
درهم فقال ادفعها الى فلان قضاء عني فدفع الوكيل بغير اشهاد واحتبس الالف عنده وكان القياس ان يدفع التي احبسها الى الموكل ويكون متطوعا في التي دفع ولكني
ادع القياس في ذلك واستحسن ان اجيزه الى هنا لفظ الاصل وانما ذكر مسئلة الانفاق في الجامع الصغير ولكن لم يذكر القياس والاستحسان فيه فقالوا في شرحه
هذا الذي ذكره استحسان والقياس ان يرد على الموكل ان كانت قائمة وتضمينه ان كان استهلكها وهو قول زفر رح وهذا معنى قول المص وقيل هذا استحسان
في القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا اي ليس للوكيل انفاق عشرة لنفسه بمقابلة عشرة الموكل بل اذا انفق عشرة نفسه يصير متبرعا فيما انفق ويرد الدراهم
المأخوذة من الموكل عليه وان استهلكها ضمن وجه القياس ان الدراهم تتعين في الوكالات حتى لو هلكت قبل الانفاق بطلت الوكالة فاذا انفق من مال نفسه
فقد انفق بغير امر الموكل فيصير متبرعا واما وجه الاستحسان فما ذكره المص فيما بعد فانه جعل ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء الخ وقالوا في شروح الجامع الصغير
ايضا من المشايخ من قال ليس في قضاء الدين معنى الشراء فورد فيه القياس والاستحسان اللذان ذكرهما محمد رح في الاصل اما الانفاق ففيه شراء فلم يختلف فيه
وجه القياس والاستحسان بل صح ذلك قياسا واستحسانا حتى رجع الوكيل على الموكل بما انفق قياسا واستحسانا وهذا معنى قول المص وقيل القياس والاستحسان
في قضاء الدين لانه ليس بشراء وهذا وجه القياس يعني لما لم يكن قضاء الدين شراء لم يكن الامر راضيا بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم نجعله متبرعا لالزمناه
دينا لم يرض به فجعلناه متبرعا قياسا ووجه الاستحسان ما ذكره شيخ الاسلام الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد بقوله لان المامور بقضاء الدين مامور بشراء
ما في ذمته الامر بالدراهم والوكيل بالشراء اذا اشترى ونقد الثمن من عند نفسه سلم المقبوض له انتهى فاما الانفاق فانه تضمن الشراء لان الامر بالانفاق امر بشراء
الطعام والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة بل بمثلها في الذمة ثم تثبت له حق الرجوع على الآمر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا قياسا ايضا
فلا يدخل القياس والاستحسان في الانفاق بل يكون فيه حكم القياس كحكم الاستحسان في ان الوكيل لا يكون متبرعا بالانفاق من مال نفسه

باب عزل الوكيل

آخر باب العزل اذ العزل يقتضي سبق الثبوت فناسب ذكره آخرا قال اي القدوري في مختصره وللموكل ان يعزل الوكيل
عن الوكالة لان الوكالة حقه اي حق الموكل فله ان يبطله اي فللموكل الذي هو صاحب الحق ان يبطل حقه الا اذا تعلق به اي بالوكالة ذكر الضمير بتاويل كونها
حقا حق الغير فحينئذ ليس له ان يعزله بلا رضى ذلك الغير وذلك بان كان وكيلا بالخصومة يطلب من جهة الطالب اي بالتماس من جهة المدعي لما فيه اي
لما في العزل في هذه الصورة ابطال حق الغير وهو ان يحضر مجلس الحكم ويخاصمه وتثبت حقه عليه وابطال حق الغير لا يجوز قيد بالطالب لانه لو لم يكن وكيلا
بالطلب يملك الموكل عزله سواء كان الخصم حاضرا او غائبا وقيد بكون الطلب من جهة الطالب لانه لو كان من جهة المطلوب اي المدعى عليه ووكل الطالب
فله عزله سواء كان المطلوب حاضرا او غائبا ثم ان عدم صحة العزل اذا كان الطلب من جهة الطالب فيما اذا كان العزل عند غيبة الطالب واما اذا كان عند حضوره
فيصح العزل سواء كان يعني به الطالب او لا وهذه القيود مستفادة من صريح ما ذكر في الذخيرة فانه قال فيها واذا عزل الوكيل حال غيبة الخصم فهو على وجهين الاول
ان يكون الوكيل وكيل الطالب وفي هذا الوجه العزل صحيح وان كان المطلوب غائبا لان الطالب العزل ابطل حق نفسه لان خصومة الوكيل حق الطالب و
ابطال الانسان حق نفسه صحيح من غير ان يتوقف على حضرة غيره والوجه الثاني ان يكون الوكيل وكيل المطلوب وانه على وجهين ايضا الاول ان
يكون الوكيل من غير التماس احد وفي هذا الوجه العزل صحيح وان كان الطالب غائبا والوجه الثاني اذا كان التوكيل التماس احد اما الطالب او المطلوب
وفي هذا الوجه الوكيل غائبا وقت التوكيل ولم يعلم بالتوكيل صح عزله على كل حال لان هذه الوكالة غير نافذة لانه لا نفاذ لما قبل علم الوكيل وكان العزل جوابا

وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن قال فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم

وامتناعا فيصح وهذا على الرواية التي شرط علم التوكيل لصيرورته وكيلا وان كان الوكيل حاضرا وقت التوكيل او كان غائبا ولكن قد علم بالوكالة ولم يرد بها فان كانت الوكالة بالتماس الطالب لا يصح عزله حال غيبة الطالب ويصح حال حضرته رضي به الطالب او سخط لان بالتوكيل ثبت لنوع حق الطالب قبل الوكيل وهو حق ان يحضره مجلس القاضي فيخاصمه ويثبت حقه عليه وبالعزل حال غيبة الطالب لو صح العزل يبطل هذا الحق اصلا لانه لا يمكنه الخصومة مع الوكيل المطلوب بالطلب قبل ان يحضر الطالب فلا يمكنه الخصومة معه ايضا فيبطل حقه اصلا واما اذا كان الطالب حاضرا فحقه لا يبطل اصلا لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع المطلوب ويمكنه ان يطالب من المطلوب ان ينصب وكيلا آخر الى هنا لفظ الذخيرة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واعلم ان الوكيل ان كان للطالب فعزله صحيح حضر المطلوب او لا لان الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور اولا وان كان للمطلوب فان لم يكن يطلب من جهة الطالب ان من يقوم مقامه فكذلك وان كان فاما ان علم الوكيل بالوكالة او لا فان لم يعلم فكذلك لانه لا نفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعا ولهذا لم يذكره المصنف رح وان علم ولم يرد بالبيع صح في غيبة الطالب لان بالتوكيل ثبت له حق احضاره في مجلس الحكم واثبات الحق عليه وبالعزل حال غيبته فيبطل ذلك وهو المذكور في الكتاب مستثنى وصح بحضرته لان الحق لا يبطل لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه ولم يذكرها المص ره لان دليله يلوح اليه لانه قال لما فيه من ابطال حق الغير وهنا لا ابطال كما ذكرناه انتهى كلامه واعترض بعض الفضلاء على قوله وهو المذكور اولا واجاب حيث قال فيه بحث فان المذكور اولا ليس هو عزل الوكيل بالبيع الا اشارة اليه وهو كلام القدوري وجوابه ان القصر لاضافي اي الاضافي وكيل المطلوب انتهى اقول جوابه ليس بتام فان المذكور اولا وهو قوله وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة يعم عزل وكيل المطلوب ايضا سيما الذي لم يكن يطلب من جهة الطالب او من يقوم مقامه فلا يتم التوجيه بحمل القصر على الاضافي بمعنى لا عزل وكيل المطلوب ثم اقول الحق الصحيح ان كلام القدوري الذي ذكره المص ره ههنا اولا وهو قوله وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة يعم جميع الصور التي ذكرها صاحب العناية بطريق التقسيم والتفصيل وقد استثنى المص ره من ذلك صورة واحدة وهي عزل من كان وكيلا للمطلوب بطلب من جهة الطالب فبقي ما عداها من الصور تحت عموم المستثنى منه بلا ريب وتمشى في ذلك كله التعليل الذي ذكره المص ره بقوله لان الوكالة حقه فلا ان يبطله فما زعمه الشارح المذكور من كون المذكور اولا مقصورا على صورة عزل وكيل الطالب وكون بعض صور عزل الوكيل المطلوب غير مذكور في الكتاب اصلا سهو بين وصار اي صار التوكيل الذي كان يطلب من جهة الطالب كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن اي كالوكالة المشروطة في عقد الرهن بان وضع الرهن على يدي عدل وشرط في الرهن ان يكون العدل او المرتهن مسلطا على بيع الرهن عند حلول الدين فانه اذا اراد الراهن ان يعزل الوكيل عن الوكالة بالبيع لم يكن له ذلك لان البيع صار حقا للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق كما ياتي تفصيله في كتاب الرهن كذا اذا تعلق حق الوكيل بعين من اعيان الموكل لا يملك اخراجه عن الوكالة نحو ان امره ان يبيع ويستوفي الدين من ثمنه كذا في النهاية نقلا عن الذخيرة قيل من اين وقع الفرق بين الوكيل في الخصومة يطلب من جهة الطالب وبين الوكيل الذي يثبت وكالته في ضمن عقد الرهن حيث يملك الموكل في الاول عزل الوكيل بحضرة الخصم وان لم يرض به الخصم ولا يملك في الثاني عزله حال حضرة المرتهن الا اذا لم يرض به المرتهن مع ان في كل منهما تعلق حق الغير بوكالة الوكيل ومع وجود هذه المفارقة كيف شبه بذا بذاك واجيب بان الفرق بينهما من حيث ان العزل لو صح فيما نحن فيه حال حضرة الطالب لم يبطل حق الطالب اصلا لانه يمكنه ان يخاصم المطلوب وذا في مسئلة الرهن فلو صح العزل حال حضرة المرتهن لبطل حقه في البيع اذ لا يمكنه ان يطالب الراهن بالبيع واما وجه التشبيه فهو تعلق حق الغير بوكالة الوكيل وبطلان حق ذلك الغير عند صحة العزل في عزيمته قال اي القدوري في مختصره فان لم يبلغه العزل اي فان لم يبلغ الوكيل خبر عزل الموكل اياه فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم اي حتى

قال العزل اضرار به من حيث ابطال الحق ومن حيث رجوع الحقوق اليه بعقد من الموكل ويسلم المبيع فيخصمه فيستحق به ويسوى ذلك
بالنكاح غيره للوجه الاول وقد ذكرنا شرط العدد والعدالة في الخبر كالفيد قال وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا وبلحاقه بدار الحرب مرتدا

ايعلم اي كثير عزله وهذا عندنا وبه قال الشافعي رحمه الله في قول ومالك رحمه الله في رواية واحمد رحمه الله في رواية وقال الشافعي رحمه الله في الاصح ينعزل به قال مالك رحمه الله
واحمد رحمه الله في رواية ان نفوذ الوكالة حق للوكيل اضيف بالعزل ليستبد بحق نفسه والمرء ينفرد باسقاط حق نفسه الا يرى انه لو طلق زوجته وعتق عبده بغير علم عنهما وان الوكالة
للموكل لا عليه فاذا لم ينفذ والموكل قبل علم الوكيل بكان ذلك عليه من وجه ذلك لا يجوز ولكنا نقول العزل خطاب ملزم للوكيل بان يمتنع من التصرف وحكم الخطاب
لا يثبت في حق المخاطب الا به كخطاب الشرع فان اهل قبا كانوا يصلون الى بيت المقدس بعد الامر بالتوجه الى الكعبة وجوز لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم
حين لم يعلموا وكذلك كثير من الصحابة رضي الله عنهم شربوا الخمر بعد نزول تحريمها قبل علمهم بذلك وفيه نزل قوله تعالى ليس على الذين امنوا وعملوا الصالحات
جناح فيما طعموا وهذا لان الخطاب مقصود للعمل ولا يتمكن من العمل ما لم يعلم به ثم ان الفقه فيما نحن فيه ما ذكره المص بقوله لان في العزل اي في عزل الوكيل من غير علمه
اضرارا به اي بالوكيل من وجهين احدهما اشار اليه بقوله من حيث ابطال ولايته فان في ابطال ولايته تكذيبا له لان الوكيل بتصرف الموكل على ادعائه ان له
ولاية ذلك بالوكالة وفي عزله من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته بالعزل وتكذيب الانسان فيما يقول مضر عليه لا محالة والثاني ما اشار اليه
بقوله او من حيث رجوع الحقوق اليه اي الى الوكيل فانه يتصرف فيها بناء على رجوعها اليه فيخصمه من يلي الموكل ان كان وكيلا بالشراء ويسلم المبيع ان كان وكيلا
بالبيع فلو كان معزولا قبل العلم كان التصرف واقعا له فيخصمه اي يخاصمه بالبدل ويسلمه ليتضرر به والضرر مدفوع شرعا ثم ان الوجه الاول عام يشمل جميع التصرفات
من النكاح والطلاق والبيع والشراء وغير ذلك واما الوجه الثاني فيختص بالتصرفات التي يرجع فيها الحقوق الى الوكيل دون الموكل كالبيع والشراء ونحوهما
لذا قال المص رحمه الله ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول يعني ان التوكيل بالنكاح وغيره سيان في الحكم المذكور وهو عدم انعزال الوكيل قبل العلم بالعزل
نظرا الى الوجه الاول وفي الذخيرة وكذلك الوكيل اذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى وهكذا ذكر في سائر معتبرات الفتاوى
قال في المحيط البرهاني واذا جحد الموكل الوكالة وقال لم اوكله لم يكن ذلك عزلا هكذا ذكر في الاجناس في مسائل البيوع وفي مسائل الغصب من الاجناس ايضا
اذا قال اشهدوا اني لم اوكله فلانا فهذا كذب وهو وكيل لا ينعزل وبعض مشايخنا ذكروا في شروحهم ان جحود الموكل الوكالة عزل الوكيل وذكر شيخ الاسلام
في شرح كتاب الشركة ان جحود ما عدا النكاح فسخ له انتهى وهكذا ذكر في الذخيرة ايضا قال المص رحمه الله وقد ذكرنا اشتراط العدد والعدالة في الخبر اشار به الى ما ذكره
في فصل القضاء بالمواريث من كتاب ادب القاضي بقوله ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل الخ فلا نعيده لعدم الاحتياج الى
الاعادة اعلم ان الوكالة تثبت بخبر الواحد حرا كان او عبدا عدلا كان او فاسقا رجلا كان او امرأة صبيا كان او بالغا وكذلك العزل عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يثبت
العزل الا بخبر الواحد العدل او بخبر الاثنين اذا لم يكونا عدلين ثم ان هذا الاختلاف فيما اذا لم يكن الخبر على وجه الرسالة واما اذا كان على وجهها فيثبت العزل
بالاتفاق كائنا من كان الرسول عدلا كان او غير عدل حرا كان او عبدا صغيرا كان او كبيرا نص عليه في البدائع وقال في تعليله لان الرسول قائم مقام المرسل
وسفيره عندهما فيصح سفارته بعد ان صحت عبارته على اي صفة كان قال اي القدوري في مختصره وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا بالباء المكسورة
اي دائما ومنه الحمى المطبقة اي الدائمة التي لا تفارق ليلا ولا نهارا وقيل مطبقا اي مستوعبا من طبق الغيم السماء اذا استوعبها والحاقه بفتح اللام اي تبطل
بلحق الموكل بدار الحرب مرتدا وفي الذخيرة قالوا ما ذكر من الجواب في الجنون المطبق محمول على ما اذا كانت الوكالة غير لازمة بحيث يملك الموكل العزل في
كل ساعة وزمان كالوكيل بالخصومة من جانب الطالب واما اذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يملك الموكل العزل كالعدل اذا سلط على بيع الرهن و
كان التسليط مشروطا في عقد الرهن فلا ينعزل الوكيل بجنون الموكل وان كان الجنون مطبقا وهذا لان الوكالة اذا كانت غير لازمة يكون ابتداؤها حكم الانشاء

لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه بلا بد من قيام كل من وقت قليل بعد ابتدائه من وقت ان يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر عند ابي يوسف اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس وفصل الاغماء قال محمد لا يسقط به جميع العبادات

ولو انتشار الموكل الوكالة بعد ما جن جنونا مطبقا لا يصح فكذا لا تنتهي الوكالة اذا صار الموكل بهذه الصفة وان كانت الوكالة لازمة بحيث لا يقدر الموكل على عزله كان لبقاء الوكالة حكم الانتشار وكان الوكيل في هذه الوكالة بمنزلة المالك من حيث انه لا يملك الموكل عزله ومن ملك شيئا من جهة اخرى ثم جن المملك فانه لا يبطل ملكه كما لو ملك عينا فكذا اذا ملك التصرف وهذا الطريق اذا جعل امر امرأته بيدها ثم جن الزوج لا يبطل الامر انتهى وفي غاية البيان قال في التتمة والفتاوى الصغرى وهذا كله في موضع يملك الملك عزله اما في موضع لا يملك عزله كالعزل في باب الرهن والامر باليد للمرأة فانه لا ينعزل الوكيل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالطلاق ينعزل بجنون الموكل استحسانا ولا ينعزل قياسا انتهى اقول في المنقول عن التتمة والفتاوى الصغرى اشكال لان الظاهر من عبارته ان يكون الامر باليد للمرأة من باب التوكيل وليس كذلك فانه من باب التمليك لا التوكيل على ما تقرر فيما مر في باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق بخلاف عبارة الذخيرة كما لا يخفى على المتأمل ثم اقول بقي ههنا شيء وهو ان تقسيم الوكالة الى اللازمة وغير اللازمة وحكم الجنون في الجنون المطبق على الثانية دون الاولى ينافي ما ذكره في صدر كتاب الوكالة من ان صفة الوكالة هي انها عقد جائز غير لازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضى صاحبه اذ الظاهر ان المذكور هناك صفتها العامة لجميع انواعها اللهم الا ان يقال الاصل في الوكالة عدم اللزوم واللزوم في احد القسمين المذكورين لعارض هو تعلق حق الغير بها على عكس ما قالوا في البيع بالخيار كما سيأتي فتأمل وقال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب لان التوكيل تصرف غير لازم قال صاحب العناية في تعليل هذه المقدمة اذ اللزوم عبارة عما يتوقف على وجوده على الرضى من الجانبين وههنا ليس كذلك لان كلا منهما ينفرد في فسخها فان للوكيل ان يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل ان يمنع الوكيل عنها انتهى وقد سبقه تاج الشريعة الى هذا التعليل اقول فيه خلل لان توقف الوجود على الرضى من الجانبين متحقق في كل عقد لازم كان او غير لازم وانما اللازم ما يتوقف فسخه على الرضى من الجانبين فقولهما اذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضى من الجانبين ليس بصحيح والصواب ان يقال اذ التصرف اللازم عبارة عما يتوقف فسخه على الرضى من الجانبين وههنا ليس كذلك الخ فيكون لدوامه اي لدوام التوكيل حكم ابتدائه لان التصرف اذا كان غير لازم كان المتصرف بسبيل من فسخه في كل لحظة من لحظات دوامه فلما لم يفسخه حصل امتناعه عن الفسخ عند تمكنه منه بمنزلة ابتداء تصرف آخر من جنسه ازالا لتمكن امكان المبتدي والمنتهي كما قالوا في قوله تعالى اولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فصار كانه يجدد عقد الوكالة في كل ساعة فينتهي فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد فلا بد من قيام الامر اي فلا بد من قيام امر الموكل بالتوكيل في كل ساعة اذ كان لا بد من امره بذلك في ابتداء العقد فكذا فيما هو بمنزلته وقد يبطل اي امر الموكل بهذه العوارض وهي الموت والجنون والارتداد فان قيل البيع بالخيار غير لازم ومع ذلك لا يبطل البيع بالموت بل يتقرر وبطل الخيار قلنا الاصل في البيع اللزوم وعدم اللزوم بسبب العارض وهو الخيار فاذا مات تقرر الاصل وبطل العارض كذا في الشروح وشرط اي شرط في بطلان الوكالة ان يكون الجنون مطبقا لان قليله اي قليل الجنون بمنزلة الاغماء فلا تبطل به الوكالة كما لا تبطل بالاغماء وحد المطبق اي حد الجنون المطبق شهر عند ابي يوسف رح وروى ذلك ابو بكر الرازي عن ابي حنيفة رح اعتبارا بما يسقط به الصوم اي صوم شهر رمضان وقال في الواقعات الحسامية في باب البيوع الجائزة والمختار ما قاله ابو حنيفة رح انه مقدر بالشهر لان ما دون الشهر في حكم العاجل فكان قصيرا والشهر فصاعدا في حكم الاجل فكان طويلا وعنه اي عن ابي يوسف رح اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار اي فصار من جن في هذه المدة كالميت فلا يصلح للوكالة وقال محمد رح حول كامل قال الناطفي في الاجناس قال ابن سماعة في نوادره قال محمد رح في قوله الاول حتى يجن يوما وليلة فيخرج الوكيل من الوكالة ثم رجع فقال حتى يجن شهرا ثم رجع وقال حتى يجن سنة لانه يسقط به اي بالحول الكامل جميع العبادات واما ما دون الحول فلا يسقط به الزكوة

فقدر به احتياطا قالوا حكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رح لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة ولا يبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في السير

لان موجبها مقدر بالحول فلا يكون في معنى الموت فقدر به اي فقدر حد الجنون المطبق بالحول الكامل احتياطا قال في الكافي وهو الصحيح وكذا قال في التبيين قالوا اي المشائخ الحكم المذكور في اللحاق اي الحكم المذكور في اللحاق في مختصر القدوري وهو ما ذكر قبل هذا بقوله ولحاقه بدار الحرب مرتدا قول ابي حنيفة رح لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته قال المص رح في باب احكام المرتدين من كتاب السير اعلم ان تصرفات المرتد على اربعة اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفضي الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لا يعتمد الملة ولا اهلية له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ومختلف في توقفه وهو ما عددناه انتهى وقال الشراح هناك يعني بقوله ما عددناه ما ذكره بقوله ما باعه او اشتراه او اعتقه او وهب او تصرف فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف اقول فقد تلخص من ذلك ان مراده هنا ان بعض تصرفات المرتد موقوف عبده فكذا وكالته لانها في حكم ذلك ولكن عبارته غير واضحة في افادة المراد فان اسلم نفذ اي فان اسلم المرتد نفذ تصرفه السابق وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه حتى يستقر امر اللحاق وقد مر في السير اي مر كون تصرف المرتد موقوفا عند ابي حنيفة رح نافذ عندهما مع ما ذكر دليل الطرفين مستوفى في باب احكام المرتدين من كتاب السير وتشكل صاحب التبيين هذا المقام حيث قال فيما نسب الى ابي حنيفة رح نظرا وذلك اذا لحق بدار الحرب ولم يحكم به الحاكم حتى عاد مسلما صار كان لم يزل مسلما عند ابي حنيفة رح انتهى فكيف يبطل توكيله وسائر تصرفاته قبل ان يقضي بذلك وقول ابي حنيفة رح في السير انه حربي مقهور غير انه رجي اسلامه فتوقفنا فان اسلم جعل العارض كالعدم ولم يعمل السبب وان مات او لحق وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب عمله الى عدم بطلان تصرفه بمجرد اللحاق بل لا بد من الحكم به فينبغي ان يكون حكم الموكل كذلك لا يبطل توكيله بمجرد لحاقه عنده انتهى كلامه واقول هنا كلام آخر وهو ان الامام قاضيخان ذكر في فتاواه ما ينافي ما نقله المص رح هنا عن المشائخ حيث قال في فصل ما يبطله الارتداد من باب الردة واحكام اهلها من كتاب السير وان وكل رجلا ثم ارتد الموكل ولحق بدار الحرب ينعزل وكيله في قولهم انتهى فانه صريح في ان الحكم المذكور في اللحاق قولهم جميعا لا قول ابي حنيفة رح فقط فان قلت يجوز ان يكون المراد باللحاق بدار الحرب فيما ذكر في فتاوى قاضيخان ان يحكم الحاكم بلحاقه بها قلت ظاهر اللفظ لا يساعد ذلك فان جاز حمله عليه بدلالة القرائن والقواعد فلم لا يجوز الحمل عليه في مسئلة الكتاب ايضا حتى يكون المسئلة اجماعية ويتخلص عن التكلف الذي ارتكبوه في تخصيصها بقول ابي حنيفة رح ثم اقول الحق عندي ان المراد بما ذكر في الكتاب اللحاق مع قضاء القاضي به دون مجرد اللحاق فالمسئلة اجماعية وعن هذا قال الامام الزيلعي في شرح هذا المقام من الكنز والمراد بلحاقه بدار الحرب مرتدا ان يحكم الحاكم بلحاقه لان لحاقه لا يثبت الا بحكم الحاكم فاذا حكم به بطلت الوكالة بالاجماع انتهى وما يؤيد كون المراد باللحاق المبطل للوكالة اللحاق مع قضاء القاضي به دون مجرد اللحاق ان اساطين المشائخ قيدوا اللحاق بقضاء القاضي عند بيانهم لبطلان تصرفات المرتد عند ابي حنيفة رح بالموت والقتل واللحاق بدار الحرب منهم صاحب المحيط فانه قال بصدد بيان انواع الاربعة لتصرفات المرتد ونوع منها اختلفوا في نفاذه وتوقفه وذلك كالبيع والشراء والاجارة والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون فعند ابي حنيفة رح يتوقف هذه التصرفات فان اسلم نفذ وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه تبطل وعندهما تنفذ هذه التصرفات انتهى ومنهم الامام قاضيخان فانه قال في فتاواه اثناء بيان الوجوه الاربعة لتصرف المرتد ومنها ما اختلفوا في توقفه نحو البيع والشراء والاجارة والاعتاق والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون عند ابي حنيفة رح هذه التصرفات موقوفة فان اسلم نفذ وان مات او قتل او قضى بلحاقه بدار الحرب بطل وعند صاحبيه تنفذ في الحال انتهى الى غير ذلك من الثقات حتى ان صاحب الوقاية قال في باب المرتد توقف مفاوضته وبيعه وشراؤه وهبته واجارته وتدبيره ووصيته

وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا توثر في عقودها الا انها لا تقتل على ما عرف في السير قال واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه او الشريكان افترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة بقصد فيقام الامر قد بطل بالحجر والافتراق

ان اسلم فقد وان مات او قتل او لحق وحكم به بطل انتهى وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته اي بالاجماع حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا توثر في عقودها الا انها لا تقتل على ما عرف في السير قال بعض العلماء وبعد نقل هذا من الهداية ويعلم من هذا ان الرجل الموكل اذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد وبدون اللحوق فينبغي ان يقول في قوله السابق وارتداده بدل قوله ولحاقه بدار الحرب مرتدا انتهى اقول هذا خبط منه فانه زعم ان صاحب المتن قوله فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب ان وكالته لا تبطل قبل موت موكلته المرتدة او لحوقها بدار الحرب واخذ منه بطريق مفهوم المخالفة ان الرجل الموكل اذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد وبدون اللحوق وليس مراده ذلك بل مراده ان تصرف الوكيل نافذ قبل موت موكلته المرتدة او لحوقها بدار الحرب بالاجماع بخلاف ما اذا كان الموكل رجلا فارتد فان تصرف الوكيل ليس بنافذ هناك عند ابي حنيفة رح بعد ارتداد موكله بل هو موقوف عنده على ما سيأتي فافترقا واما بطلان الوكالة فلا تحقق في الصورتين معا قبل الموت او اللحوق بدار الحرب فانتظم السياق واللحاق ثم اعلم ان كون الوكيل على وكالته في صورة ان كانت الموكل امرأة فارتدت فيما خلا التوكيل بالتزويج فان ردتها تخرج الوكيل بالتزويج من الوكالة لانها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة في الحال ثم بردتها تخرج من ان تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلا منها لوكيلها فبعد العزل لا يعود وكيلا الا بالتجديد كذا في المبسوط وذكر في الشروح قال اي القدوري في مختصره واذا وكل المكاتب ثم عجز اي عجز عن ادائه بدل الكتابة فعاد الى الرق او المأذون له اي او وكل العبد المأذون له ثم حجر عليه اي على المأذون له وكان التوكيل في هاتين الصورتين بالعيوب او الخصومات او الشريكان اي او وكل احد الشريكين ثالثا بشيء مما لم يأذن به فافترقا اي فافترق الشريكان بعد التوكيل فهذه الوجوه اي العجز والحجر والافتراق تبطل الوكالة على الوكيل علم اي علم الوكيل بذلك او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يقتضي قيام الامر وقد بطل اي قيام الامر بالحجر في المأذون له والعجز في المكاتب والافتراق في الشريكين واما اذا كان توكيل المكاتب او العبد المأذون له بقضاء الدين والتقاضي فلا يبطل ذلك التوكيل بعجز المكاتب ولا بالحجر على المأذون له لان في كل شيء وليه العبد ليسقط المطالبة عنه بالحجر عليه بل يبقى هو مطالبا بايفائه وله ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد العجز او الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته وكذا اذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشيء هو وليه ثم افترقا واقتسما واستشهدا انه لا شركة بينهما ثم امضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم او لا يعلم جاز ذلك عليهما لان توكيل احدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلا من جهتهما فلا ينعزل بنقضها الشركة بينهما كذا في المبسوط قال صاحب العناية بعد نقل هذا عن المبسوط وقد يقال ان يقول هذا الفصل بين وليه وبين ما لم يلي فما الفارق والجواب ان احد المتفاوضين اذا وكل فيما يليه كان لتوكيله جهتان جهة مباشرته وجهة كونه شريكا فان بطلت جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم تبطل الاخرى وهي مستندة الى حال المفاوضة وتوكيل احدهما فيها كتوكيلهما فيبقى في حقهما واذا وكل فيما لم يكن له توكيله جهة كونه شريكا لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فيبطل في حقهما جميعا الى هنا كلامه واعلم انه اذا وكل احد شريكي العنان وكيلا بيع شيء من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا وكان القياس ان لا يجوز لان كل واحد من الشريكين وكيل من جهة صاحبه في التصرف وليس للوكيل ان يوكل غيره اذا لم يأمره الموكل بذلك وجه الاستحسان ان كلا من الشريكين في حق صاحبه بمنزلة وكيل نوعه الامر اليه على العموم لان مقصودهما تحصيل الربح وذلك لا يحصل بتصرف واحد فصار مأذونا من جهة صاحبه بالتوكيل قال صاحب غاية البيان قال الشيخ ابو نصر البغدادي وهذا الذي ذكره القدوري جميعه جائز على الاصل الا في الشريكين وفيما ذكره صاحب الكتاب نظر الى هنا لفظه يعني ان احد شريكي العنان او المفاوضة اذا وكل وكيلا ثم افترقا بطلت الوكالة عليه لما ذكره القدوري ولكن في ذلك خلاف الرواية الاخرى الا يرى الى ما قال محمد رح في الاصل واذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشيء مما ذكرت لك وهو الذي ولي ذلك ثم افترقا

وان بيع العلم وعند ابي يوسف ان هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل قال وان ارتد الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة فلا يعتبر امره بعد جنونه وموته وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما قال رض وهذا عند محمد رح واما عند ابي يوسف ان لا يعود الوكالة وعند محمد رح ان الوكالة اطلاق لا ازالة رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به واما العجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا

واقتسما واشهدا انه لا شركة بينهما ثم ان الوكيل امضى الذي كان وكل به وهو يعلم او لا يعلم فانه يجوز ذلك كله عليهما جميعا وكذلك لو كانا وكلاه جميعا لان وكالة احدهما جائزة على الآخر وليس تفرقهما بنقض الوكالة الى هنا لفظ محمد رح في باب وكالة احد المتفاوضين ثم قال صاحب الغاية والعجب من صاحب الهداية ابهم الامر ولم يتعرض لكلام القدوري والغالب على ظني ان القدوري اراد بذلك الوكالة الثانية في ضمن عقد الشركة لا الوكالة الابتدائية القصدية لان تضمن عقد الشركة اذا بطل بل ما في ضمنه لا محالة والا يلزم ان يكون قوله مخالفا للرواية انتهى اقول ان قوله والا يلزم ان يكون قوله مخالفا للرواية لا محالة ليس تام لا محالة اذ على تقدير ان يكون مراده الوكالة الابتدائية كما هو المتبادر من كلامه لا يكون مخالفا للرواية المذكورة بحمله على التوكيل بشيء لم يله الموكل بنفسه كما فصلناه من قبل وفي الرواية المذكورة ايضا اشارة الى ذلك فان قول محمد رح في الاصل اذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشيء مما ذكرت لك وهو الذي ولي ذلك احترازا عن التوكيل بشيء لم يله كما لا يخفى لا يقال مراد صاحب الغاية والا يلزم ان يكون ظاهر اطلاق قوله مخالفا للرواية قلنا فيه التطبيق بتقييد وتاويل لانا نقول هذا المعنى مشترك الالزام فلا وجه لذلك القول بعد ان قيده ايضا واوله بتاويل بعيد كما ترى ولا فرق بين العلم وعدمه اي لا فرق في الوجوه المذكورة بين علم الوكيل بسبب بطلان الوكالة وعدم علمه بذلك لان هذا عزل حكمي اي عزل عن طريق الحكم فلا يتوقف على العلم اذ العلم شرط العزل القصدي دون العزل الحكمي كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل اذا وكل ببيعه الموكل حيث يصير الوكيل معزولا حكما لفوات محل تصرف الوكيل قال اي القدوري اي في مختصره واذا مات الوكيل او جنونا مطبقا بطلت الوكالة لما فرغ من العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع في العوارض المبطلة لها من جانب الوكيل قال المصنف في تعليل ما ذكر لانه لا يصح امره اي امر الوكيل بعد جنونه وموته والامر في قوله لا يصح امره مصدر مضاف الى المفعول ومسناد الامر الذي كان مامورا به لم يبق صحيحا وانما عبر عنه بذلك لما ذكرنا ان لدوامه حكم الابتداء كذا في النهاية اقول هنا شائبة الاستدراك اذ لا يخفى على اولي النهى ان ذكر كون موت الوكيل مبطلا للوكالة قليل الجدوى لانه بين غنى البيان لا يقال المراد بذلك دفع احتمال جريان الارث من الوكيل في حق الوكالة لانا نقول احتمال ذلك مع كونه في غاية البعد في نفسه بناء على ظهور ان الموكل رضي برأي الوكيل لا برأي غيره لا يندفع بالتعليل الذي ذكره المصنف لان الامر بالوكالة وان لم يبق صحيحا بالنظر الى الوكيل الميت الا انه يحتمل ان يبقى صحيحا بالنظر الى صاحبه الحي فلا يتم التعليل وان لحق اي الوكيل بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما اي الى دار الاسلام مسلما هذا اذا حكم القاضي بلحاقه فانه قال شيخ الاسلام في المبسوط وان لحق الوكيل بدار الحرب مرتدا فانه لا يخرج عن الوكالة عند محمد جميعا ما لم يقض القاضي بلحاقه وهكذا اشار اليه شمس الائمة السرخسي في مبسوطه حيث قال ولو ارتد الوكيل ولحق بدار الحرب انتقضت الوكالة لانقطاع العصمة بين من هو في دار الحرب وبين من هو في دار الاسلام واذا قضى القاضي بلحاقه فقد صار وجعله من اهل دار الحرب فتبطل الوكالة انتهى كذا في النهاية وغيرها قال اي قال المصنف وهذا اي جواز التصرف للوكيل عند عوده مسلما عند محمد رح واما عند ابي يوسف رح لا تعود الوكالة وان عاد مسلما لمحمد رح ان الوكالة اطلاق اي اطلاق التصرف لانه اي الوكالة بتاويل التوكيل او العقد او باعتبار الخبر رفع المانع فان الوكيل كان ممنوعا شرعا عن التصرف في ملك الموكل فاذا وكله رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به اي بالوكيل يعني ان الوكيل لا يحدث فيه اهلية وولاية بل انما يتصرف بمعان قائمة به وهي العقل والقصد الى ذلك التصرف والذمة الصالحة له وانما عجز اي وانما عجز الوكيل عن التصرف بعارض اللحاق لتباين الدارين يعني ان الاطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض هذا العارض ولكن انما عجز الوكيل عن التصرف بهذا العارض فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا وفي المبسوط ومحمد رح يقول صحت الوكالة لحق الموكل

ولابي يوسف رحمه الله اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية اصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك وبالالحاق لحق بالاموات وبطلت الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد والمدبر ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد رح انها تعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل بالالحاق **قال** ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل ان يوكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزويج امرأة او بشراء شيء

وحقه قائم بعد لحاق الوكيل بدار الحرب ولكنه عجز عن التصرف تعارض والعارض على شرف الزوال فاذا زال كان لم يكن فبقي الوكيل على وكالته فصار بمنزلة ما لو اغمي عليه زمانا ثم افاق ولابي يوسف رح انه اي التوكيل اثبات ولاية التنفيذ اي تمليك ولاية تنفيذ التصرف في حق الوكالة للوكيل لا اثبات ولاية اصل التصرف له لان ولاية اصل التصرف ثابتة له بالاهلية بجنس التصرف في حد ذاته وولاية التنفيذ بالملك اي وتمليك ولاية التنفيذ يلحق بالملك لان التمليك بالملك غير متحقق فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة وبالالحاق اي بالالحاق بدار الحرب لحق اي الوكيل بالاموات فبطل الملك وبطلت الولاية اذا بطلت الولاية بطل التوكيل لئلا يلزم تخلف المعلول عن العلة فلا تعود اي الولاية يعني اذا بطلت الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد والمدبر فانه اذا لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه تعتق ام ولده ومدبره ثم يعود مسلما لا يعود ملكه فيهما ولا يرتفع العتق فكذلك الولاية التي بطلت لا تعود واشار اليه بقوله لحق بالاموات الى ان موضع المسئلة فيما اذا قضى القاضي بلحاقه واما اذا لم يقض بذلك فلا يخرج الوكيل عن الوكالة عندهم جميعا كما ذكرنا من قبل قال صاحب الكفاية بقي الكلام في قوله لان ولاية اصل التصرف باهليته فانه بعيد التعلق عما استدل به عليه وهو قوله انه اثبات ولاية التنفيذ الا ان يتكلف فيقال الوكيل له ولايتان ولاية اصل التصرف وولاية التنفيذ والاولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده والثانية لم يكن ثابتة قبله وانما ثبتت بعده ولم يتجدد عليه شيء سوى التوكيل فكانت ثابتة به انتهى اقول ان قوله لان ولاية اصل التصرف باهليته ليس بدليل على منطوق قوله انه اثبات ولاية التنفيذ حتى يتوهم انه بعيد التعلق عما استدل به عليه بل هو دليل على مفهوم ذلك وهو اثبات ولاية اصل التصرف كما اشرنا اليه في شرح هذا المقام من قبل فالمعنى ان التوكيل اثبات ولاية التنفيذ للوكيل لا اثبات ولاية اصل التصرف له حتى يجوز ان تعود الوكالة بعود الوكيل مسلما كما قاله محمد رح لان ولاية اصل التصرف ثابتة له بالاهلية في حد ذاته فلا يتصور ان يثبتها الموكل له بالتوكيل وان لم يسلم اعتبار مفهوم المخالفة في مثل ذلك فنقول هو دليل على مقدمة مطوية مفهومة من الكلام بمعونة قرينة المقام وهي لا اثبات ولاية التصرف له فلا اشكال على كل حال ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا اي وقد لحق بدار الحرب مرتدا وقضى القاضي بلحاقه صرح به في المبسوط وغيره لا تعود الوكالة في الظاهر اي في ظاهر الرواية وعن محمد رح انها اي الوكالة تعود كما قال في الوكيل وفي السير الكبير تعود محمد رح يعود الوكيل على وكالته في هذا الفصل ايضا لان الموكل اذا عاد مسلما عاد عليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته فهذا مثله كذا في المبسوط والفرق له على الظاهر يعني ان محمد رح فرق بين الفصلين اي بين ارتداد الوكيل وبين ارتداد الموكل في ظاهر الرواية حيث قال يعود الوكالة في ارتداد الوكيل اذا عاد مسلما في جميع الروايات ولعدم عودها في ارتداد الموكل اذا عاد مسلما في ظاهر الرواية فوجه الفرق له على ظاهر الرواية ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال اي وقد زال ملك الموكل بردته والقضاء بلحاقه بدار الحرب فبطلت الوكالة على الثبات وفي حق الوكيل اي ومبنى الوكالة في حق الوكيل على معنى قائم به اي بالوكيل كما بينا من قبل ولم يزل اي ولم يزل المعنى القائم به بالالحاق اي بلحاق الوكيل بدار الحرب وقضاء القاضي به فكان محل تصرف الوكيل باقيا ولكنه عجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال فاذا زال العارض صار كان لم يكن كما ذكرنا فيما مر واما ابو يوسف رح فسوى بين الفصلين حيث قال بعدم عود الوكالة فيهما معا قال اي القدوري في مختصره ومن وكل آخر بشيء من الاشياء اي الاستقاطات ثم تصرف اي الموكل بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة الى هذا اللفظ القدوري قال اي المص وهذا اللفظ ينتظم وجوها كثيرة من المسائل مثل ان يوكله اي الآخر باعتاق عبده اي عبد الموكل او بكتابته اي بكتابة عبده فاعتقه اي اعتق ذلك العبد او كاتبه الموكل بنفسه فان الوكالة تبطل حينئذ او يوكله بتزويج امرأة اي او ان يوكله بتزويج امرأة معينة اياه او بشراء شيء اي او ان يوكله

فشعل بنفسه او يوكل بطلاق فطلقها الزوج ثلثا او واحدة وانقضت عدتها او المختلع فخالعها بنفسه لان ما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل لانتهاء ما فوض اليه وكذا لو وكله بتزويجها بنفسه فزوجها بنفسه لما بينا لم يكن الوكيل ان يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا زوجها الوكيل او باعها لان في تزويج الموكل بطلاق الحاجة لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه او اراد حلفه بيعه فحلف الوكيل ان يبيعه مرة اخرى لان بيعه بنفسه صار من التصرف فصار كالعزل لو قال الموكل لا تبع

بشيء شيء بعينه لفظة بنفسه اي فتصرف الموكل بما وكل به بنفسه بان تزوجها بنفسه او يشتريه بنفسه فان ذلك كان عزلا للوكيل فتبطل الوكالة او يوكل بطلاق امرأته فطلقها الزوج وهو الموكل ثلثا اي ثلث تطليقات او واحدة اي او طلقها الثلث او واحدة وانقضت عدتها فان الوكالة تبطل هناك ايضا ولا يكون للموكل بعد ذلك ان يطلقها وانما قيد بالثلث وبالواحدة بانقضاء العدة والمراد بها دون الثلث لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها الموكل تطليقة واحدة او تطليقتين بائنة كانت او رجعية فان للوكيل ان يطلقها ما دامت في العدة واما اذا طلقها الموكل تطليقات ثلثا فلا يملك الوكيل طلاقها لا في العدة ولا بعدها والاصل فيه ان كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان الوكيل ايضا قادرا عليه وما لا فلا كذا ذكره في النهاية والعناية اقول في هذا الاصل نوع اشكال اذ لا شك ان الفرق حينئذ بين هذه المسئلة وبين مسئلة التوكيل بتزويج امرأة فان الموكل هناك لو تزوجها بنفسه ثم ابانها لم يكن للوكيل ان يتزوجها منه كما صرح في عامة الكتب وذكر المص ايضا فيما بعد مع ان الموكل قادر على تزوجها بنفسه مرة اخرى فلم لم يقدر الوكيل ايضا على ان يتزوجها منه مرة اخرى وعلل في البدائع عدم قدرة الوكيل عليه بان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار فاذا فعل مرة حصل الامتثال وانتهى حكم الامر كما في الاوامر الشرعية والظاهر ان هذا التعليل يقتضي ان لا يقدر الوكيل على التطليق بعد تطليق الموكل مطلقا في مسئلة التوكيل بالطلاق ايضا فان قيل بطلان الوكالة في مسئلة التوكيل بالتزويج بتزويج الموكل نفسه بناء على انقضاء الحاجة كما ذكره المص فيما بعد قلنا قد انقضت الحاجة في مسئلة التوكيل بالطلاق ايضا بتطليق الموكل نفسه لا يقال قد يقع الحاجة الى تكرار الطلاق تشديد الفرقة لانا نقول قد تقع الحاجة الى التزوج مرة اخرى ايضا فلم يتم الفرق قال او بالخلع اي او ان يوكله بان يخالع امرأته فخالعها اي فخالعها الموكل بنفسه فان الوكالة تبطل هناك ايضا قال المص في تعليل المسائل المذكورة كلها لانه اي الموكل لما تصرف فيما وكل به بنفسه تعذر على الوكيل التصرف في ذلك لامتناع تحصيل الحاصل فبطلت الوكالة في جميع ما ذكر حتى لو تزوجها اي لو تزوج الموكل المرأة التي وكل الآخر بتزويجها منه بنفسه وابانها اي ابانها بعد ان تزوجها بنفسه لم يكن للوكيل ان يزوجها منه اي لم يكن للوكيل ان يزوج تلك المرأة المبانة من الموكل مرة اخرى لان الحاجة قد انقضت اي لان حاجة الموكل قد انقضت بتزوجها بنفسه اقول ههنا كلام اما اولا فلان تفريع هذه المسئلة يبتني على التعليل الذي ذكره لبطلان الوكالة في المسائل المذكورة ليس بتام لان الموكل انما تصرف بنفسه في تزوجها مرة اولى فهو الذي تعذر على الوكيل التصرف فيه على موجب التعليل المذكور وحري بهذا ان لا يكون للوكيل تزويجها من الموكل مرة اخرى ولا تاثير فيه للتعليل المذكور لان الموكل لم يتصرف بنفسه في هذه المرة حتى يتعذر على الوكيل التصرف فيها واما ثانيا فلانه ان ترك اداة التفريع وذكر هذه المسئلة على سبيل الاستقلال كما وقع في سائر المعتبرات واما ثانيا فلانه ان اراد تعليله لان الحاجة قد انقضت الى حاجة الى تزوجها مرة اولى قد انقضت فهو مسلم ولكن هذا لا ينافي بقاء الحاجة الى تزوجها مرة اخرى فلا يتم التقريب وان اراد بذلك ان الحاجة الى تزوجها مطلقا قد انقضت فهو مسلم اذ قد يحتاج الرجل الى تزوج امرأة واحدة مرارا متعددة لاسباب داعية اليه فالاولى في تعليل هذه المسئلة ما ذكر في البدائع من ان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار فاذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الامر كما في الاوامر الشرعية بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل اي بخلاف ما اذا تزوج الوكيل المرأة التي وكل بتزويجها من الموكل وابانها اي ابانها بعد ان تزوجها حيث يكون له ان تزوج الوكيل تلك المرأة المبانة لبقاء الحاجة اي لبقاء حاجة الموكل الى تزوجها وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه اي فباع الموكل العبد بنفسه يعني بطلت الوكالة في هذه الصورة ايضا فلو رد عليه اي فلو رد العبد على الموكل بعيب بقضاء قاض فعن ابي يوسف انه ليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى روي ذلك عنه ابن سماعة كما صرح به في الذخيرة لان بيعه بنفسه اي لان بيع الموكل ذلك العبد بنفسه منع للوكيل من التصرف فصار كالعزل اي فصار ذلك كعزل الوكيل عن الوكالة فلا يعود وكيلا الا بتجديد الوكالة وقال محمد رح له اي للوكيل ان يبيعه اي ان يبيع ذلك العبد

مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق العجز قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب ثانيا
لانه مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء او بغير اختياره لم يكن دليل زوال الحاجة فاذا اعاد اليه عقيبه ملكه كان له ان يبيعه والله اعلم

مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اي لان الوكالة بتاويل التوكيل او العقد او باعتبار الخبر وقد مر غير مرة اطلاق اسم الطلاق التصرف وهو باق والامتناع
انما كان لعجز الوكيل عن التصرف بخروج العبد عن ملك الموكل والعجز قد زال اي عجز الوكيل قد زال بعود العبد الى قديم ملك الموكل فعادت الوكالة وانما قيد
الرد بالعيب على الموكل بقضاء القاضي لان الموكل اذا قبضه قبله بالعيب بعد البيع بغير القضاء فليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى بالاجماع لان الرد بغير القضاء
كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما وكان في حق الوكيل كان الموكل اشتراه ابتداء واعلم انه ذكر في المبسوط مسئلة الرد بالعيب بقضاء القاضي
من غير خلاف في جواز البيع ووضع المسئلة في الامة فقال ولو باعها او الامر ثم ردت بعيب بقضاء قاض فللوكيل ان يبيعها لان الرد بالعيب بقضاء قاض
فسخ من الاصل وعادت الى قديم ملك الموكل وان قبلها الموكل بالعيب بغير قضاء بعد قبض المشتري لم يكن للوكيل ان يبيعها وكذلك ان تقايلا البيع فيها
لان بدا السبب كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كان الموكل اشتراها ابتداء وكذلك ان رجعت الى الموكل بميراث
او هبة او غير ملك جديد لم يكن للوكيل بيعها لان الوكالة تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد سوى الاول فلا يثبت فيه حكم الوكالة الا بتجديد توكيل
من المالك انتهى ولم يذكر الخلاف ايضا في المسئلة المذكورة في الاصل ولا في الكافي للحاكم الشهيد ولا في شرحه للامام علاء الدين الاسبيجابي ولكن ذكره العلامة
في شرحه فقال قال ابو يوسف رحمه الله ليس للوكيل ان يبيعه وقال محمد رح له ان يبيعه ثم علم ان صاحب البدائع بعد ان ذكر الخلاف بين ابي يوسف و
محمد رحمهما الله في المسئلة المذكورة قال ولو وكله ان يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه ثم رجع في هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل ان يهبه فمحمد يحتاج الى الفرق
بين البيع والهبة ووجه الفرق له لم يتضح انتهى فقد اراد المص بيان وجه الفرق بينهما على قول محمد رح فقال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب اي الموكل بنفسه
ثم رجع عن هبته حيث لم يكن للوكيل ان يهب مرة اخرى بالاجماع لانه اي لان الموكل الواهب بنفسه مختار في الرجوع فكان ذلك اي كان رجوعه مختارا
دليل عدم الحاجة الى الهبة اذ لو كان محتاجا اليها لما رجع عنها وكان دليلا على نقض الوكالة اما الرد بقضاء اي اما رد البيع بقضاء القاضي على الموكل البائع
بنفسه فهو بغير اختياره اي بغير اختيار الموكل فلم يكن دليل زوال الحاجة الى البيع اقول من العجائب ههنا ان الشارح العيني قال في شرح قول المص واما الرد
بقضاء اي اما رد الهبة بقضاء القاضي وفي شرح قوله بغير اختياره اي اختيار الواهب حيث زعم ان مراد المص بيان الفرق بين رد الهبة بالاختيار وبين
رد بالقضاء القاضي وهذا مع كونه غير صحيح في نفسه كيف غفل عن تعلق قوله بخلاف اما اذا وكله بالهبة بما سبق من مسئلة توكيله بالبيع وما اذا يقول في قوله
فاذا اعاد اليه اي الى الموكل قديم ملكه كان له اي للوكيل ان يبيعه فانه صريح في ان مراده الفرق بين البيع والهبة وذكر في التتمة قال محمد رح لا يشبه الهبة
البيع لان الوكالة بالبيع لا تقتضي بمباشرة البيع لان الوكيل بعد ما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة فاذا انفسخ البيع والوكالة
باقية جاز له ان يبيع ثانيا بحكمها فاما الوكالة بالهبة تقتضي مباشرة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه واذا رجع الموكل في هبته عاد اليه العبد
والوكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا انتهى قال في البدائع ثم هذه الاشياء التي ذكرنا انه يخرج بها الوكيل عن الوكالة سوى العزل والنهي لا يفترق الحال
فيها بين ما اذا علم الوكيل بها او لم يعلم في حق الخروج عن الوكالة لكن يفترق المفارقة فيها بين البعض والبعض من وجه آخر وهو ان الموكل اذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه
ولم يسلمه الى الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يده وفات العبد قبل التسليم الى المشتري يرجع المشتري على الوكيل بالثمن ويرجع الوكيل على الموكل فكذا لو دبره او
اعتقه او استحق وكان الاصل فيما اذا فات الموكل حيا بهلاك العبد الذي وكل ببيعه ونحو ذلك لا يرجع والفرق ان الوكيل هناك ان صار معزولا لا يصرف الموكل صار معزولا
من جهته بترك اعلامه اياه فصار كفيلا له بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة اذا ضمان الغرور في الحقيقة ضمان الكفالة ومعنى الغرور لا يتقرر في الموت

کتاب الدعوی

وہلاک العبد والجنون واخواتہا فہو الفرق ولو وکلہ بقبض دین لہ علی رجل ثم ان الموکل وہب المال الذی علیہ الدین والوکیل لا یعلم بذلک فقبض الوکیل المال فہلک فی یدہ کان للدافع الدین ان یاخذہ بہ الموکل والضمان علی الوکیل لان ید الوکیل ید نیابۃ عن الموکل لانہ قبضہ بامرہ وقبض النائب کقبض المنوب عنہ وکانہ قبضہ بنفسہ بعد ما وہبہ منہ ولو کان کذلک لرجع علیہ فکذا ہذا الی ہہنا لفظ البدائع

کتاب الدعوے

لما کانت الوکالۃ بالخصومۃ التی ہی اشہر انواع الوکالات سیاقا اعیا الی الدعوی ذکر کتاب الدعوی عقیب کتاب الوکالۃ لان السبب یتلو المسبب ثم ان ہہنا امور اربعۃ لشراح بیان امثالہا فی اوائل الکتب وہی معنی الدعوی لغۃ وشرعا وسببہا وشرطہا حکمہا ونوعہا فقال صاحب النہایۃ وہی فی اللغۃ عبارۃ عن قول یقصد بہ الانسان ایجاب حق علی غیرہ وفی عرف الفقہاء مطالبۃ حق فی مجلس من لہ الخلاص عند ثبوتہ انتہی واعترض علیہ بعض الفضلاء بان المطالبۃ من شرائط صحۃ الدعوی کما سیجیء فلا یستقیم تعریفہا بہا للمباینۃ الا ان یاول بالمشروط بالمطالبۃ اقول ہذا ساقط لان کون المطالبۃ من شرائط صحۃ الدعوے لا ینافی استقامۃ تعریف نفس الدعوی بہا اذ المباینۃ لصحۃ الشئ لا یقتضی المباینۃ لذلک الشئ الا یری ان کل شئ مباین لصحتہ لکونہا وصفا مغائرا لہ لیس بمباین لنفسہ فظہر انہ لا لزوم ہہنا ان یکون صحۃ الدعوی مشروطا بالمطالبۃ التی ہی نفس الدعوی ولا محذور فیہ فان صحۃ الدعوی وصف لہا وتحقق الوصف مشروط بتحقق الموصوف دائما وقال صاحب النہایۃ بعد بیان معناہا اللغوی والشرعی علی وجہ البسط والتفصیل واما سببہا فما ہو السبب الذی ذکرناہ فی النکاح والبیوع لان دعوی المدعی لا یخلو اما ان یکون امرا راجعا الی بقاء نسلہ او امرا راجعا الی بقاء نفسہ وما یتبعہا وکلاہما قد ذکرا واما شرط صحتہا علی الخصوص فمجلس القضاء لان الدعوی لا تصح فی غیر ہذا المجلس حتی لا یجب علی المدعی علیہ جواب المدعی ومن شرائط صحتہا ایضا ان یکون دعوی المدعی علی خصم حاضر ان یکون المدعی بہ شیئا معلوما وان یتعلق بہ حکم علی المطلوب لما ان الفاسدۃ من الدعوی ہی ان لا یکون الخصم حاضرا وان یکون المدعی بہ مجہولا لان عند الجہالۃ لا یمکن الشہود الشہادۃ ولا للقاضی القضاء بہ وان لا یلزم علی المطلوب شئ بدعواہ نحو ان یدعی انہ وکیل ہذا الخصم الحاضر فی امر من امورہ فان القاضی لا یسمع دعواہ ہذا اذا انکر الآخر لانہ یمکنہ عزلہ فی الحال واما حکمہا فوجوب الجواب علی الخصم بنعم او بلی ولہذا وجب علی القاضی احضارہ مجلس الحکم حتی یوفی ما استحق علیہ من الجواب واما انواعہا فشیآن دعوی صحیحۃ ودعوی فاسدۃ فالصحیحۃ ما یتعلق بہا احکامہا وہی احضار الخصم والمطالبۃ بالجواب والیمین اذا انکر وفی مثل ہذہ الدعوی یمکن اثبات المدعی بالبینۃ او بالنکول والدعوی الفاسدۃ ما لا یتعلق بہا ہذہ الاحکام وفساد الدعوی باحد معنیین اما ان لا یکون ملزما للخصم شیئا وان ثبت علی ما قلنا من ان یدعی علی غیرہ انہ وکیلہ والثانی ان یکون مجہولا فی نفسہ والمجہول لا یمکن اثباتہ بالبینۃ فلا یتمکن القاضی من القضاء بالمجہول لا بالبینۃ ولا بالنکول انتہی اقول فی تحریرہ نوع اختلال واضطراب فان قولہ واما شرط صحتہا علی الخصوص الی قولہ وان یتعلق بہ حکم علی المطلوب یدل علی ان لصحتہا شروطا اربعۃ وہی مجلس القضاء وحضور الخصم وکون المدعی شیئا معلوما وان یتعلق بہ حکم علی المطلوب وبقضیۃ ہذا ان یکون فساد ہا باحد امور اربعۃ وہی انتفاءات ہذہ الشروط الاربعۃ وہی قولہ لما ان الفاسدۃ من الدعوی ہی ان لا یکون الخصم حاضرا الی قولہ لانہ یمکنہ عزلہ فی الحال لیشعر بان فسادہا انما ہو بامور ثلثۃ وہی عدم حضور الخصم وان یکون المدعی مجہولا وان لا یلزم علی المطلوب شئ بالدعوی بناء علی ان المعرف بلام الجنس اذا جعل بتمامہ کما فی قولہ ان الفاسدۃ من الدعوی فہو مقصود علی الخبر نحو الکرم التقوی والامام من قریش علی ما عرف فی علم العربیۃ وان قولہ وفساد الدعوی باحد معنیین الی آخرہ ما یدل علی ان فسادہا باحد الامرین لا غیر لان اضافۃ المصدر کما فی قولہ وفساد الدعوی تفید الحصر نحو ضربی زیدا فی الدار علی ما نص علیہ

قال المدعى من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة معرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشائخ فيه فما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح قيل المدعى من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد

العلامة التفتازاني في شرح التلخيص ثم ان قوله واما انواعها فثلاثة لا يخلو عن سماجة ظاهرة حيث حمل التثنية على الجمع بالمواطاة قال الى القدوري في مختصره المدعى من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة وزاد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في متنه المدعى من لا يجبر على الخصومة وقال في شرحه لم يقل اذا تركها كما قال القدوري ومن تبعه لانه غير مجبور حالتي الترك والفعل والقيد المذكور يوهم الاختصاص انتهى اقول فيه بحث اذ على تقدير ترك قيد الترك يلزم ان ينتقض تعريف المدعى بالمدعى عليه حالة الفعل فانه يصدق عليه في هذه الحالة انه لا يجبر على الخصومة ضرورة عدم تصور الجبر على الفعل حالة حصوله واما ابهام القيد المذكور لاختصاص ثم لا اندفاعه بشهادة ضرورة الفعل على عدم تصور الجبر حالة الفعل ومعرفة الفرق بينهما اي بين المدعى والمدعى عليه من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى فان النبي صلى الله عليه وسلم قال البينة على المدعى واليمين على من انكر والانسان قد يكون مدعيا صورة ومع ذلك يكون القول قوله مع يمينه كما في المودع اذا ادعى رد الوديعة على ما ذكر في الكتاب فلا بد من معرفتهما وقد اختلفت عبارات المشائخ رحمهم الله فيه اي في الفرق بينهما فمنها ما في الكتاب يعني مختصر القدوري وهو حد عام صحيح وقيل المدعى من لا يستحق الا بحجة وهي البينة او الاقرار والنكول على قول من يرى انه ليس باقرار كما سيعلم في باب اليمين كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد قال صاحب العناية وهو ليس بعام اي جامع لعدم تناوله صورة المودع اذا ادعى رد الوديعة انتهى اقول يمكن توضيح كلامه وتقرير مرامه بوجهين احدهما انه تقبل في صورة الصورة قول المودع مع يمينه كما سيجيء في الكتاب فلا يصدق عليه انه لا يستحق الا بحجة وثانيهما ان المودع في تلك الصورة لا يستحق شيئا فلا يصدق عليه انه يستحق بحجة ثم اقول يمكن الجواب عن الوجهين معا بانه سيجيء في الكتاب ان الاعتبار عند الحذاق من اصحابنا للمعاني دون الصورة فلهذا ان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان فيجوز ان يكون مدار التعريف المذكور على المعنى المعتبر دون الصورتين فح لا ضير في عدم تناول تعريف المدعى صورة المودع اذا ادعى رد الوديعة لعدم كونه مدعيا حقيقة او معنى ويمكن جواب آخر عن الوجه الاول بان المودع من حيث انه مودع رد الوديعة لا يستحق الا بحجة واما استحقاقه بقوله فانما هو من حيث انه مدعى عليه وبالجملة قيد الحيثية معتبرة وقال صاحب العناية بعد قوله المذكور ولعله غير صحيح لان المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره انتهى اقول ويمكن الجواب عن هذا ايضا بان دفع استحقاق غيره لا ينافي استحقاق نفسه بل يقتضيه بناء على ان الحقوق لا تتحقق بدون المستحق فكون المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره لا ينافي صحة تعريفه عن يكون مستحقا بقوله وعن هذا قال صاحب الكافي وصاحب الكفاية في بيان تعريف المدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة فانه اذا قال هو لي كان مستحقا له ما لم يثبت الغير استحقاقه فان قلت صيغة الفعل لتقييد التجدد والحدوث على ما يقرر في علم العربية فيكون معنى من يكون مستحقا بقوله من يتجدد ويحدث استحقاقه بقوله مع ان استحقاق المدعى عليه لا يتجدد ولا يحدث بقوله بل يكون باقيا على ما كان عليه قبل الدعوى قلت هذه مناقشة لفظية يمكن دفعها ايضا بان يقال المراد من يكون مستحقا بقوله من يكون ثابتا على الاستحقاق بقوله على ان يكون مستحقا مجازا ثابتا على الاستحقاق بقرينة قوله كذي اليد ونظير هذا ما ذكره المفسرون في قوله تعالى اهدنا الصراط المستقيم من ان معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم فالذي يلزم حينئذ من صيغة الفعل في تعريف المدعى عليه بما ذكر ان يتجدد الثبات على الاستحقاق لا ان يتجدد نفس الاستحقاق ولا محذور فيه واجاب بعض الفضلاء عما ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال قدم في الدرس السابق ان لدوام الامور المستمرة تغير اللازمة حكم الابتداء وما ان نحن العدول من ان يقول الذي يستحق بقوله الى قوله من يكون مستحقا بقوله انما على دفع هذا الكلام لان معناه من يكون مستحقا دائما لدلالة الاسم على الدوام والثبات انتهى اقول في كل من شقي جوابه نظر اما في شقه الاول فلانا سلمنا ان لدوام التصرفات الغير اللازمة حكم الابتداء على ما مر في اوائل الباب السابق ولكن لا نم ان ما نحن فيه من ذلك القبيل فتامل واما في شقه الثاني فانه لا يذهب على من له دراية بالعلوم الادبية انه لا فرق بين ان يقول من يستحق بقوله وبين ان يقول من يكون مستحقا بقوله

وقيل المدعى من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقال محمد في الاصل المدعى عليه هو المنكر ومن الصحيح لكن الثبات صرفه وهو جميع
باعتبار ما يحدث من الحوادث دون الصورة لان الوديعة اذا قال رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين وان كان مدعيا ثم رد صورة الدين بنكل المدعى

من يكون مستحقا القول في افادة التجدد والحدوث لان صلة شيء كل واحد منهما جملة فعلية فتدل على التجدد والحدوث قطعا وكون الخبر اسما في الثانية مما لا يخل
له في افادة الدوام والثبات اصلا على ان الثقات من محققي النحاة كالرضي واضرابه صرحوا بان ثبوت خبر باب كان مقترن بالزمان الذي يدل عليه صيغة الفعل
الناقص اما ماضيا او حالا او مستقبلا فكان للماضي ويكون للحال والاستقبال ممكن للاستقبال وقال الفاضل الرضي ذهب بعضهم الى ان كان يدل على استمرار
مضمون الخبر في جميع الزمن الماضي وشبهته قوله تعالى وكان الله سميعا بصيرا وذهل الى الاستمرار مستفاد من قرينة وجوب كون الله سميعا بصيرا لا من لفظ
كان الا ترى انه يجوز كان زيد نائما فاستيقظ وكان قياس ما قال ان يكون كن ويكون للاستمرار ايضا وقول المص وتكون ناقصة لثبوت خبرها دائما
منقطعا وعلى ذلك القائل يعني انه يجيء دائما كما في الآية ومنقطعا كما في قولك كان زيد قائما ولم يدل لفظ كان على احد الامرين بل ذاك الى القرينة الى هنا
كلامه فقد تقرر من هذا انه لا دوام في مضمون خبر كان عند المحققين وانما ذهب اليه بعض ذهولا واما الدوام في خبر يكون الذي كلامنا فيه فيما لم يذهب اليه احد قط
فما ذكره ذلك الجليل فاحش من قواعد العربية بالكلية نعم لو كان المذكور في التعريف من هو مستحق لقوله بالجملة الاسمية لوقع الفرق وليس فليس وقيل المدعي من
يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر قال صاحب العناية ولعله منتقض بالمودع فانه مدعى عليه وليس متمسك بالظاهر اذ رد الوديعة ليس بظاهر
لان الفراغ ليس باصل بعد الاشتغال ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول لرب المال
لان المديون يدعي براءة بعد الشغل وكانت عارضة والشغل اصلا ويجوز ان يورد بالعكس بانه مدع ويتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان انتهى اقول فيه بحث اذ لا نم
ان المودع من حيث هو مدعى عليه ليس بتمسك بالظاهر قوله اذ رد الوديعة ليس بظاهر قلنا مسلم لكن لا نم تمسكه به من حيث هو مدعى عليه بل هو من هذه الحيثية
متمسك بعدم الضمان وهو الظاهر وكذا لا نم انه من حيث هو مدع تمسك بالظاهر بل هو من هذه الحيثية ملتمس غير الظاهر وهو رد الوديعة والحاصل ان
صاحب العناية زعم حيثية كون المودع مدعيا حيثية كونه مدعى عليه وبالعكس فاورد النقض على تعريفها وليس الامر كما زعمه كيف ولو تم ما زعمه لورد النقض بالمودع
اذا ادعى رد الوديعة على التعريف الاول ايضا بانه مدع رد الوديعة ويجبر على الخصومة مع انهم اتفقوا على انه مدعى عام صحيح ثم ان ما ذكرناه كله على تسليم اعتبار
جانب الصورة ايضا فيما اذا ادعى المودع رد الوديعة واما على تقدير ان كان المعتبر هو جانب المعنى دون جانب الصورة كما ذكرناه من قبل وسيجيء في الكتاب
فلا يتوجه النقض بالعكس اصلا واعترض بعض العلماء على بعض مقدمات ما ذكره صاحب العناية ههنا حيث قال فيه كلام وهو ان في صورة الوديعة ليس في
ذمة المودع شيء من المال حتى يكون دعوى الرد منه دعوى البراءة بعد الشغل بل انما هي مجرد انكار الضمان وثبوت الشيء في ذمته بخلاف صورة الدين واشير الى هذا في
الكافي انتهى اقول نعم قد اشير اليه بل صرح به في الكافي وعامة الشروح والظاهر ان صاحب العناية راه واطلع عليه ولكن لم يعد ذلك عليه ان يقول سلمنا ان في صورة
الوديعة ليس في ذمة المودع شيء من المال ولكن في عهدة حفظ مال الوديعة اذ قد تقرر في كتاب الوديعة انما عقد استحفاظ وان حكمها وجوب الحفظ على المودع وكان دعوى
الرد منه دعوى البراءة بعد اشتغال ذمته بالحفظ والفراغ ليس باصل بعد الاشتغال فيتم كلامه ويتم مرامه واما قوله ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع
الدين الخ فلا يكون مبنيا على مجرد الاشتراك بين المسئلتين في كون الفراغ ليس باصل بعد الاشتغال وان كانتا مختلفتين بكون الاشتغال في احدهما بالمال وفي
الاخرى بالحفظ فالذي في عمر وايراد صاحب العناية ههنا ما قد سماه لاغيا وقال محمد رح في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لما ورد من قول النبي صلى الله عليه وسلم
واليمين على من انكر وروى اليمين في المدعى عليه كذا الشان في معرفته اي معرفة المنكر والمدعي بالفقه اي بالمعنى دون الصورة عند الحذاق من اصحابنا رضي الله عنهم لان الاعتبار
للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان معنى لتعليل لقوله فالقول مع اليمين قال صاحب العناية يعني

قال ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره

اذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لاحدهما على الاخرى يكون بالفقه اي باعتبار المعنى دون الصورة فان المودع اذا قال رددت الوديعة فهو مدعي
صورة فلو اقام على ذلك بينة قبلت والقول له مع يمينه ايضا فكان مدعي عليه فاذا اقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها فانه ينكر الضمان والقول
قول المنكر مع يمينه انتهى اقول شرح هذا المقام بهذا الوجه لا يكاد يصح اما اولا فانه غير مطابق للمشروح لان قول المص والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا
لان الاعتبار للمعاني دون الصور صريح في ان المعتبر هو المعاني لا غير وقول صاحب العناية فاذا اقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها مخالف
له لانه صريح في ان الصورة ايضا معتبرة فيصير هذا من قبيل العمل بالجهتين لا من قبيل ترجيح احدهما على الاخرى واما ثانيا فلان اول هذا الشرح مخالف لآخره فان
قوله في الاول اذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لاحدهما على الاخرى يكون بالفقه اي باعتبار المعنى دون الصورة صريح في ان المعتبر جهة المعنى دون جهة
الصورة وقوله في الآخر فاذا اقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها صريح في ان كلتا الجهتين معتبرتان ثم ان بعض الفضلاء قصد توجيه كلام
صاحب العناية ههنا وتبيين مرامه فقال المراد بالجهتين هي الانكار الصوري والانكار المعنوي لا الادعاء الصوري والانكار المعنوي على ما يتوهم من ظاهر كلامه
فان كلا منهما معتبر حيث تقبل بينة الرد ايضا فلا يظهر ترجيح المعنوي انتهى اقول هذا ايضا غير صحيح اما اولا فلان الشرح لا يطابق المشروح ايضا فان قول المص لان
الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع يمينه وان كان مدعيا للرد صورة بل قطعا على ان الرد بالصورة ههنا الادعاء الصوري حيث جعل الصورة فيه الادعاء
في قوله وان كان مدعيا للرد صورة واما ثانيا فلانه لا معنى للتعارض بين الانكار الصوري والانكار المعنوي لانه اما ان يراد بالتعارض ههنا مجرد التنافي
في الحقيقة والتنافي في الصدق وكلاهما غير متحقق بين الانكار الصوري والانكار المعنوي اما عدم تحقق الاول بينهما فظاهر واما عدم تحقق الثاني بينهما
فلان المنكر المعنوي فيما اذا قال المودع رددت الوديعة هو المفتح بالفتح حيث ينكر الضمان والمنكر الصوري هو المودع بالكسر حيث ينكر الرد ولا تنافي بين
انكاريهما في الصدق لجواز ان يصدقا معا بان لا يرد المودع الوديعة ولا يجب الضمان عليه بهلاك الوديعة في يده من غير تعد منه فاذا لم يتحقق شيء من
معنى التعارض بينهما فكيف يصح ان يحمل عليه الجهتان في قوله يعني اذا تعارض الجهتان وايضا انما يتصور التعارض بين الشيئين عند اجتماعهما في محل واحد
هل الانكار الصوري مغاير لمحل الانكار المعنوي فيما نحن فيه لقيام احدهما بالمودع بالكسر والآخر بالمودع بالفتح فلا يتصور التعارض بينهما بخلاف الادعاء
الصوري والانكار المعنوي فانه يتحقق بينهما التعارض بالمعنى الاول قطعا لمحلهما واحد وهو المودع بالفتح فكان موقعا للتعارض نعم ما قيل وان الصلح
اختيار ما افسده الدهر ثم ان الحق عندي ان الشرح هذا المقام على ما يقتضيه عبارة المص وهو انه اذا تعارضت الجهتان اي جهتا الادعاء الصوري
وجهة الانكار المعنوي فالترجيح بالفقه اي بالمعنى عند الحذاق من اصحابنا فان الاعتبار للمعاني دون الصورة فالمودع اذا قال رددت الوديعة
لقول له مع يمينه بناء على انه ينكر الضمان معنى ولا يعتبر كونه مدعيا للرد صورة وان يقال في وجه قبول بينة المودع في تلك الصور انما تقبل بينة المودع
اقامتها على الرد لدفع اليمين عنه فان البينة قد تقبل لدفع اليمين على ما صرحوا به في مواضع شتى من كتب الفقه منها ما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية
مسئلة اختلاف الزوجين في قدر المهر حيث قال ان المرأة تدعي الزيادة فان اقامت بينة قبلت وان اقام الزوج تقبل ايضا لان البينة تقبل لدفع
اليمين كما اذا اقام المودع بينة على رد الوديعة على المالك تقبل انتهى فتصح المراد ويرتفع الفساد وقال اي القدوري في مختصره ولا تقبل الدعوى حتى
يذكر شيئا معلوما في جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك وقدره مثل كذا او كذا درهما او دينارا او كرا واعلم ان هذا في دعوى الدين لا في دعوى
العين فان العين اذا كانت حاضرة يكفي الاشارة اليها بان هذه ملكي وان كانت غائبة يجب ان يذكر قيمتها على ما سيفصل فان قلت عبارة الكتاب لا تدل

لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة ولا الزام في المجهول لا يتحقق فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها
بالدعوى كذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرطه وذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى
وجوب الحضور على مجلس القضاة من اخرهم في كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة لما قلنا واليمين اذا انكر وسنذكره
ان شاء الله تعالى وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين

على التقييد قلت نعم الا ان العبارة وقعت كذلك في غاية معتبرات المتون فلعلها بناء على افهام المراد بها مما يذكر بعدها من تفصيل احوال دعوى الاعيان
ومع هذا قد تصدى صدر الشريعة في شرح الوقاية لبيان المراد بها على ما بيناه ايضاحا للمقام واما بعض المتاخرين فلما فهموا الخفاء فيها غيروها في متونهم
الى التصريح بكل نوع من الدعاوى على حدة مع بيان شرائطه الخصوصية قال المص في تعليل المسئلة المذكورة لان فائدة الدعوى الالزام على الخصم بواسطة اقامة
الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق اقول فيه بحث وهو ان عدم تحقق الالزام في المجهول مم اذ قد تقرر في كتاب الاقرار ان الاقرار بالمجهول صحيح وقد مر في صدر كتاب الدعوى
ان حكم الدعوى الصحيحة وجوب الجواب على الخصم اما بالاقرار واما بالانكار فعلى تقدير ان اجاب الخصم بالاقرار يمكن الالزام عليه في المجهول ايضا لكونه مؤاخذا باقراره فينبغي
ان يصح الدعوى فيه ايضا لظهور فائدتها على تقدير الجواب بالاقرار وبالجملة ان الالزام كما يتحقق بواسطة حجة البينة كذلك يتحقق بواسطة حجة الاقرار فان لم يتصور الاول
في دعوى المجهول يتصور الثاني فيها فلا يتم المطلوب لا يقال اقرار الخصم تحميل لا تحقق فلا يتحقق الالزام في دعوى المجهول بل يتحمل لانا نقول المراد تحقق الالزام
الذي هو فائدة الدعوى امكان تحققه ووقوعه بالفعل ولا يلزم ان لا يتحقق الفائدة في كثير من دعاوى المعلوم ايضا كما اذا عجز المدعي عن البينة ولم يقر
الخصم بما ادعاه بل انكر وحلف اذ حينئذ لا يقع الالزام بالفعل قطعا فان كان اي المدعى عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها اي كلف المدعى عليه احضار العين
المدعاة الى مجلس الحكم ليشير اي المدعي اليها بالدعوى هذا الذي ذكر لفظ القدوري في مختصره قال المص وكذا في الشهادة والاستحلاف يعني اذا شهدا الشهود
على العين المدعاة او استحلف المدعي عليه عليها كلف احضارها الى مجلس الحكم ليشير الشهود اليها عند اداء الشهادة وليشير المدعي عليه اليها عند الحلف لان
الاعلام باقصى ما يمكن شرطه وذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف حتى قالوا في المنقولات التي تتعذر نقلها كالرحى ونحوه حضر القاضي
عندها او بعث امينا كذا في الكافي وغيره ويتعلق بالدعوى اي بالدعوى الصحيحة بمجردها كذا في النهاية ومعراج الدراية وجوب الحضور اي وجوب حضور الخصم
مجلس القاضي وعلى هذه القضاة اي على وجوب حضور الخصم مجلس القاضي بمجرد الدعوى الصحيحة القضاة والاصل فيه قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم
اذا فريق منهم معرضون الى قوله بل اولئك هم الظالمون سماهم ظالمين لاعراضهم عند الطلب من اخرهم اي من اخرهم الى اولهم وقال صاحب النهاية اي
باجمعهم وهذا ايضا صحيح بالنظر الى المال وقال تاج الشريعة اي من اولهم الى آخرهم واقتفى اثره صاحب العناية وهذا بعيد عن عبارة المص كما لا يخفى في كل
عصر فان عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه فعله وعثمان وعلي رضي الله عنهما فعلا ذلك والتابعون بعد الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين فعلوا ذلك
من غير نكير منكر وابن ابي ليلى كان يفعل ذلك ولم ينكر عليه ابو حنيفة رحمه الله الى غير ذلك من المجتهدين فحل محل الاجماع ووجوب الجواب عطف على وجوب الحضور
اي ويتعلق بالدعوى الصحيحة ايضا وجوب الجواب على المدعى عليه بنعم او بلى ليفيد حضوره اي حضور الخصم فان المقصود من حضور الجواب ولزوم احضار العين
المدعاة اي ويتعلق بالدعوى الصحيحة ايضا لزوم ان يحضر المدعى عليه العين المدعاة الى مجلس القاضي لما قلنا اشارة الى قوله ليشير اليها بالدعوى واليمين بالجر
عطف على احضار العين المدعاة فالمعنى ويتعلق بالدعوى الصحيحة ايضا لزوم اليمين على المدعى عليه اذا انكره اي اذا انكر المدعى عليه ما ادعاه المدعي وعجز المدعي
عن البينة وسنذكره ان شاء الله تعالى اي وسنذكر لزوم اليمين على المدعى عليه في آخر هذا الباب وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها هذا لفظ القدوري في مختصره اي وان
لم تكن العين المدعاة حاضرة في يد المدعى عليه بل كانت غائبة لا يدري مكانها ذكر المدعي قيمة العين المدعاة الغائبة ليصير المدعى معلوما فيصح الدعوى بوقوعها
على معلوم لان العين لا تعرف بالوصف لامكان مشاركة اعيان كثيرة فيه وان بولغ فيه فذكر الوصف لا يفيد والقيمة تعرف بها اي والقيمة تعرف العين به وقد تعذر مشاهدة العين حالية
من قوله والقيمة تعرف بها اي والقيمة تعرف به يعني والحال ان المشاهدة متعذرة فيكون ذكر القيمة اذ ذاك قصوى ما يمكن الاعلام وقد جعل صاحب العناية الجملة المربوطة حالية من قوله لان العين

وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة

لا تعرف بالوصف فعليك الاختيار ثم الاختيار وقال الفقيه ابو الليث رح يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة قال صاحب الكافي نقلا عن القاضي فخر الدين وصاحب الذخيرة وان كان العين غائبا وادعى انه في يد المدعى عليه فانكر ان يبين المدعي قيمته وصفته سمع دعواه ويقبل بينته وان لم يبين القيمة وقال غصب مني عين كذا ولا ادري انه هالك ام قائم ولا ادري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب انه يسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف ببيان القيمة لتضرر به انتهى وقال صاحبا النهاية والكفاية نقلا عن الامام فخر الاسلام البزدوي اذا كانت المسئلة مختلفا فيها ينبغي للقاضي ان يكلف المدعي بيان القيمة واذا كلفه ولم يبين يسمع دعواه لان الانسان قد لا يعرف قيمة ماله فلو كلفه ببيان القيمة فقد اضر به اذ يتعذر عليه الوصول الى حقه ثم قال واذا سقط بيان القيمة من المدعي سقط من الشهود بالطريق الاولى انتهى وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز بعد نقل ما ذكر في الكافي فاذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود ايضا بل اولى لانهم ابعد عن ممارسته انتهى وقال صاحب الدرر والغرر بعد نقل ما في الكافي اقول فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة بوجه اليمين على الخصم اذا انكر والجبر على البيان اذا اقر او نكل عن اليمين فليتامل فان كلام الكافي لا يكون كافيا الا بهذا التحقيق والله الموفق انتهى اقول يرد عليه ان ما ذكره من الفائدة جار في جميع صور دعوى المجهول دينا كان او عينا فيقتضي صحة دعوى المجهول مطلقا مع انهم صرحوا بان من شرائط صحة الدعوى كون المدعي معلوما غير مجهول وان رواية صحة دعوى العين مع جهالة القيمة انما وردت في دعوى العين الغائبة فقط ويمكن ان يقال في دفعه ان مجرد جريان الفائدة المذكورة في جميع صور الدعوى المجهول لا يقتضي صحة دعوى المجهول مطلقا بل لا بد لصحة الدعوى من علة مقتضية لها غيره فائدة مترتبة عليها وقد بينوا تحقق العلة المقتضية لصحة الدعوى في صورة دعوى العين الغائبة المجهولة وهي ان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف ببيان القيمة لتضرر به وبقي بيان الفائدة القيمة فيها فبينها صاحب الدرر والغرر بخلاف سائر صور دعوى المجهول اذ لم تتحقق فيها علة مقتضية لصحة الدعوى فلا يفيد جريان الفائدة المذكورة فيها ولكن يرد حينئذ ان يقال ان مثل تلك العلة المذكورة تتحقق في غير تلك الصورة ايضا من صور دعوى المجهول كما اذا كان لمورث رجل ديون في ذمم الناس ولم يعرف الوارث جنس تلك الديون ولا قدرها او لم يعرف احدهما فلو كلف ذلك الوارث في دعوى تلك الديون على المديون ببيان جنسها وقدرها لتضرر به اذ الانسان ربما لا يعرف قدر مال مورثه ولا جنسه عند كون ذلك المال في يد مورثه فضلا عن ان يعرفهما عند كونه في ذمم الناس فينبغي ان يصح دعوى مثل تلك الديون المجهولة لمثل ما قيل في صحة دعوى الاعيان الغائبة المجهولة مع انه مما لم يقل به احد ثم اقول الظاهر من قولهم فاذا سقط بيان القيمة من المدعي سقط من الشهود بالطريق الاولى ان في دعوى العين الغائبة تسمع الدعوى مع جهالة قيمة المدعى وتقبل الشهادة مع جهالة قيمة المشهود به لكنه مشكل جدا فان القاضي بعد ان يسمع هذه الدعوى وقبل هذه الشهادة ثم يحكم للمدعي على المدعى عليه والقضاء بالمجهول غير ممكن كما صرحوا به في صدر كتاب الدعوى حيث قالوا ان من شروط صحة الدعوى كون المدعي معلوما ومعلومه لعدم امكان القضاء بالمجهول لا يقال القاضي يجبر المدعى عليه ببيان قيمة ما ادعى عليه فيحكم عليه بما بين فلا يكون القضاء بالمجهول لانا نقول الجبر عليه انما يصح لو اقر بما ادعى عليه على الجهالة فان التجهيل ح يصير من جهته حيث اهمل ما اعترف بلزومه عليه فعليه البيان على ما تقرر في كتاب الاقرار واما اذا لم يقر به بل ثبت بالبينة كما فيما نحن فيه فلم يكن التجهيل من جهة المدعى عليه ولم يحمل شيئا فلا وجه لاجباره على البيان بمقتضى قواعد الفقه فبقي الاشكال فان قلت القاضي لا يحكم بقيمة العين الغائبة بل يحكم برد تلك العين نفسها الى صاحبها والجهالة في قيمة تلك العين لا في نفسها فلا يلزم القضاء بالمجهول قلت قد مر في الكتاب ان العين انما تعرف بالقيمة لا بغيرها فالجهالة في قيمة العين جهالة في نفسها وايضا اذا حكم القاضي برد العين الغائبة الى صاحبها فعجز المحكوم عليها عن ردها الى صاحبها ولم يردها عليه فالقاضي ان حكم بعد ذلك بقيمة تلك العين يصح والاشكال ان لم يحكم بها

قال فان ادعى عقارا حدده وذكر انه في يد المدعى عليه بالمعاينة تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان تعذر تعريفه بذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء من يحده من ذكر الحدود ثم التعريف عند محمد حقيقة على ما مر عن الصحيح ولو كان مشهورا يكتفي بذكره وان ذكر ثلثة من الحدود يكتفي بها عند الثلاثة لا عند الاكثر وان ذكر الاربعة لا يختلف سدى وان كذب ذكر

فيه حق المدعي لا يظهر الى دعواه وقبول بينته فائدة فان قيل انما الحكم على الخصم بشيء من المال بل بمجرد العين المدعاة قال المص فائدة سماع الدعوى وقبول البينة يجب ان يقال الى ان يحبسه ليتمكن المدعي من اثباته ويظهر عجزه عن دفع المدعي ثم خلى سبيله من غير ان يلزمه الضمان فمثل ذلك لم يعد في الشرع عند اثبات الحقوق المالية وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن ضرب من الاشكال قال اي القدوري في مختصره وان ادعى عقارا حدده اي ذكر المدعي حدوده وذكر انه اي العقار في يد المدعى عليه وانه يطالبه به وذكر ان المدعي يطالب المدعى عليه بالمدعى اقول هكذا وقع وضع هذه المسئلة في عامة معتبرات المتون ولكن فيه قصور اذ المتبادر منه ان ذكر حدود العقار كان في تعريفه عند الدعوى وليس كذلك اذ قد صرح في معتبرات الفتاوى بل في بعض شروح الهداية ايضا بانه اذا وقعت الدعوى في العقار فلا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار ومن ذكر المحلة ومن ذكر السكة ومن ذكر الحدود وقال في الخلاصة يصح الدعوى اذا بين المصر والمحلة والموضع والحدود وقيل ذكر المحلة والسوق والسكة ليس بلازم وذكر المص او القرية لازم انتهى وقد صرح في معتبرات الفتاوى ايضا بان الفقهاء اختلفوا في البداية فقال الشيخ الامام الفقيه الحاكم ابو نصر احمد بن محمد السمرقندي في شروطه اذا وقع الدعوى في العقار فلا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار ثم من ذكر المحلة ثم من ذكر السكة فيبدأ اولا بذكر الكورة ثم بالمحلة اختيار لقول محمد رح فان المذهب عنده ان يبدأ بالاعم ثم ينزل منه الى الاخص وقال ابو عبد الله البغدادي يبدأ بالاخص ثم بالاعم فيقول دار في سكة كذا في محلة كذا في كورة كذا وقاسه على النسب حيث يقول فلان ثم يقول ابن فلان ثم يذكر الجد فيبدأ بما هو الاقرب ثم يترقى الى الابعد وقال في كل واحد من الفصولين بعد ذكر هذا الاختلاف ما قاله محمد بن الحسن احسن لان العام يعرف بالخاص ولا يعرف الخاص بالعام وفصل النسب حجة عليه لان الاسم اسمه فان جهل في الدنيا كثير فان عرف والا ترقى الى الاخص فيقول ابن محمد وهذا اخص فان عرف والا ترقى الى الحد انتهى وقال في المحيط اختلف اهل الشروط في البداية بالاعم او بالاخص واهل العلم بالخيار في البداية بايهما شاء انتهى وقال عماد الدين في فصوله قلت اختلافات اهل الشروط انه ينزل من الاعم الى الاخص او من الاخص الى الاعم اجماع منهم على شرطية البيان انتهى فقد تلخص مما ذكرناه كله ان ذكر الحدود ليس بكاف في تعريف العقار بل لا بد ايضا من ذكر البلدة والمحلة وغير ذلك على ما قرر قال المص في تعليل لزوم التحديد في دعوى العقار لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل اي نقل العقار فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به اقول لقائل ان يقول ان تعذر النقل لا يقتضي تعذر التعريف بالاشارة لجواز ان يحضر القاضي عند العقار او يبعث امينه اليه فيشير اليه في محضر القاضي او امينه بعين ما قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه على ما ذكرناه فيما مر ويمكن ان يدفع بان المنقولات التي يتعذر نقلها نادرة فالتزم فيها حضور القاضي او امينه عندها لعدم تأديه الى الحرج بخلاف العقارات فانها كثيرة فلو كلف القاضي بحضوره عندها او بعث امينه اليها لادى الى الحرج فافترقا وذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود ونسابهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة رح على ما عرف في الصحيح احترازا عما روي عنهما ان ذكر الاب يكفي ولو كان الرجل مشهورا مثل ابي حنيفة رح وابن ابي ليلى يكتفي بذكره يعني لا حاجة الى ذكر الاب والجد عنده لحصول التعريف بالاسم بلا ذكر النسب في الدار لا بد من التحديد وان كانت مشهورة عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يشترط لان الشهرة مغنية عنه ولان قدر ما لا يصير معلوما الا بالتحديد كذا في الكافي وغيره فان ذكر ثلثة من الحدود ويكتفي بها عندنا خلافا لزفر رح لوجود الاكثر وليل لنا يعني ان اقامة الاكثر مقام الكل اصل في الشرع فنعمل به ههنا ايضا بخلاف ما اذا غلط في الرابع اي في الحد الرابع والثلثة المص باعتبار الجهة يعني اذا ذكر الحدود الثلثة وسكت عن الرابع جاز عندنا خلافا لزفر رح واما اذا ذكر الحد الرابع ايضا وغلط فيه فلا يجوز باتفاق بيننا وبين زفر رح لانه تحلف به اي بالغلط المدعي فلا كذلك تكذيبه

وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في يد المدعى عليه لا بد منه لانه انما يتعصب خصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه في يده بل لا يثبت اليد فيه الا بالبينة او علم القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله وانه يطالبه به لان مطالبة حقه فلا بد من طلبه

ما اذا شهدا بان البيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز ولو غلطا في الثمن لا يجوز شهادتهما لانه صار عقدا آخر بالغلط وهذا الفرق باطل قياس زفر حيث الترك على الغلط

وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة فيجري في الثانية ما يجري في الاولى وقوله في الكتاب اي قول القدوري في مختصره وذكر انه يعني العقار في يد المدعى عليه لا بد منه لانه اي المدعى عليه انما يتعصب خصما اي في دعوى العين اذا كانت في يده اي اذا كان المدعى في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه اي العقار في يده بل لا يثبت اليد فيه الا بالبينة بان يشهد الشهود انهم عاينوا ان ذلك العقار المدعى في يد المدعى عليه حتى لو قالوا سمعنا اقرار المدعى عليه بانه في يده لم تقبل شهادتهم وكذا الحال في غير هذه الصورة وقد لا يفرق الشهود بين الامرين فلا بد ان يبينا لهم القاضي اعن معاينة تشهدون ام عن سماع كذا ذكر في معتبرات الفتاوى او علم القاضي عطف على البينة اي او يعلم القاضي ان ذلك العقار المدعى في يد المدعى عليه هو الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ فان عندهم يكفي تصديق المدعى عليه انه في يده وانما لا يثبت اليد في العقار الا بالبينة او علم القاضي على القول الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه اي لعله في يد غيرهما اي غير المدعي والمدعى عليه قال صاحب النهاية اي يحتمل انهما تواضعا على ان تصدق المدعي عليه المدعي بان العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتصرف المدعى عليه فيه وهو في الواقع في يد الثالث فكان في ذلك قضاء بالتصرف في مال الغير ويؤدي ذلك الى نقض القضاء عند ظهوره انه في يد الثالث انتهى كلامه وقد اقتفى اثره في شرح هذا المقام بهذا المعنى صاحب معراج الدراية ثم صاحب العناية ثم الشارح العيني اقول هذا خبط عظيم منهم اما اولا فلان المدعى عليه في الصورة المزبورة لا يدعي على احد شيئا بل يصدق المدعي في قوله ان العقار في يد المدعى عليه ولا شك ان تصديق الآخر ليس بدعوى عليه فكيف يتصور هناك من القاضي الحكم باليد للمدعى عليه والحكم بحقوق العباد يقتضي سابقة الدعوى واما ثانيا فلان الحكم من القاضي لا يصح الا بحجة من البينة او الاقرار وقد انتفت تقييمها في تلك الصورة اما انتفاء البينة فلان المفروض ان لا يقوم بينة على ثبوت اليد للمدعى عليه واما انتفاء الاقرار فلان الاقرار هو الاخبار بحق الغير على نفسه ولا يخفى ان هذا المعنى غير متصور من المدعى عليه ولا من المدعي بالنسبة الى حق اليد في تلك الصورة فاذا لم يتحقق الحجة اصلا لثبوت اليد للمدعى عليه في تلك الصورة لم يصح الحكم من القاضي باليد للمدعى عليه هناك فبطل قولهم ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه الخ والصواب ان مراد المص ههنا هو ان العقار قد يكون في يد غيرهما وهما يتواضعان على ان يصدق المدعى عليه المدعي في ان ذلك العقار في يد المدعى عليه فيقيم المدعي البينة على المدعى عليه بان ذلك العقار له ليحكم القاضي للمدعي بكونه له فيصير هذا قضاء له بمال الغير الذي كان ذلك العقار في يده في الواقع وبعضي ذلك الى نقض القضاء عند ظهوره في يد ذلك الغير ولقد افصح الامام قاضيخان في فتاواه عن هذا حيث قال وذكر الخصاف عن اصحابنا ان رجلا لو اقام البينة على رجل ان في يده الدار التي حدها كذا وبين حدودها فان القاضي لا يسمع دعواه ولا يقبل بينته على الملك ما لم يقيم البينة ان الدار في يد المدعى عليه ثم يقيم البينة انها له لتوهم انهما تواضعا في محدود في يد ثالث على ان يدعيه احدهما فيقول الآخر بانها في يده ويقيم المدعي بينة عليه انها له والدار في يد غيرهما وهذا باطل لان هذا قضاء على الساحر انتهى بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة فلا مجال للمواضعة المذكورة وقوله اي قول القدوري في مختصره وانه يطالب به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه قال صاحب العناية في عبارته تسامح لانه يؤول الى تقدير فلا بد من طلب المطالب فتامل ويمكن ان يجاب عنه بان المطالبة مصدر بمعنى المفعول مكان معناه المطالب حقه فلا بد من طلبه انتهى كلامه اقول كل من ايراده وجوابه ساقط اما سقوط الاول فلان الضمير في طلبه ليس براجع الى حقه كما توهمه بل هو راجع الى ما يرجع اليه ضمير حقه وهو المدعي فالمعنى المطالبة حق المدعي فلا بد من طلب المدعي حتى يجب على القاضي اعانته فلا مسامحة اصلا واما سقوط الثاني فمن وجهين الاول ان المطالبة بمن طالبه بكذا فالمطالب المفعول ههنا هو المدعى عليه والذي دخل عليه الباء هو المدعي فلو كان المعنى المطالب حق المدعي صار المعنى المدعى عليه حق المدعي ولا خفاء في فساده والثاني ان المدعي ايضا ليس بحق المدعي البتة بل ان ثبت دعوى المدعي

ولانه یحتمل ان یکون مرهونا فی یده او محبوسا بالثمن

یکون المدعی حقه والا فلا ففی ابتداء الامر من این ثبت انه حقه حتی یتم ان یقال هو حقه فلا بد من طلب اللهم الا ان یقال انه حقه فی ابتداء الامر ایضا علی زعمه لکنه یحتاج حینئذ الی تقدیر قید علی زعمه کما یحتاج الی جعل المصدر بمعنی المفعول ولا یخفی ان شان المصنف بمعزل عن مثل هذا التعسف وقال بعض الفضلاء ولا یبعد ان یکون المطالبة اسم مفعول التانیث بتاویل الارض ونحوها انتهی اقول هذا بعید عن الحق وابعد مما قاله صاحب العنایة فی جوابه اما الاول فلما ذکرناه فی سقوط جوابه صاحب العنایة من الوجهین واما الثانی فلان مقتضاه التعبیر عن کل مطلوب بصیغة التانیث وتاویل کل مطلوب بذکر مونث وهذا مما لا تقبله الفطرة السلیمة بخلاف ما قال صاحب العنایة ولانه یحتمل ان یکون ای المدعی مرهونا فی یده ای فی ید المدعی علیه او محبوسا بالثمن فی یده فلا یصح الدعوی قبل اداء الدین او قبل اداء الثمن وبالمطالبة یزول هذا الاحتمال اذ لو کان مرهونا او محبوسا بالثمن لما طالب بالانتزاع من ذی الید قبل اداء الدین او الثمن وعن هذا ای بسبب هذا الاحتمال قالوا ای المشایخ فی المنقول ای فی دعوی المنقول یجب ان یقول فی یده بغیر حق ای یجب ان یقول المدعی هذا الشیء الذی ادعیه فی ید المدعی علیه بغیر حق ازالة لهذا الاحتمال فان العین فی ید ذی الید فی تینک الصورتین بحق اقول یرد علیه انه ان کان ذکر المطالبة مما لا بد منه فی دعوی المنقول ایضا فقد حصل زوال الاحتمال المذکور فیها بذکر المطالبة کما فی دعوی العقار فینبغی ان لا یجب زیادة بغیر حق فی دعوی المنقول کما لا یجب فی دعوی العقار وان لم یکن ذکر المطالبة مما لا بد منه فی دعوی المنقول یکون الدلیل الذی ذکره المصنف فی وجوب ذکر المطالبة فی دعوی العقار ودعوی الدین وهو قوله لان الدین وهو لان المطالبة حق المدعی فلا بد من طلبه منقوضا بصورة دعوی المنقول ویمکن ان یجاب عنه بنوع بسط فی الکلام وتحقیق فی المقام وهو ان ذکر المطالبة مما لا بد منه فی دعوی المنقول ایضا علی ما یقتضیه الدلیل الذی ذکره المصنف فی دعوی العقار وفی دعوی الدین لکن لا یجب ذکرها قبل احضار المدعی علیه المنقول الی مجلس القاضی بل انما یجب ذکرها بعد احضاره الیه لان اعلام المدعی باقصی ما یمکن شرط وذلک فی المنقول لا یکون الا بالاشارة کما مر فما لم یحضر المنقول الی مجلس القاضی لم تحصل الاشارة الیه وما لم تحصل الاشارة الیه لم یصیر معلوما بما یجب اعلامه به وما لم یصیر معلوما بهذا لم تتحقق الفائدة فی ذکر المطالبة به بخلاف قول المصنف فیما یاتی لان صاحب البیت قد حضر فلم یبق الا المطالبة حیث یشیر الی انه ما بقی شیء یتعلق به تمام الدعوی لم یجب ذکر المطالبة ولا شک ان احضار المنقول الی مجلس القاضی مما یتعلق به تمام الدعوی فلم یجب قبله علی المدعی ذکر المطالبة فلما لم یجب قبله عاد ذکرها وجب علیه اذ ذاک ان یقول فی یده بغیر حق ازالة للاحتمال المذکور حتی یجب علی المدعی علیه احضار المدعی المنقول الی مجلس القاضی ویصح للقاضی تکلیفه باحضاره الیه والحاصل ان الاحتیاج الی زیادة قید بغیر حق فی دعوی المنقول لاجل ان یجب علی المدعی علیه احضار المدعی الی مجلس الحکم ووجوب احضار المدعی الی مجلس القاضی مختص بدعوی المنقول کما مر فی الکتاب فوجب زیادة القید المذکور فی دعوی المنقول دون غیره ثم ان هذا القید المذکور فی دعوی المنقول قبل احضار المدعی علیه المدعی الی مجلس القاضی وزال الاحتمال المذکور به لم یبق لذکر المطالبة فیها بعد احضاره الیه الا علة واحدة وهی ان المطالبة حقه فلا بد من ذکره کما هی العلة فقط فی دعوی الدین بخلاف دعوی العقار فان لذکر المطالبة فیها علتین کما ذکرهما المصنف وبهذا البسط والتحقیق تبین اعتراض صدر الشریعة علی القوم حیث قال فی شرحه للوقایة اقول هذه العلة تشمل العقار ایضا فلا وجه لتخصیص المنقول بهذا الحکم انتهی ثم ان ههنا کلمات اخری للفضلاء المتاخرین فلا علینا ان ننقلها ونتکلم علیها فاعلم ان صاحب الدرر والغرر اجاب عن اعتراض صدر الشریعة بوجه آخر حیث قال ان روایة وجه متوقف علی مقدمتین مسلمتین احدهما ان دعوی الاعیان لا تصح الا علی ذی الید کما قال فی الهدایة انما ینتصب خصما اذا کان فی یده والثانیة ان الشبهة معتبرة یجب دفعها لا شبهة الشبهة کما قالوا ان شبهة الربا ملحقة بالحقیقة لا شبهة الشبهة اذا عرفتهما فاعلم ان فی ثبوت الید علی العقار شبهة لکونه غیر مشاهد بخلاف المنقول فانه فیه مشاهد وجب دفعها فی دعوی العقار باثباته بالبینة لتصح الدعوی بعد ثبوته یکون احتمال کون الید لغیر المالک شبهة الشبهة فلا یلتفت

في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال وعن هذا قال الزاهدي للمنقول يجب ان يقول في يده بغير حق

واما اليد في المنقول فلكونه مشاهدا لا يحتاج الى اثباته لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها لصحة الدعوى انتهى ورد عليه هذا الجواب بعضهم بانه
قد صرح في الهداية والشروح بانه لا بد من المطالبة في العقار ايضا ليزول احتمال كونه مرهونا او محبوسا بالثمن ويعلم من هذا انهم اعتبروا ذلك الاحتمال فاوجبوا
دفعه في العقار ايضا وهذا ليس من شبهة الشبهة التي لم يعتبروها كما لا يخفى على المتدبر فتدبر انتهى فقال الفضل الفضلاء وان اردت تحقيق المقام وتلخيص الكلام فاسمع
ما يتلى عليك مستعينا بالملك العلام ومستمدا من ولي الفيض والالهام فاقول لا شك ان في العقار شبهة في ثبوت اليد على المدعى ثم شبهة في كونها بغير
حق وان الثانية شبهة الشبهة وذلك ظاهر لمن تتبع اقاويلهم وان شبهة الشبهة غير معتبرة الا اذا اندفعت الشبهة فان شبهة الشبهة ح تكون معتبرة الا ترى
انهم اذا شهدوا على رجل بالزنا بامرأة غائبة فانه يحد لان الذي فيه هو شبهة دعوى النكاح اذا حضرت ثم شبهة صدقها في تلك الدعوى فالاعتبار لكونها
شبهة الشبهة واما اذا حضرت قبل الاستيفاء وادعت النكاح لا يحد الرجل لاعتبار الشبهة الصدق اذا تحققت هذه المقدمات فنقول لو اتى مدعي العقار
بهذه الزيادة وقال هو في يده بغير حق وقد قرع سمعك من علماء العربية انه اذا كان في كلام مثبت او منفي تقييد بوجه من الوجوه فمناط الافادة هو ذلك
التقييد يلزم عكس المقصود وهو الاهتمام بدفع شبهة الشبهة مع بقاء الشبهة بحالها فاحالوا دفعها الى كلام مستقل متاخر بحسب الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول
المدعي اطالبه فان في تلك المرتبة اندفعت الشبهة لطريقها وبقيت شبهة الشبهة معتبرة بخلاف المنقول فان ثبوت اليد فيه مشاهد لا شبهة فيه فاوجبوا
تلك الزيادة ليندفع شبهة كون اليد بحق او نقول لو زاد المدعي قوله بغير حق في دعوى العقار وهو متعلق بالكلام الاول ومن جملته ولم يندفع في تلك
الحالة شبهة كونه في يد غيره يلزم اعتبار شبهة الشبهة والمطالبة متاخرة مرتبة عن ثبوت اليد فلا يلزم من اندفاعها به محذور كما ينبه عليه بخلاف المنقول فانه
ليس فيه شبهة كونه في يد غيره فاغتنم به فانه هو الكلام الفصل والقول الجزل ثم اعلم ان المطالبة في المنقول كالمطالبة في الدين ليس لدفع الاحتمال بل
ذلك مخصوص بالعقار الى هنا كلامه واقول ما ذكره ذلك الفاضل مناوهاه بالتحقيق مما لا يجدي طائلا وما هو بذلك التلقيب تحقيق اما اولا فلان خلاصة كلامه
هي ان مدعي العقار لو اتى بتلك الزيادة وجعلها قيدا للكلام الاول وقصد بها دفع شبهة كون اليد بحق لزم اعتبار شبهة الشبهة والاهتمام بدفعها مع
بقاء الشبهة وهي شبهة كونه في يد الغير بحالها اذ لم تندفع هذه الشبهة قبل ثبوت اليد وقد تقرر عندهم ان شبهة الشبهة غير معتبرة قبل اندفاع الشبهة فاحالوا
دفع شبهة الشبهة الى كلام مستقل متاخر في الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعي اطالبه فان في تلك المرتبة اندفعت الشبهة وبقيت شبهة الشبهة معتبرة
بخلاف المنقول فان ثبوت اليد فيه مشاهد فليس فيه شبهة كونه في يد غيره فاوجبوا تلك الزيادة ليندفع بها شبهة كون اليد بحق لكنها ليست بتامة
لان الحاصل منها ان لا يصح الاتيان بتلك الزيادة في دعوى العقار على ان تجعل تلك الزيادة قيدا للكلام الاول وهذا لا ينافي صحة الاتيان بها على
ان تجعل كلاما مستقلا بان يقول المدعي انه في يده وان يده بغير حق فان الزيادة حينئذ تصير كلاما مستقلا كما ترى ويصير متاخرا في الرتبة عن ثبوت اليد كقوله
اطالبه لانه كما ان حق ذكر المطالبة ان يكون بعد ثبوت اليد كذلك حق ذكر ان يده بغير حق بعد ثبوتها اذ قبل ثبوت اليد كما لا فائدة في المطالبة لا فائدة
ايضا في بيان ان يده بغير حق وهذا ما لا سترة به فلم يظهر وجه عدم الزيادة مطلقا في دعوى المنقول وبالجملة ان ما ذكره وجه لفظي مخصوص بصورة كون الزيادة
قيدا للكلام الاول لا وجه فقهي عام لجميع صور الزيادة فلا يتم التقريب قطعا واما ثانيا فلانه حينئذ يبقى الاشكال في المقام بان شبهة كون اليد بحق يندفع في دعوى
المنقول ايضا بالمطالبة فينبغي ان يذكر الزيادة المذكورة في دعوى المنقول كما تركت في دعوى العقار ولا يحل هذا الاشكال بما ذكره بقوله ثم اعلم ان المطالبة في
المنقول كالمطالبة في الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار انتهى لان دفع الاحتمال المذكور يحصل قطعا من ذكر المطالبة في المنقول ايضا

قال وان کان حقا فی الذمة ذکر انه یطالبه به لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم یبق الا المطالبة لکن لابد من تعریفه بالوصف لیعرف به قال واذا صحت الدعوی سأل القاضی المدعی علیه عنها لینکشف وجه الحکم فان اعترف قضی علیه به لان الاقرار موجب بنفسه فیامر بالخروج عنه وان انکر سأل المدعی البینة لقوله علیه السلام البینة علی من ادعی ورتب الیمین علی فقد البینة فلابد من السؤال لیمکنه الاستحلاف قال وان حضرها قضی بها لانتفاء التهمة عنها وان عجز عن ذلک وطلب یمین خصمه استحلفه علیها لما روینا ولابد من طلبه لان الیمین حقه الا تری انه کیف اضیف الیه بحرف اللام فلابد من طلبه

فلا یدفع ان لا یقصد بها دفع ذلک الاحتمال فی المنقول استدراک الزیادة المذکورة فیه واما ما قدمناه من التحقیق فیندفع به هذا الاشکال کما یندفع به اعتراض صدر الشریعة کما تحققته من قبل الحمد لله الذی هدانا لهذا وما کنا لنهتدی لولا ان هدانا الله قال ای القدوری فی مختصره وان کان حقا فی الذمة ای وان کان المدعی حقا ثابتا فی الذمة یعنی ان کان دینا لا عینا ذکر انه یطالبه یعنی ذکر انه یطالبه به من غیر ان یشترط فیه ما یشترط فی العین علی ما فصل فیما مر لما قلنا تعلیل لعدم ذکر المطالبة فیه واشارة الی قوله لان المطالبة حقه فلابد من طلبه وهذا ای الاکتفاء فیه بذکر المطالبة لان صاحب الذمة قد حضر فلم یبق الا المطالبة لکن لابد من تعریفه ای تعریف ما فی الذمة وهو الدین بالوصف ای بالصفة فالمعنی لکن لابد من تعریف ما فی الذمة بالوصف کما لابد من تعریفه بالجنس والقدر علی ما عرف فیما مر من قول القدوری ولا یقبل الدعوی حتی یذکر شیئا معلوما فی جنسه وقدره لانه یعرف به ای لان ما فی الذمة یعرف بالوصف ای الصفة بان یقال انه جید او وسط او ردی بعد ان یذکر جنسه وقدره ولکن انما یحتاج الی ذکر الصفة فیما اذا کان المدعی دینا او دینا ان کان فی البلد نقود مختلفة اما اذا کان فی البلد نقد واحد فلا یحتاج الی ذلک کما ذکر فی الشروح ومعتبرات الفتاوی وهذا کله علی تقدیر ان یکون مراد المص بالوصف ههنا معنی الصفة کما هو الظاهر من حیث اللفظ لکن الاظهر من حیث معنی المقام ان یکون مراده به معنی البیان فالمعنی لکن لابد من تعریف ما فی الذمة ایضا بالبیان ای بیان ما یحتاج الی ما ذکر من جنسه وقدره مطلقا ومن نوعه وصفته فی بعض الصور علی ما فصل فی النهایة والکفایة نقلا عن الذخیرة وفصول الاستروشنی وبالجملة لابد فی جنس من الاعلام باقصی ما یمکن التعریف قال ای القدوری فی مختصره واذا صحت الدعوی ای واذا صحت الدعوی بشروطها سأل ای القاضی المدعی علیه عنها ای عن الدعوی لینکشف وجه الحکم ای لینکشف القاضی وجه الحکم ای طریقه ان ثبت حق المدعی فان الحکم منه یکون باحد امور ثلثة البینة والاقرار والنکول ولکل واحد منها طریق مخصوص من القضاء فلابد من السؤال لینکشف له طریق حکمه فان اعترف قضی علیه بها ای فان اعترف المدعی علیه قضی القاضی علیه بالدعوی بمعنی المدعی او بموجب الدعوی ثم ان اطلاق لفظ القضاء وههنا توسع لان الاقرار حجة بنفسه فلا یتوقف علی القضاء فکان الحکم من القاضی الزاما للخروج عن موجب ما اقر به بخلاف البینة لانها انما تصیر حجة باتصال القضاء بها فان الشهادة خبر یحتمل الصدق والکذب وقد جعلها القاضی حجة بالقضاء بها واسقط جانب احتمال الکذب فی حق العمل بها کذا فی الشروح وغیرها وقد اشار الیه المص بقوله لان الاقرار موجب بنفسه فیامر ای یامر القاضی المدعی علیه بالخروج عنه ای عما یوجبه الاقرار وان انکر ای المدعی علیه سأل المدعی البینة ای طلب القاضی من المدعی البینة لقوله ای لقول النبی علیه الصلوة والسلام للمدعی الک بینة فقال لا ای قال المدعی لا بینة لی فقال ای قال النبی صلی الله علیه وسلم لک یمینه ای یمین المدعی علیه سأل ای سأل رسول الله صلی الله علیه وسلم المدعی عن البینة ورتب الیمین علی فقد البینة فلابد من السؤال ای فلابد للقاضی من السؤال عن البینة لیمکنه الاستحلاف ای لیمکن القاضی استحلاف المدعی علیه عند فقد البینة قال ای القدوری فی مختصره فان احضرها ای فان احضر المدعی البینة علی وفق دعواه قضی بها ای قضی القاضی بالبینة لانتفاء التهمة عنها ای عن الدعوی لترجح جانب الصدق علی الکذب بالبینة وهی ای البینة فعلیه من البیان لانها دلالة واضحة یظهر به الحق من الباطل وقیل فیعلة من البین اذ بها یقع الفصل بین الصادق والکاذب کذا فی الکافی وان عجز عن ذلک ای وان عجز المدعی عن احضار البینة وطلب یمین خصمه وهو المدعی علیه استحلفه علیها ای استحلف القاضی خصمه علی دعواه لما روینا ای اشارة الی قول النبی صلی الله علیه وسلم لک یمینه بعد ان قال المدعی لا ولابد من طلبه ای من طلب المدعی استحلاف خصمه لان الیمین حقه ای حق المدعی الا تری کیف اضیف الیه بحرف اللام ای کیف اضیف الیمین الی المدعی بحرف اللام فی قوله صلی الله علیه وسلم لک یمینه والاضافة الیه بحرف اللام لمقتضیة للاختصاص تنصیص علی ان الیمین حقه وانما قال المص اضیف بتذکیر الفعل مع کونه مسندا الی ضمیر الیمین التی هی مؤنث علی تاویل القسم او الحلف قال صاحب الکافی والفقه فیه ای فی کون الیمین حق المدعی ان المدعی یزعم انه قوی حقه بانکاره فشرع الاستحلاف

باب اليمين

حتى لو كان الامر كما زعم يكون اثوابا متقابلة اثوابا فان اليمين الفاجرة يقع بالدار الدنيا بالواقع ولا ينال المدعى عليه الثواب بذكر الله تعالى على سبيل التعظيم صادقا ولا تشرع بوجه انتهى وقال صاحب النهاية بعد ذكر ما في الكافي ثم انما رتب اليمين على البينة لا على العكس لان نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعى للمدعى لان فيه اساءة الظن بالآخر وذلك لا يجوز فوجب اقامة البينة على المدعى لاثبات استحقاقه بها فيطالبه القاضي بذلك لا على وجه الالزام عليه بل على وجه التذكير له فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه اذ اقامة البينة مشروعة بعد اليمين فلو حلفناه اولا ثم اقام المدعى عليه البينة افتضح المدعى عليه باليمين الكاذبة انتهى وقال صاحب الغاية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر وبين وجه النظر فيما نقل عنه حيث قال وجه ذلك ان الشرع لورود تقديم اليمين لما كان اقامة البينة بعد ذلك مشروعة كما اذا اقام البينة فان اليمين بعد بالبينة بمشروعة انتهى وقال بعض الفضلاء قوله لما كان اقامة البينة بعد ذلك مشروعة فيه بحث بل يكون مشروعية البينة اذا عجز عن اليمين بان نكل فليتامل انتهى اقول بحثه هذا ليس بشيء لان مراد صاحب الغاية بقوله المذكور لما كان اقامة البينة بعد تحقق البينة وصدوره من المدعى عليه مشروعة يرشد اليه قطعا قوله كما اذا اقام البينة فان اليمين بعد بالبينة بمشروعة ومراد صاحب النهاية ايضا بقوله اذا اقامة البينة مشروعة بعد اليمين مشروعية اقامة البينة بعد تحقق اليمين وصدوره من المدعى عليه لان افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة انما يلزم في هذه الصورة فاحتمال كون مشروعية البينة اذا عجز المدعى عليه عن اليمين بان نكل لا يفيد في دفع نظر صاحب الغاية عما قاله صاحب النهاية على ان هذا الاحتمال ليس بصحيح في نفسه لان النكول عن اليمين ليس لعجز عنها اذ هو حالة اختيارية دالة على صدق المدعى بخلاف العجز عن البينة على ما لا يخفى ثم اقول بقي نظر آخر في كلام صاحب النهاية وهو ان مشروعية اقامة البينة بعد اليمين تقتضي ان لا يكون افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة محذورا شرعيا لان اقامة البينة بعد اليمين تستلزم الافتضاح المزبور ومشروعية اقامتها بعد اليمين تقتضي حسنها فان كل ما هو مشروع فهو حسن عندنا والظاهر ان ما يستلزمه الحسن الشرعي فهو حسن شرعي ايضا فلا يصير الافتضاح المزبور محذورا شرعيا فلا يتم التقريب فتامل

باب اليمين قال صاحب النهاية وهذا الترتيب من الترتيب الوجودي لما ان مشروعية اليمين بعد العجز عن اقامة البينة فلما ذكر حكم البينة وما يتعلق بها ذكر في هذا الباب حكم اليمين انتهى اقول فيه شيء وهو ان كون مشروعية اليمين بعد العجز عن اقامة البينة لا يجري على قول ابي يوسف رح وعلى قول محمد رح في رواية كما سيظهر في صدر هذا الباب فلم يكن ما ذكره وجها جامعا لاقوال ايضا على انه لما ذكر فيما تقدم حال البينة اجمالا ذكر فيه ايضا حال اليمين اجمالا فهما مشتركان في الذكر الاجمالي فيما قبل هذا الباب واما تفاصيل احكام البينات فتذكر فيما بعد هذا الباب كما تذكر تفاصيل احكام اليمين في هذا الباب فلم يظهر كون ترتيب الكتاب على الترتيب الوجودي فالاولى ما قاله صاحب الغاية من انه لما ذكر ان الخصم اذا انكر الدعوى وعجز المدعي عن اقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه ان يحلف اراد ان يبين الاحكام المتعلقة باليمين انتهى وقال صاحب غاية البيان اقول لما كان يحتاج ههنا الى الفصل بالباب بل كان ينبغي ان يسوق الكلام متواليا لانه لما ذكر صحة الدعوى ترتب عليها الحكم بالاقرار والبينة واليمين انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل ما في غاية البيان قلت الذي رتبه المصنف هو الاصل لانه لما كانت اليمين مشروعة بعد فقد البينة تعين ذكرها بعدها باحكامها وشرائطها انتهى اقول هذا الكلام منه في معرض الجواب عما نقله من العجائب لان ما استقبحه صاحب غاية البيان انما هو الفصل بالباب لا ذكر اليمين بعد البينة كيف وهو قال بل كان ينبغي ان يسوق الكلام متواليا فما ذكره الشارح العيني مما لا مساس له بدفع واستقبح صاحب الغاية فكانه ما فهم معنى صريح كلامه ثم اقول في دفع ذلك ان افراد بعض المسائل من بين اخواتها بوضع باب مستقل لها او كتاب او فصل لكثرة مباحثها واحكامها او لتعلق غرض آخر باستقلالها كافراد الطهارة من بين

وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة رح معناه حاضرة في المصر وقال أبو يوسف رح يستحلف لأن اليمين حقه بالحديث المعروف فإذا طالبه به يجيبه ولأبي حنيفة رح أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة فلا يكون حقه دونه كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس

سائر شروط الصلوة بوضع كتاب مستقل لها وغيرها مما له باب مستقل أو فصل مستقل شائع ذائع فيما بينهم وهذا الباب أيضا من ذلك القبيل ولهذا ترى الفقهاء من أصحاب الكتب المعتبرة من الفتاوى وغيرها جروا على إفراد مسائل اليمين بباب أو فصل مستقل تقليدا لما صنعه المصنف رح هنا بجعل استحلاف ولا استحلاف كالاستحلاف

وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة رح هذا لفظ القدوري قال المصنف رح معناه حاضرة في المصر أما معنى قول القدوري إذا قال المدعي لي بينة إذا قال لي بينة حاضرة في المصر واحترز بهذا القيد عن البينة الحاضرة في مجلس الحكم فإن البينة إذا حضرت في مجلس الحكم لم يستحلف بالاتفاق كما أشار إليه المصنف رح بقوله فيما يأتي كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس واحترز بقوله حاضرة عن البينة الغائبة عن المصر فإنها إذا غابت عن المصر يستحلف بالاتفاق ثم إن الظاهر كان أن يقترن المصنف رح قوله معناه حاضرة في المصر بذكر قول القدوري إذا قال المدعي لي بينة حاضرة وقد أخر عن ذكر قوله وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة رح فلعل وجهه أمران أحدهما أن المصنف رح استقبح قطع كلام القدوري بكلام نفسه فانتظر إلى أن يتم جواب مسئلة القدوري ثم فسر مراده بالحضور في المصر وثانيهما أن فائدة هذا التفسير الاحتراز عن الحضور في المجلس حيث كان ثم الاستحلاف هناك بالاتفاق وفي ما نحن فيه بالاختلاف فما لم يذكر القول المشعر بالخلاف في مسئلتنا وهو قول القدوري لم يستحلف عند أبي حنيفة رح لم يظهر فائدة هذا التفسير فاقتضى هذا السر تأخير المصنف رح قوله المزبور عن ذكر قول القدوري لم يستحلف عند أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف رح يستحلف لأن اليمين حقه أي حق المدعي بالحديث المعروف فسر عامة الشراح الحديث المعروف بما مر تحت هذا الباب من قول النبي صلى الله عليه وسلم لك يمينه ولكن قال صاحب غاية البيان بعد ما فسر مراد المصنف رح بالحديث المعروف بما فسر سائر الشراح ويجوز أن يريد به قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر أقول لا يذهب على من تتبع أساليب تحرير المصنف رح في كتابه هذا أنه يعبر عن الحديث الذي ذكره فيما قبل بما روينا كما يعبر عن الآية التي ذكرها فيما قبل بما تلونا وعن الدليل العقلي الذي ذكره فيما قبل بما ذكرنا فلو كان مراده بالحديث المعروف ما ذكره فيما قبل من قوله عليه الصلوة والسلام لك يمينه لما عدل عن أسلوبه المقرر الآتي كيف جرى على الأسلوب في ذكر دليل أبي حنيفة رح حيث قال إن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة بما روينا من بداية الحديث المذكور فيما قبل فالحق أن مراده بالحديث المعروف إنما هو قول النبي صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من أنكر أي ما جوزه صاحب الغاية لا غير ويؤيده تحرير صاحب الكافي ههنا حيث قال وقال أبو يوسف رح يستحلف لعموم قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر انتهى فإن قلت الذي حمل الشراح على تفسير ثم الحديث المعروف بما ذكر قول المصنف رح لأن اليمين حقه فإن كون اليمين حق المدعي تفهم من قوله عليه الصلوة والسلام لك يمينه حيث أضاف إليه اليمين بلام الملك والاختصاص قلت نعم ولكن يفهم ذلك أيضا من قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من أنكر فإن كلمة على في قوله على من أنكر تدل على أن المنكر هو المستحق عليه باليمين فالمستحق له هو المدعي نعم انفهامه من الأول أظهر لكن لا يوجب حمل كلام المصنف رح على خلاف ما جرت عليه عادته المطردة فإذا طالبه به أي إذا طالب المدعي المدعى عليه باليمين يجب القاضي المدعي أي يحكم له بيمين المدعى عليه أو يجب لمدعي عليه المدعي أي يحلف ولأبي حنيفة رح أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة بما روينا من قوله عليه الصلوة والسلام للمدعي لك بينة فقال لا فقال لك يمينه فإنه ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة فلا يكون حقه دونه أي لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عن إقامة البينة أي بغير العجز عنها أقول لقائل أن يقول إن كون ثبوت الحق في اليمين مرتبا على العجز عن إقامة البينة فيما رواه من الحديث الشريف لا يدل على أن لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عنها إلا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا فكيف يتم الاستدلال به في مقابلة عموم الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس أي في مجلس الحكم حيث لا يثبت

ومحمد رح مع ابي يوسف رح فيما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة رح فيما ذكره الطحاوي **قال** ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي رح

له حق اليمين هناك فكذا هنا والجامع القدرة على اقامة البينة اقول لابي يوسف رح ان يفرق بين الصورتين بان يقول اذا لم تكن البينة حاضرة في مجلس الحكم فللمدعي غرض صحيح في الاستحلاف وهو ان يقصر المسافة والمؤنة عليه باقرار المدعى عليه او بنكوله عن اليمين فيتوصل الى حقه في الحال فكان له حق اليمين بخلاف ما اذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم فان هذا الغرض اعني قصر المسافة والمؤنة عليه والتوصل الى حقه في الحال يحصل باقامة البينة في الحال فلم يبق له غرض صحيح في الاستحلاف قبل اقامتها فلم يكن له حق اليمين قبلها فلم يتم الاستدلال على قول ابي حنيفة رح ههنا بطريق القياس ايضا كما يشعر به كلام المص رح ومحمد رح مع ابي يوسف رح فيما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة رح فيما ذكره الطحاوي قال صاحب غاية البيان وهذه رواية عجيبة لان الشيخ ابا جعفر الطحاوي قال في مختصره ومن ادعى على رجل مالا ذكره وطلب من القاضي استحلافه له على ذلك بعد انكار المدعى عليه عند القاضي ما ادعاه المدعي فان ابا حنيفة رح قد روى عنه في ذلك ان القاضي لا يستحلف له المدعى عليه ان ذكر المدعي ان له على دعواه بينة حاضرة ولم تجد هذه الرواية عن محمد رح وقال ابو يوسف رح يستحلف له على ذلك ولا يمنعه من استحلافه له ذكره ان له بينة حاضرة تشهد له على دعواه الى هنا لفظ الطحاوي في مختصره وقد انكر الرواية عن محمد رح اصلا كما ترى ومع هذا كيف يدعي صاحب الهداية ان محمدا رح مع ابي حنيفة رح فيما ذكر الطحاوي الا ترى ان القدوري قال في كتاب التقريب قال الطحاوي لم توجد هذه الرواية عن محمد رح انتهى كلام صاحب الغاية وقال الشارح العيني بعد ان ذكر انكار صاحب الغاية على المص رح في جعله محمدا رح مع ابي حنيفة رح فيما ذكر الطحاوي وبعد ان نقل ما قاله صاحب الغاية اجمالا قلت لا وجه لهذا الانكار لان عدم وقوف الطحاوي على ان محمدا رح مع ابي حنيفة رح لا يستلزم عدم وقوف غيره من المص رح وغيره انتهى اقول هذا الكلام منه عجيب لان الذي انكر فيه صاحب الغاية على المص رح انما هو اسناد المص رح رواية كون محمد رح مع ابي حنيفة رح الى الطحاوي بناء على ان الطحاوي قد انكر هذه الرواية عن محمد رح بالكلية في مختصره فكيف يصح ان يسند المص رح اليه وليس الذي انكر فيه صاحب الغاية على المص رح صحة هذه الرواية عن محمد رح في اصلها حتى يتمشى ما قاله العيني من ان عدم وقوف الطحاوي على هذه الرواية لا يستلزم عدم وقوف غيره عليها وكون محل انكار صاحب الغاية ما ذكرناه مما يناديه عليه الفاظ تحريره فكيف خفي على الشارح العيني قال اي القدوري في مختصره ولا يرد اليمين على المدعي لقوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر وجه الاستدلال به ما اشار اليه المص رح بقوله قسم اي قسم النبي صلى الله عليه وسلم بين الخصمين حيث جعل البينة على المدعي واليمين على من انكر والقسمة تنافي الشركة لان الشركة تقتضي عدم التمييز والقسمة تقتضي التمييز وهما متنافيان وبقوله وجعل جنس الايمان على المنكرين اذ الالف واللام لاستغراق الجنس بناء على ما تقرر في كتب الاصول ان لام التعريف يحمل على الاستغراق ويقدم على تعريف الحقيقة اذا لم يكن هناك معهود وههنا كذلك وليس وراء الجنس شيء اي شيء من افراد ذلك الجنس فيكون المعنى ان جميع الايمان على المنكرين فلو رد اليمين على المدعي لزم المخالفة لهذا النص فقد حصل من كلام المص رح الاستدلال بالحديث المزبور على المسئلة المذكورة من وجهين كما ترى وفيه خلاف الشافعي رح اي في عدم رد اليمين على المدعي خلاف الشافعي رح قال صاحب الكافي وعند الشافعي رح اذا لم يكن للمدعي بينة اصلا وحلف القاضي المدعى عليه فيكل يرد اليمين على المدعي فان حلف قضى به والا لا لان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه وكذا اذا اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن اقامة شاهد آخر فانه يرد اليمين عليه فان حلف قضى له بما ادعى وان نكل لا يقضى له لانه عليه الصلوة والسلام قضى بشاهد ويمين ثم قال وحديث الشاهد واليمين غريب وما روياه مشهور تلقته الامة بالقبول حتى صار في حيز التواتر فلا يعارضه على ان يحيى بن معين قد رده انتهى وقال الامام الزيلعي في التبيين قال الشافعي رح اذا لم يكن للمدعي بينة يحلف المدعى عليه فاذا نكل ترد اليمين على المدعي فان حلف قضى له وان نكل لا يقضى له لان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه فانه لما كان الظاهر شاهدا له اعتبر يمينه قال ايضا اذا اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن الآخر يحلف المدعي ويقضى له

قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وبينة الخارج اولى

لما روى انه عليه الصلوة والسلام قضى بشاهد ويمين ويروى انه عليه الصلوة والسلام قضى باليمين مع الشاهد ولنا ما رويناه وما رواه ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض ما رويناه ولانه يرويه ربيعة عن سهيل بن ابي صالح وانكره سهيل فلا يبقى حجة بعد ما انكره الراوي فضلا عن ان يكون معارضا للمشاهير ولانه يحتمل ان يكون معناه قضى تارة بشاهد يعني بحجة وتارة بيمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغلة والمراد على التعاقب ولئن سلم انه يقتضي الجمع فكيف فيه دلالة على ان يمين المدعى بل يجوز ان يكون المراد به يمين المدعى عليه ونحن نقول به لان الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه فيرجع الى يمين المنكر عملا بالبراءة الى هنا كلامه قال اي القدوري في مختصره ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق اراد بالملك المطلق ان يدعي الملك من غير ان يتعرض لسبب بان يقول هذا ملكي ولا يقول هذا ملكي لسبب الشراء او الارث او نحو ذلك وهذا لان المشاق انما تعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالاثبات وقيد الملك بالمطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا تلقي الملك من واحد واحد هما قابض وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وارخا وتاريخ ذي اليد اسبق فان في هذه الصورة تقبل بينة ذي اليد بالاجماع كذا في الشروح قال صاحب العناية بعد هذا فان قيل اما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه قلت نعم لان قبولها من حيث انه ادعى من الزيادة التي في القبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبينة للمدعي فان قلت فهل يجب على الخارج اليمين لكونه اذ ذاك مدعى عليه قلت لا لان اليمين انما يجب عند عجز المدعي عن البينة وههنا لم يعجز الى هنا كلامه وقد اورد بعض الفضلاء على جوابه عن السؤال الاول بانه لو كان مدعيا الصدق تعريفه عليه وليس كذلك فانه لا يجبر الخارج على الخصومة ويجبر هو عليه وعلى جوابه عن السؤال الثاني بان مراد السائل فهل يجب على الخارج اليمين عند عجز ذي اليد عن البينة والا فلا تمشية لسؤاله اصلا اقول ايراده الثاني متوجه ظاهر وقد كنت كتبته في مسودتي قبل ان ارى ما كتبه واما ايراده الاول فمندفع لان ذا اليد لا يجبر على الخصومة من حيث انه مدعى الزيادة المذكورة في الصورة المزبورة وانما يجبر عليها من حيث انه مدعى عليه باستحقاق الخارج لما في يده وهذا ظاهر وكذا الخارج انما لا يجبر على الخصومة من حيث انه مدع على ذي اليد استحقاقه لما في يده واما من حيث انه مدعى عليه بالزيادة المذكورة في الصورة المزبورة فيجبر عليها وتحقيقه ان دعوى ذي اليد في الصورة المزبورة دعوى تابعة كدعوى الخارج حيث يقصد بها ذو اليد دفع دعوى الخارج لا دعوى مبتداة مقصودة بالاصالة فمتى جرى الخارج على دعواه يدعى عليه ذو اليد الزيادة المذكورة ويجبر الخارج على الجواب عن دعوى ذي اليد والخصومة معه من حيثية كونه مدعى عليه وان ترك الخارج دعواه لا يدعى عليه ذو اليد شيئا لكون دعواه تابعة لدعوى الخارج وترك المتبوع يستلزم ترك التابع فلا يجبر الخارج على الخصومة معه اصلا ولولا هذا التحقيق لانتقض تعريف المدعي والمدعى عليه بما هو حد عام صحيح على ما نص عليه المص ره فيما قبل وتقرر عندهم وهو المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة بصور كثيرة غير الصور المزبورة كما اذا ادعى رجل على آخر دينا معينا فادعى الآخر عليه ايفاء ذلك الدين اياه او ابراءه عن ذلك الدين فان الاول لو ترك الخصومة لم يجبر عليها مع كونه مدعى عليه بالايفاء او الابراء وكذا الحال في جميع صور دعاوي الدفع فالمخلص في الكل ما بيناه وحققناه ثم اقول بقي لنا كلام في اثناء جواب صاحب العناية عن السؤال الاول وهو انه بين الزيادة التي تدعيها ذو اليد في الصور المزبورة بالنتاج والقبض وسبق التاريخ فالاول والثالث صحيحان والثاني ليس بظاهر الصحة لان معنى كون احدهما قابضا في الصورة الثانية ان يكون المدعي في يده بالفعل الا ان تثبت قبضه بالبينة على ما سيجيء تفسيره وبيانه في الكتاب وشروحه في باب ما يدعيه الرجلان ولا يخفى ان كون المدعي في يد القابض في تلك الصورة امر معاين لا يدعيه ذو اليد اصلا فضلا عن اقامة البينة عليه وقبول بينته بالاجماع فظهر ان بيان ما ادعاه ذو اليد من الزيادة في الصورة المزبورة بالقبض ليس بتام فالحق ان يقول بدل قوله والقبض وتلقي الملك من شخص مخصوص فتدبر وبينة الخارج اولى

وقال الشافعي رح يقضى ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق او الاستيلاد
او التدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا او اظهارا لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد
اذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه كذا على الاعتاق واختيه فعلى الولاء الثابت بها

يعني ان بينة الخارج وبينة ذي اليد اذا تعارضتا على الملك المطلق فبينة الخارج اولى بالقبول عندنا وفي احد قولي الشافعي رح تهاترت البينتان ويكون المدعي
لذي اليد تركا في يده هذا قضاء ترك لا قضاء ملك وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضى بها للذي اليد قضاء ملك بالبينة وهو الذي ذكره المص
بقوله وقال الشافعي رح يقضى ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد اي لتاكد البينة باليد لان اليد دليل الملك فيقوى الظهور اي فيقوى ظهور المدعى وصار
اي صار حكم هذه المسئلة كالنتاج اي كحكم مسئلة النتاج بان ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ان هذه الدابة نتجت عنده واقاما البينة على ذلك ولاحدهما
يد فانه يقضى للذي اليد والنكاح اي وكحكم مسئلة النكاح بان تنازعا في نكاح امراة واقاما البينة وهي في يد احدهما فبينة ذي اليد اولى ودعوى الملك مع
الاعتاق اي وكحكم مسئلة دعوى الملك مع الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل اقام الخارج البينة انه عبده اعتقه واقام ذو اليد البينة انه اعتقه وهو يملكه
فبينة ذي اليد اولى او الاستيلاد عطف على الاعتاق فالمعنى او دعوى الملك مع الاستيلاد بان تكون امة في يد رجل فاقام كل واحد من الخارج وذي اليد
البينة انها امته استولدها فبينة ذي اليد اولى او التدبير اي او دعوى الملك مع التدبير بان تكون عبد في يد رجل فاقام كل واحد من الخارج وذي اليد
البينة انه عبده دبره فبينة ذي اليد اولى ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا اي في القاضي او اظهارا اي في الواقع فان بينة اظهر ما كان ثابتا في الواقع
لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك الا يرى ان من راى شيئا في يد انسان جاز له ان يشهد بانه ملك له فبينة ذي اليد غير مثبتة
للملك لئلا يلزم تحصيل الحاصل انما هي موكدة للملك الثابت باليد والتاكيد اثبات وصف للموجود لا اثبات اصل الملك واما بينة الخارج فمثبتة لاصل الملك
فصح قولنا انها اكثر اثباتا وما هو اكثر اثباتا في البينة فهو اولى بالقبول لتوفر ما شرعت البينات لاجله فيه هذا زبدة ما في الشروح في حل كلام المص ههنا فان
قيل بينة الخارج تزيل ما اثبته اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل اجيب بان البينة ليست موجبة بنفسها حتى تزيل بينة الخارج
ما ثبت باليد وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا يكون
بينة ذي اليد مثبتة بل موكدة الملك ثابت والتاسيس اولى من التاكيد كذا في النهاية اقول يبقى ههنا شيء وهو ان المتبادر
من قولهم ان بينة الخارج اكثر اثباتا ومن قولهم ان بينة الخارج اولى بالقبول من بينة ذي اليد في الملك المطلق ان لذي
اليد ايضا بينة وان من حقه اقامتها على الملك المطلق ايضا الا ان بينة الخارج اولى بالقبول من بينته لكونها اكثر اثباتا لكن التحقيق يقتضي ان لا يكون لذي
اليد بينة شرعية في الملك المطلق وان لا يكون من حقه اقامتها على الملك المطلق اصلا لانه مدعى عليه محض وليس على المدعى عليه غير اليمين بالحديث المشهور
وهو قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر كما مر بيانه فالاظهر في الاستدلال من قبلنا على مسئلتنا هذه ما ذكر في بعض الشروح
من ان لنا قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر فانه عليه الصلوة والسلام جعل جميع البينة في جانب المدعي لان اللام في
البينة لاستغراق الجنس لعدم العهد فلم يبق في جانب المدعى عليه الا اليمين والمدعي اسم لمن يدعي الشيء ولا دلالة معه ولهذا يقال المسيلمة الكذاب مدعي
النبوة والخارج بهذه المثابة لانه لا دلالة معه على الملك بخلاف ذي اليد فان اليد دليل الملك انتهى بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه فكانت بينة
ذي اليد كبينة الخارج مثبتة لا موكدة فكانت كل واحدة من البينتين للاثبات فترجحت احدهما باليد وكذا الحال في النكاح الا ان المص لم يذكره من بين
اخواته اما نسيانا واما اعتمادا على معرفة حاله مما ذكره في النتاج وكذا على الاعتاق واختيه اي وكذا اليد لا تدل على الاعتاق واختيه وهما الاستيلاد
والتدبير فاستوت البينتان في الاثبات في هذه الصور ايضا فترجحت احدهما باليد وعلى الولاء الثابت بها اي بهذه الاشياء الثلاثة وهي الاعتاق والاستيلاد

قال واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول الزمه ما ادعى عليه وقال الشافعي رح لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعي فاذا حلف يقضى به لان النكول يحتمل النزوع عن يمين الكاذبة والنزوع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعي دليل ظهور صدقه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا لا مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فيترجح جانب

والتدبير يعني ان اليد لا تدل على الولاء الثابت بها ايضا فاستوت البينتان في ذلك ايضا فترجحت احداهما باليد قال اي القدوري في مختصره واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول اي قضى القاضي على المدعى عليه بالنكول والزمه ما ادعى عليه اي والزم القاضي المدعى عليه ما ادعى عليه المدعي وفي بعض نسخ مختصر القدوري ولزمه بدل والزمه اي ولزم المدعى عليه ما ادعى عليه المدعي وقال الشافعي رح لا يقضى به اي بالنكول بل يرد اليمين على المدعي فاذا حلف اي المدعي يقضى به اي يقضى له بما ادعاه وان حلف المدعي ايضا انقطعت المنازعة لان النكول تعليل لقوله لا يقضى به يحتمل النزوع عن اليمين الكاذبة والنزوع عن المصادقة اي عن اليمين الصادقة كما روي عن عثمان رضي الله تعالى عنه انه نكل عن اليمين وقال اخاف ان يوافقها قضاء فيقال ان عثمان رض حلف كاذبا كذا ذكره الامام خواهر زاده في مبسوطه واشتباه الحال اي ويحتمل اشتباه الحال عليه بان لا يدري انه صادق في انكاره فيحلف او كاذب فيمتنع فلا ينتصب اي لا ينتصب نكول المدعى عليه حجة مع الاحتمال المذكور ويمين المدعي دليل الظهور اي دليل ظهور كون المدعي محقا فيصار اليه اي فيرجع الى يمين المدعي ولنا ان النكول اي نكول المدعى عليه دل على كونه باذلا اي دل على كون المدعى عليه باذلا ان كان النكول بدلا كما هو مذهب ابي حنيفة رح او مقرا اي على كونه مقرا ان كان النكول اقرارا كما هو مذهبهما اذ لولا ذلك اي ولولا كونه باذلا او مقرا لاقدم على اليمين اقامة للواجب وهو اليمين لانها واجبة عليه لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر وكلمة على للوجوب ودفعا للضرر عن نفسه اي دفعا للضرر الدعوى عن نفسه فيترجح هذا الجانب واعلم ان حل المراد بهذه المقدمة من دليلنا وربطه بما قبلها من يد اخص هذا الكتاب ولهذا لم يخل كلام كل واحد من الشراح هنا عن اختلال واضطراب فقال صاحب العناية فترجح هذا الجانب اي جانب كونه باذلا ان ترفع او مقرا ان تورع لان الترفع والتورع انما يحل اذا لم يفض الى الضرر بالغير انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان توريع كونه باذلا او مقرا الى التورع والترفع مما لا يكاد يصح ههنا لان النكول عند ابي حنيفة رح بدل لا غير وعندهما اقرار لا غير فعلى التوزيع المزبور لا يثبت الرجحان في هذا الجانب على الترفع والتورع معا في واحد من المذهبين بل انما يثبت رجحان كونه باذلا في مذهب ابي حنيفة رح على الترفع فقط ورجحان كونه مقرا في مذهبهما على التورع فقط وبه لا يتم المطلوب على شيء من المذهبين لان الترفع وحده او التورع وحده يحتمل واحدا من المحتملات المذكورة في دليل الشافعي رح وبمجرد رجحان هذا الجانب على واحد من تلك المحتملات لا يتعين كونه مرادا للتاكل حتى يتم المطلوب والحاصل ان في تقرير صاحب العناية خلط المذهبين كما ترى واما ثانيا فلانا لا نسلم ان التورع عن اليمين الكاذبة سيما عن اليمين الغموس كما نحن فيه انما يحل اذا لم يفض الى الضرر بالغير بل الظاهر ان التورع عنها واجب في كل حال واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث فان ما ذكره من الافضاء الى الضرر بالغير غير ظاهر انتهى اقول هذا غير وارد فان الافضاء اليه في صورة التورع عن اليمين الكاذبة ظاهر جدا لان كون المنكر كاذبا في يمينه انما يتصور فيما اذا كان للمدعي حق عليه في الواقع فح لو تورع عن اليمين الكاذبة بدون البدل او الاقرار افضى الى الضرر بالمدعي قطعا لتضييع حقه وهو ما ادعاه وكذا الافضاء اليه في صورة الترفع عن اليمين الصادقة يظهر بادنى تامل لان يمين المنكر حق المدعي لقوله عليه الصلوة والسلام لك يمينه كما مر فلو ترفع عن اليمين ولو عن الصادقة بدون ارضاء المدعي بالبدل ونحوه افضى الى الضرر بالمدعي بمنع حقه وهو يمين خصمه وقال صاحب النهاية وصاحب الكفاية فترجح هذا الجانب اي جانب كونه باذلا او مقرا على جانب التورع لان الشرع الزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة فلذلك ترجح هذا الجانب في نكوله انتهى اقول وفيه ايضا بحث اما اولا فلان ما ذكره من الدليل انما افاد رجحان هذا الجانب اي جانب كونه باذلا او مقرا على الترفع عن اليمين الصادقة حيث لم يكن الترفع عنها مما الزمه الشرع فلا ينبغي ان يلتزمه الناكل ولم يفد رجحانه على التورع عن اليمين الكاذبة فلا معنى لقولهما على جانب التورع وان اريد بجانب التورع الجانب المقابل لجانب البدل او الاقرار لا التورع نفسه فيكون الفرع

ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما قدمنا **قال** وينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا لاعلامه بالحكم لانه موضع الخفاء **قال** فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضى عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر فاما المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه

ايضا داخلا في ذلك الجانب يبقى ان يقال ما ذكره من الدليل انما افاد رجحان جانب كونه باذلا او مقرا على الترفع عن اليمين الصادقة فقط وهو محتمل واحد من الاحتمالات المذكورة في دليل الخصم وبمجرد الرجحان عليه لا يتم مطلوبنا كما مر آنفا واما ثانيا فلان ما ذكره من الدليل غير مذكور في كلام المص وغير منفهم منه فكيف يتم بناء شرح قول المص فترجح هذا الجانب عليه والثاني فترجح تقتضي التفرع على ما سبق من كلامه كما لا يخفى وقال صاحب غاية البيان فترجح هذا الجانب اي ترجح جانب كون الناكل باذلا او مقرا على الوجه المحتمل وهو كونه متورعا او نحو ذلك لان النكول امتناع عن اليمين التي وجبت عليه فلولا ان النكول بذل او اقرار لكان النكول امتناعا عن الواجب وظلما على المدعي والعاقل لدائن لا يترك الواجب ولا يقدم على الظلم والحاصل ان النكول ان كان امتناعا عن اليمين الكاذبة يكون اقرارا وان كان امتناعا عن اليمين الصادقة يكون بذلا انتهى اقول وفيه ايضا بحث اما اولا فلان قوله وظلما على المدعي ليس بتام اذ لا نسلم ان النكول لو لم يكن بذلا او اقرارا لكان ظلما على المدعي لجواز ان يكون للترفع عن اليمين الصادقة فح لا يتحقق الظلم على المدعي لان صدق المدعي عليه في انكاره يستلزم كذب المدعي في دعواه والكاذب ليس بمظلوم بل هو ظالم اللهم الا ان يقال يجوز ان يعد النكول ظلما على المدعي في صورة صدق المدعي عليه ايضا من جهة ان يمين المدعي عليه حق المدعي بموجب الحديث على ما مر وان في النكول عنها منع هذا الحق فصار الناكل ظالما على المدعي في الجملة واما ثانيا فلان في التوزيع الحاصل من قوله والحاصل ان النكول ان كان امتناعا عن اليمين الكاذبة يكون اقرارا وان كان امتناعا عن اليمين الصادقة يكون بذلا خلاف حيث لا يكون المطلوب حينئذ على واحد من المذهبين بل يحتاج الى خلطهما على ما بيناه في بحثنا الاول في كلام صاحب العناية فالصواب عندي في حل مراد المص ههنا ان يقال فترجح هذا الجانب اي جانب كون الناكل باذلا او مقرا على جميع الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي رح بناء على مقتضى ما سبق من قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه وبيان ذلك ان العاقل لدين لا يترك الواجب عليه ولا يترك دفع الضرر عن نفسه بشيء من تلك الوجوه المحتملة اما بالترفع عن اليمين الصادقة فظاهر اذ هو ليس بامر ضروري اصلا حتى يترك به الواجب ودفع الضرر عن النفس واما بالتورع عن اليمين الكاذبة فلان المتورع لا يترك الواجب عليه بل يعطي حق خصمه فيسقط الواجب عن العهدة فان لم يكن الناكل باذلا او مقرا ولم يقدم على اليمين انتفى احتمال كونه متورعا واما باشتباه الحال فلان من يشتبه عليه الحال لا يترك الواجب عليه ايضا بل يتحرى فيقدم على اقامة الواجب او يعطي حق خصمه فيسقط عن عهدة الواجب فان لم يكن الناكل باذلا او مقرا ولم يقدم على اليمين انتفى هذا الاحتمال ايضا وبالجملة ان قول المص اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه كلمة جامعة يندفع بها الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي رح باسرها فيترجح كون الناكل باذلا او مقرا بالضرورة ولا وجه لرد اليمين لما قدمناه اشار به الى قوله ولا يرد اليمين على المدعي لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على ما انكر الخ ونحن ايضا قدمنا واستوفينا هناك دليل الشافعي رح في رد اليمين على المدعي واجبنا عنه نقلا عن الكافي والتبيين بما لا مزيد عليه فتذكر قال اي القدوري في مختصره وينبغي للقاضي ان يقول له اي للمدعي عليه اني اعرض عليك اليمين ثلثا اي ثلث مرات فان حلفت اي ان حلفت خلصت او تركتك والا قضيت عليك بما ادعاه اي بما ادعاه المدعي قال المص وهذا لاعلامه اي قول القاضي والا قضيت عليك بما ادعاه لاعلامه بالحكم اي الحكم بالنكول اذ هو موضع الخفاء لكونه مجتهدا فيه فان للشافعي رح خلافا فيه فيجوز ان يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول فوجب ان يعرفه حتى يحلف او ينكل كذا في الشروح قال اي القدوري في مختصره فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضى عليه بالنكول قال المصنف وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر اي في اظهاره يعني ان هذا التكرار الذي ذكره الخصاف للاستحباب لا لازم شرط لجواز القضاء بالنكول ونظيره امهال المرتد ثلثة ايام فانه مستحب لا واجب ومنع هذا القول فاما المذهب فانه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه من ان النكول بذل او اقرار ويعتبر التكرار

[illegible] الحلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم انه لا آفة به من طرش او خرس
او التعتعة قال [illegible] نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة رح ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء والايلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء

بشرط في شيء منهما هو الصحيح احترازا عن قول البعض انه لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ كذا في اكثر الشروح وهذا معنى قول صاحب الكافي والتقدير بالثلث في عرض اليمين
لازم في المروي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله والجمهور على انه للاحتياط حتى لو قضى بالنكول مرة بعد قضائه في الصحيح انتهى وقال صاحب غاية البيان احترز
عن قول الخصاف فانه يشترط التكرار انتهى اقول هذا ليس بشرح صحيح فان المص بعد ما صرح بان الخصاف ذكر التكرار لزيادة الاحتياط في المبالغة في ابلاء الاعذار
كيف يزعم انه اشترط التكرار فيحترز عن قوله والاول اولى اي العرض ثلث مرات اولى يعني ان القضاء بالنكول بعد العرض مرة جائز ولكن الاولى هو القضاء
بالنكول بعد العرض ثلث مرات وفي النهاية وذكر في فتاوى قاضيخان صورة المسئلة قال رجل قدم رجلا الى القاضي فادعى عليه مالا او ضيعة في يده او حقا
من الحقوق فانكر واستحلفه القاضي فابى ان يحلف فانه ينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلث مرات فان حلفت والا الزمتك المدعى ثم يقول له
القاضي احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال الذي يدعي وهو كذا وكذا ولا شيء منه فان ابى ان يحلف بالله في المرة الاولى يقول له في المرة الثانية كذلك
فان ابى ان يحلف في المرة الثانية يقول له بقيت الثالثة ثم اقضي عليك ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال ولا شيء منه فان ابى
ان يحلف يقضي عليه بدعوى المدعي وان قضى القاضي بالنكول في المرة الاولى نفذ قضاؤه انتهى قال صاحب الكافي ولا بد ان يكون النكول في مجلس القضاء
وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف انتهى وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز ولا بد من ان يكون النكول في مجلس القاضي لان المعتبر عين قاطع للخصومة
ولا معتبر باليمين عند غيره في حق الخصومة فلا يعتبر وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم اذا حلف المدعى عليه فالمدعي على دعواه ولا يبطل حقه
بيمينه الا انه ليس له ان يخاصمه ما لم يقم البينة على وفق دعواه فان وجد بينة اقامها عليه وقضى له بها وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف
ويقولون ترجح جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعي بعد ذلك كما ترجح جانب صدق المدعي بالبينة حتى لا يعتبر يمين المنكر معها وهذا القول مهجور
غير ماخوذ به وليس بشيء اصلا لان عمر رضي الله عنه قبل البينة من المدعي بعد يمين المنكر وكان شريح رحمه الله يقول اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة
وهل يظهر كذب المنكر باقامة البينة والصواب انه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث في يمينه ان كان قال لفلان علي الف درهم فادعى عليه فانكر
فحلف ثم اقام المدعي البينة ان له عليه الفا وقيل عند ابي يوسف رح يظهر كذبه وعند محمد رح لا يظهر الى هنا كلامه ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون
حكميا بان يسكت وحكمه اي حكم الثاني وهو الحكمي حكم الاول وهو الحقيقي اذا علم انه لا آفة به اي بالمدعى عليه من طرش الطرش بفتحتين ابهون الصمم يقال هو مولد
او الخرس بفتحتين ايضا آفة باللسان يمنع الكلام اصلا هو الصحيح اختلفت الروايات فيما اذا سكت المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه ولم يقل لا احلف فقال بعض اصحابنا
اذا سكت سال القاضي عنه هل به خرس او طرش فان قالوا لا جعله ناكلا وقضى عليه ومنهم من قال يحبس حتى يجيب والاول هو الصحيح كذا في غاية البيان نقلا عن شرح
الاقطع قال اي القدوري في مختصره وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة رح ولا يستحلف عنده يريد به التعميم بعد تخصيص النكاح بالذكر في
النكاح اي لا يستحلف عنده في دعوى النكاح بان ادعى رجل على امراة انه تزوجها او بالعكس والرجعة اي لا يستحلف عنده في دعوى الرجعة ايضا
بان ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة انه كان راجعها في العدة وانكرت او بالعكس والفيء في الايلاء اي وفي دعوى الفيء في الايلاء ايضا بان ادعى بعد انقضاء مدة الايلاء
انه كان فاء اليها في المدة وانكرت او بالعكس والرق وفي دعوى الرق ايضا بان ادعى على مجهول النسب انه عبده وانكر المجهول او بالعكس والاستيلاد اي
وفي دعوى الاستيلاد ايضا بان ادعت امة على مولاها انها ولدت منه ولدا وانكر المولى ولا يجري فيه العكس كما سيذكره المص والنسب اي وفي دعوى النسب
ايضا بان ادعى على مجهول انه ولده او والده وانكر المجهول او بالعكس والولاء اي وفي دعوى الولاء ايضا بان ادعى على مجهول النسب انه معتقه ومولاه وانكر المجهول

والحدود واللعان وقال ابو يوسف ومحمد يستحلفت في ذلك كله الا في الحدود واللعان وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد مولاي وهذا ابني منه وانكر المولى كذلك وثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكاره هاهنا ان القول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار اي في انكاره السابق على ما قدمناه يعني قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين فانه لو لا جب دفعا للضرر عن نفسه وفيها تحصيل الثواب باجر لسبب ذكر هم الله تعالى على لسانه تعظيما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابقاء ماله على ملكه فلو لا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلث كذا في العناية وغيرها فكان اي النكول اقرارا او بدلا عنه بفتح الدال اي خلفا عن الاقرار يعني انه قائم مقام الاقرار اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة وركانة محررة ليس هاهنا حيث عين ولا كون النكول اقرارا ثم فرع على دليله كون اقرار او بدلا عنه بالترديد ولا يد فيها ما ذكر في النهاية والكفاية من انه جاز ان يكون هذا الترديد لدفع بعض الشبهات التي ترد عليهما في القول بالاقرار انتهى اذ كان يمكن دفع ذلك بذكر الترديد ولا ايضا او بالاكتفاء بذكر كونه بدلا منه في الموضعين معا بل كان هذا اي الاكتفاء به هو الذي ينبغي كما استقف عليه والاقرار يجري في هذه الاشياء هذا كبرى دليلها على جواز الاستحلاف في الاشياء المذكورة تقريره ان النكول اقرار والاقرار يجري في هذه الاشياء ينتج ان النكول يجري في هذه الاشياء فاذا جرى النكول فيها جرى الاستحلاف فيها ايضا لحصول فائدة الاستحلاف وهي القضاء بالنكول كما في سائر مواضع الاستحلاف

او بالعكس ان كان ذلك في ولاء الولاء اذ الولاء يشمل ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحدود اي في دعوى الحدود ايضا بان ادعى على آخر ما يوجب حدا من الحدود وانكره الآخر واللعان اي في دعوى اللعان ايضا بان دعت على زوجها انه قذفها بما يوجب اللعان وانكر الزوج واعلم ان هذه الاشياء كلها مذكورة في مختصر القدوري هاهنا الا اللعان فانه غير مذكور فيه ولكنه مذكور في الجامع الصغير في كتاب القضاء وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان فتقرر انه لا يستحلف في الحدود واللعان على قولهم جميعا واما اختلافهم في الاشياء السبعة الباقية ففي الكافي قال القاضي فخر الدين في الجامع الصغير عن الفقيه على قولهما وقيل ينبغي للقاضي ان ينظر في حال المدعى عليه فان رآه متنفسا يحلفه وان كان مظلوما لا يحلفه اخذا بقولهما وان كان مظلوما لا يحلفه اخذا بقوله انتهى وفي النهاية هذا كله اذا لم يكن المقصود مالا وان كان المقصود دعوى مال بان ادعت المرأة على رجل انه تزوجها وطلقها قبل الدخول ولها عليه نصف المهر وانكر يستحلف في قولهم فان نكل يقضى عليه بنصف المهر على ما يجيء بعد هذا في الكتاب وسئل الشيخ الامام عبد الواحد الشيباني عن المرأة اذا كانت تعلم بالنكاح ولا تجد بينة تقيمها لاثبات النكاح والزوج ينكر ما ذا يصنع القاضي حتى لا تبقى هذه المرأة معلقة ابد الدهر قال يستحلفه القاضي ان كانت هذه امرأة لك فهي طالق حتى يقع الطلاق ان كانت امرأته فيتخلص منه ويحل للازواج وذكر الصدر الشهيد في آدب القاضي في باب اليمين ان الفقيه ابا الليث رحمه الله اخذ بقولهما في هذه المسألة وهكذا في الواقعات ايضا وكيفية الاستحلاف عندهما ان يحلف على الحاصل ان كانت المرأة هي المدعية باسدا هذه المرأة امرأتك بهذا النكاح الذي ادعته وان كان الزوج هو المدعي يحلف باسدا هذا زوجك على ما ادعى والشافعيون من مشايخنا على انه ينبغي للقاضي ان ينظر في حال المدعى عليه فان رآه متنفسا يحلفه وبها اخذ بقولهما وان رآه مظلوما لا يحلفه اخذا بقول ابي حنيفة رح وهو كما اختاره شمس الائمة رحمه الله في التوكيل بالخصومة بغير محضر من الخصم وبغير رضاه ان القاضي ان علم بالمدعي التعنت في ابا التوكيل لا يمكنه من ذلك وتقبل التوكيل بغير محضر من الخصم وان علم بالموكل القصد الى الاضرار بالمدعي في التوكيل لا يقبل ذلك الا برضى الخصم حتى يكون دافعا للضرر عن الجانبين كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والحبوبي وفي الحدود لا يستحلف بالاجماع الا اذا تضمن خطابا في علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فانت حر فادعى العبد انه قد زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق دون الزنا كذا ذكره الصدر الشهيد في ادب القاضي الى هنا لفظ النهاية وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه وانكر المولى الثابت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكاره وانما خص صورة الاستيلاد بالذكر من بين اخواته تنبيها على انه لا مساغ للدعوى في هذه الصورة الا من جانب واحد بخلاف اخواتها فانه يكون للدعوى فيها مساغا من الجانبين كما صورناه فيما مر لها اي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا

لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد

لكنه اي لكن النكول اقرار فيه شبهة لانه في نفسه سكوت والحدود تندرئ بالشبهات فلا يجري النكول فيها واللعان في معنى الحد لانه قائم مقام حد القذف في حق الزوج يعني ان كل قذف يوجب حد القذف على الاجنبي اذا قذف الاجنبيات فذلك يوجب اللعان على الزوج وقائم مقام حد الزنا في حق المرأة كما تقرر في باب اللعان فلا يجري النكول فيه ايضا قال صاحب العناية وعليه نقوض اجمالية الاول ما ذكره في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البائع ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه في النصف الثاني فانكر لم يلزمه واستحلف ولو كان النكول اقرارا لزمه النصف الآخر بنكوله في المرة الاولى كما لو اقر في تلك المرة الثاني الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيبا في المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل ولو كان اقرارا لزم الوكيل الثالث ما ذكره في المبسوط ان الرجل اذا قال تكلفت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر ونكل عن اليمين فتقضى عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل ولو كان النكول اقرارا لقضي والجواب ان النكول اما اقرار او بدل منه فوجه الاقرار ما يقدم ووجه كونه بدلا ان المدعي يستحق بدعواه جوابا بالفصل الخصومة وذلك بالاقرار والانكار فان اقر فقد انقطعت وان انكر لم تنقطع الا بيمين فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار بقطع الخصومة فالنقوض المذكورة ان وردت على اعتبار كونه اقرارا لا ترد على تقدير كونه بدلا منه ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى الى هنا كلامه اقول ما ذكره في الجواب منظور فيه من وجوه الاول ان الظاهر من قوله فوجه الاقرار ما يقدم ووجه كونه بدلا كيت وكيت ان ما يقدم انما يصلح لان يكون وجه الاقرار لا لان يكون وجه كونه بدلا منه مع انه صالح لهما ولهذا فرعهما المص عليه حيث قال فكان اقرارا او بدلا عنه الثاني ان الوجه الذي ذكره لكونه بدلا منه غير تام اذ يرد عليه منع قوله فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار بقطع الخصومة بجواز ان يكون بدلا كما ذهب اليه ابو حنيفة رحمه الله لا بدلا عن الاقرار وقطعه الخصومة لا يدل على كونه بدلا عنه لتحقق القطع المزبور بكونه بدلا ايضا وبجواز يكون نفس الاقرار لا بدلا عنه فح ايضا لا يتم التقريب الثالث ان الاقرار اذا كان مخالفا في الاحكام لما هو بدل عنه كما في صور النقوض المذكورة فمن اين يعرف جريان بدل الاقرار ايضا في الاشياء المذكورة حتى يتم دليلهما المذكور في الكتاب الرابع ان قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى انما يتم لو كان المذكور في دليلهما المسفور كون النكول اقرارا فقط ولما كان المذكور فيه كونه اقرارا او بدلا عنه بالترديد كما ترى لم يحتج في دفع النقوض المزبورة بما ذكر الى تغيير شيء اصلا فلم يتم قوله المذكور ثم ان لبعض الفضلاء كلاما في تحرير صاحب العناية هنا احدهما في جانب السؤال والآخر في جانب الجواب اما الاول ففي قوله وعليه نقوض اجمالية حيث قال بل الظاهر ان تلك الاسولة الثلاثة معارضات كما لا يخفى على من له ادنى تأمل ودربة انتهى واما الثاني ففي قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى حيث قال بل هو تغيير الدليل والمدعى جواز الاستحلاف انتهى اقول كل واحد منهما ساقط اما الاول فلان كون تلك الاسولة معارضات مما لا يكاد يحسن لان حاصل كل واحد منها بيان تخلف الحكم وهو كون النكول اقرارا في صورة جزئية عن الدليل المذكور من قبل الامامين وهو صريح نقض اجمالي ولا لطف للحمل على المعارضة في شيء منها لان المدعى هنا وهو كون النكول اقرارا كليا وما ذكر في كل واحد منها صورة جزئية لا تدل على خلاف المدعى بالكلية وانما غر ذلك البعض قول السائل في ذيل كل واحد من تلك الاسولة ولو كان النكول اقرارا لكان جواب المسئلة خلاف ما ذكر والحال ان المراد به مجرد بيان تخلف الحكم عن الدليل لا اقامة الدليل على خلاف المدعى كما لا يخفى واما الثاني فلان مراد صاحب العناية بالمدعى هنا قولهما ان النكول اقرار المستدل عليه في كلام المص بقوله لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فاذا صير في الجواب عن النقوض المذكورة الى كون النكول بدلا عن الاقرار لا نفس الاقرار فقد غير ذلك المدعى قطعا وكون قولهما ان النكول اقرار مقدمة الدليل بالنظر الى اصل المسئلة وهو جواز الاستحلاف عندهما لا ينافي كونه مدعى بالنظر الى كونه مستدلا عليه بالدليل المستقل والعجب من ذلك القائل انه جعل الاسولة المذكورة معارضات والمعارضة اقامة الدليل

ولابي حنيفة رح انه بذل لان معناه يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله باذلا اي كيلا يصير كاذبا في الانكار والبذل لا يجري في هذه الاشياء
وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف لان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد الماذون بمنزلة الضيافة اليسيرة

ع

على خلاف مدعي الخصم وهذا لا يتصور الا بان يكون المدعى هنا قولهما ان النكول اقرار اذ لا مساس لتلك الاسولة باصل المسئلة كما لا يخفى ولابي حنيفة رح انه
اي النكول بذل وتفسير البذل عنده ترك المنازعة والاعراض عنها لا الهبة والتمليك ولهذا قلنا ان الرجل اذا ادعى نصف الدار شائعا فانكر المدعى عليه يقضى فيه
بالنكول وهبة نصف الدار شائعا لا تصح كذا في النهاية وسراج الدراية نقلا عن الفوائد الظهيرية لان معناه اي مع البذل لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود به
اي لحصول المقصود من اليمين وهو قطع الخصومة بالبذل فيكون ذلك باعثا على ترك الاقدام على اليمين هذا هو العلة المجوزة لكون النكول بذلا واما العلة المرجحة
لكونه بذلا على كونه اقرارا فهي اشار اليه بقوله وانزاله باذلا اولى اي من انزاله مقرا كيلا يصير كاذبا في الانكار اي في انكاره السابق يعني لو حملناه على الاقرار لكذبناه في انكاره السابق
ولو جعلناه بذلا لقطعنا الخصومة بلا تكذيب فكان اولى صيانة للمسلم عن ان يظهر الكذب قيل عليه لو كان النكول بذلا لما ضمن شيئا آخر اذا استحق ما ادى بقضاء كما لو صالح عن انكار
واستحق بدل الصلح فانه لا يضمن شيئا ولكن المدعي يرجع الى الدعوى واجيب عنه بان بدل الصلح وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فعاد الحكم الى الاصل وهو الدعوى
واما ههنا فالمستحق يقول انا اخذت هذا بازاء ما وجب لي في ذمته بالقضاء فاذا استحق رجعت بما في الذمة وقيل عليه ان الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب
به الحكم عليه فلم يكن النكول بذلا واجيب عنه بان الحكم لا يجب بالبذل الصريح واما ما كان بذلا بحكم الشرع كالنكول فلا نم انه لا يجب به بل هو موجب لقطع الخصومة
وقيل عليه يقضى بالقصاص في الاطراف بالنكول ولو كان بذلا لما قضى به لان البذل لا يعمل فيها واجيب عنه بانا لا نم ان البذل فيها غير عامل اذا كان مفيدا
نحو ان يقول اقطع يدي وبها اكله حيث لم يأثم بقطعها وفيما نحن فيه النكول مفيد لانه يحترز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين هذه خلاصة ما في الشروح
ههنا من الاسولة والاجوبة والبذل لا يجري في هذه الاشياء فانه لو قالت مثلا لا نكاح بيني وبينك ولكني بذلت لك نفسي لم يصح بذلها وكذا لو قال لآخر لا اصل
ولكني هذا يوذيني بالدعوى فبذلت له نفسي ليسترقني او قال انا ابن فلان ولكن هذا يوذيني بالدعوى فاصحت له ان يدعي نسبي لم يصح بذله لمخالفة الاموال
فانه لو قال هذا المال ليس له ولكني اهبه وبذلته له لا يخلص من خصومته صح قوله وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول ولما لم يجر البذل في هذه الاشياء لم يتصور فيها
القضاء بالنكول الذي هو البذل فلا يستحلف فيها لعدم الفائدة قال صاحب الكافي فان قيل هذا التعليل مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه الصلوة
والسلام واليمين على من انكر قلنا خص منه الحدود واللعان فجاز تخصيص هذه الصورة بالقياس انتهى وقال صاحب العناية لا يقال ابو حنيفة رح ترك الحديث
المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر بالرأي وهو لا يجوز لان ابا حنيفة رحمه الله لم ينف وجوب اليمين فيها لكنه يقول لما لم يفد اليمين
فائدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلا لا يجري فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه اداء الصلوة لفوات المقصود انتهى وقال بعض الفضلاء
واجاب عنه العلامة الكاكي بانه خص من الحديث الحدود بالاجماع فجاز تخصيص هذه الصورة بالقياس ولم يذكره الشارح يعني العناية لان المخصص يجب ان
يكون متقارنا والاجماع ليس كذلك انتهى اقول مدار كلامه على ما فهمه من ان يكون مراد العلامة الكاكي ان مخصص الحدود من الحديث هو اجماع الامة
فالظاهر ان مراده بالاجماع اتفاق الائمة فالمعنى كون الحديث مما خص منه البعض وهو الحدود متفق عليه ولا ينافي هذا كون المخصص نصا ومتقارنا على ان
قاعدة الاصول هي انه اذا لم يعلم التقارن وعدمه يحمل على المقارنة فيتم المطلوب ويؤيد كون مراده بالاجماع اتفاق الائمة في كون الحديث مخصوصا ان
الجواب الذي ذكره وقع في الكافي والكفاية من غير ذكر قيد الاجماع فتامل الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد الماذون بمنزلة الضيافة
اليسيرة هذا جواب سؤال مقدر وهو ان النكول لو كان بذلا لما ملكه المكاتب والعبد الماذون لما ان في البذل معنى التبرع وهما لا يملكان التبرع فاجاب بانهما
يملكان ما لا بد له من التجارة كما في الضيافة اليسيرة وبذلهما بالنكول من جملة ذلك كذا في عامة الشروح اقول لمانع ان يمنع كون بذلهما من جملة ذلك

صحة البدل في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه والبدل معناه هنا ترك المنع وأمر المال بين هذين قال ويستحلف السارق فإن نكل ضمن ولم يقطع لأن المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار كما إذا استحق عليه بينة أو

وقال

إذا الخصومة تندفع بدون ذلك من غير ضرورة بأن أقدما على اليمين فكانا صادقين في إنكارهما وبأن أقرا أن كان المدعي هو الصادق فليتأمل وصحة أي صحة البدل في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه والبدل معناه هنا ترك المنع وأمر المال بين هذين أيضا جواب سؤال مقدر وهو أن النكول لو كان بدلا لما جرى في الدين لأن محله الأعيان لا الديون أداء الدين وصف في الذمة والبدل والإعطاء لا يجريان في الأوصاف فأجاب بأن معنى البدل هنا ترك المنع فكأن المدعي يأخذه منه بناء على زعمه أنه يأخذ حق نفسه ولا مانع له وأمر المنع جائز في الأموال لأن أمر المال بين حيث تجري فيها الإباحة بخلاف تلك الأشياء فإنه لا يجري فيها الإباحة كذا في الشروح وسائر المعتبرات حتى أن صاحب الكافي أتى بتصريح السؤال والجواب حيث قال فإن قيل لو كان بدلا لما جرى في الدين لأن محله الأعيان لا الديون إذ البدل والإعطاء لا يجريان في الأوصاف والدين وصف في الذمة قلنا البدل هنا ترك المنع كأن المدعي يأخذه منه بناء على زعمه أنه يأخذ حق نفسه ولا مانع له وأمر المال بين بخلاف النكاح ونحوه انتهى أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة بعد التأمل الصادق أن الجواب المذكور لا يدفع السؤال المزبور وأن تلك الإثبات بالقبول لأن الدين لما كان وصفا ثابتا في الذمة غير منتقل عنها لم يكن قابلا للأخذ كما لم يكن قابلا للبدل والإعطاء وأن ترك المنع إنما يتصور في الأموال المتحققة في الأعيان لا في الأوصاف الثابتة في الذمم لأن ترك المنع فرع جواز الأخذ فما لم يكن قابلا للأخذ لم يتصور فيه ترك المنع فلم يكن الذي يأخذه المدعي من المدعى عليه بناء على زعمه أنه حق نفسه الدين بل كان العين وكذا لم يكن الذي ترك المدعى عليه منعه أخذ الدين بل كان أخذ العين والسؤال بالدين لا بالعين فالجواب المذكور لا يدفعه والحق عندي في الجواب أن يقال معنى البدل في الدين إحداث مثله في ذمة المدعي بإعطاء عين مماثل معياره معيار الدين المدعى وحصول المقاصة به من الطرفين كما أن معنى قضاء الدين هذا ولهذا قالوا الديون تقضى بأمثالها على ما حقق في موضعه فإذا قال المدعي مثلا لي عليك عشرة دراهم كان معناه حصل لي في ذمته وصف معياره عشرة دراهم فالذي يلزم المدعى عليه عند نكوله عن اليمين إعطاء عين مماثل معياره معيار ما ادعاه المدعي من الدين هو عشرة دراهم فالمبدل حقيقة هو العين الذي يعطي لا الدين نفسه وإن كان المدعي دينا قال أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير ويستحلف السارق يريد به أنه إذا أراد المسروق منه أخذ المال دون القطع يستحلف السارق بالله ما له عليك هذا المال لأن يثبت بالشبهات الا ترى أنه يثبت بكتاب القاضي إلى القاضي والشهادة على الشهادة فجاز أن يثبت بالنكول الذي هو بدل أو إقرار فيه شبهة والحدود لا تقام بحجة فيها شبهة فكذلك لا تقام بالنكول فلهذا لا يجري اليمين في الحدود وروي عن محمد رح أنه قال القاضي يقول للمدعي إن أردت فإن قال أريد القطع فالقاضي يقول إن الحدود لا يستحلف فيها فليست لك يمين وإن قال أريد المال فالقاضي يقول لا دعوى السرقة وانبعث على دعوى المال كذا في النهاية نقلا عن الإمام المرغيناني والمحبوبي قال المص فإن نكل ضمن ولم يقطع لأن المنوط بفعله أي بفعل السارق وهو السرقة شيئان الضمان أي أحدهما ضمان المال ويعمل فيه النكول والقطع أي ثانيهما قطع اليد ولا يثبت به أي لا يثبت القطع بالنكول قال صاحب العناية يريد المص بفعله في قوله لأن المنوط بفعله شيئان النكول ثم قال ويجوز أن يراد بفعل السرقة أقول الثاني هو الصحيح والأول فاسد لأن المص صرح بأن القطع لا يثبت بالنكول فحمله لا يناط القطع بالنكول قطعا فكيف يصح أن يحمل الفعل في قوله لأن المنوط بفعله شيئان على النكول وأحد الشيئين هو القطع ثم أقول بقي في كلام المص شيء وهو أن التعليل الذي ذكره بقوله لأن المنوط بفعله شيئان إلى آخره لا يفيد شيئا يعتد به إذ ليس فيه بيان لمية المدعى هنا بل هو مجرد تفصيل لما قبله فإن قوله الضمان ويعمل فيه النكول تفصيل لقوله فإن نكل ضمن من غير إشارة إلى علة كون النكول موجبا وقوله والقطع ولا يثبت به تفصيل لقوله ولم يقطع من غير إشارة إلى علة عدم ثبوت القطع به فيبقى المدعى غير معلوم للمنية والأوجه في التعليل ما ذكره الإمام الزيلعي في شرح الكنز حيث قال لأن موجب فعله شيئان الضمان وهو يجب مع الشبهة فيجب بالنكول والقطع وهو لا يجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول انتهى كذا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لأنه في السرقة يدعي المال والحد وإيجاب الحد لا يجامعه الشبهة وإيجاب المال يجامعه الشبهة فيثبت به انتهى تفريع فصار أي صار حكم هذه المسئلة كما إذا شهد عليها أي على السرقة رجل وامرأتان فإنه يثبت هناك المال دون القطع فكذا ههنا وصار كما إذا أقر بالسرقة ثم رجع فإنه يسقط بالرجوع الحد وهو القطع ويثبت المال بالإقرار ولا يسقط بالرجوع قال أي محمد رضي الله عنه

واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلفت الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان لا استحلاف يجري في دعوى الطلاق عندهم لاسيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق وكان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه الحقوق

واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلفت الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان لا استحلاف يجري في دعوى الطلاق عندهم لاسيما اذا كان المقصود هو المال و

فائدة تعيين صورة المسئلة في الطلاق قبل الدخول هي تعليم ان دعوى المهر لا يتفاوت بين ان يكون الدعوى في كل المهر ونصفه كذا في النهاية ومعراج الدراية قال صاحب العناية وفيه نظر لان الاطلاق يغني عن ذلك وليس فيه توهم التقييد بذلك انتهى واجاب عنه بعضهم بانه لو اطلق لربما ذهب الوهم الى الطلاق بعد الدخول لغلبته فقيد ليعلم حكمه بطريق الاولوية فانه اذا استحلف قبل تاكد المهر فبعده اولى كما لا يخفى قال المص وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق اي وكذا يستحلف الزوج بالاجماع فيما اذا ادعت المرأة مع النكاح الصداق لان ذلك دعوى المال اي المقصود من ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح يعني يثبت المال بنكوله في قولهم جميعا لان المال يجري فيه الاقرار والبذل ولا يثبت النكاح في قول ابي حنيفة رحمه الله لان النكاح لا يجري فيه البذل قال البعض الفضلاء فان قيل يلزم على هذا ان تحقيق الملزوم بدون اللازم قلنا يجوز ان يحكم بثبوت النكاح في حق المهر لا مطلقا على ان المهر ليس يستلزم النكاح القائم لبقائه حال الفرقة والطلاق انتهى اقول كل واحد من صحة جوابه وعلاته محتمل اما الاول فلانه لو جاز ان يحكم بثبوت النكاح في حق المهر بالنكول لجاز البذل في النكاح في الجملة اي في بعض الحالات ولم يقل به صاحب مذهب قط واما الثاني فلان المهر وان لم يستلزم قيام النكاح في البقاء ولكن يستلزم تحقق النكاح في الابتداء كما لا يخفى ومعنى المسئلة التي نحن فيها ان النكاح لا يثبت بالنكول لا في الابتداء ولا في البقاء لعدم جريان البذل فيه على كل حال فلم يندفع السؤال ثم اقول في الجواب عن سؤاله ان ثبوت المهر في الواقع يستلزم ثبوت النكاح فيه واما ثبوته عند القاضي فلا يستلزم ثبوت النكاح عنده لان معنى ثبوته عنده ظهوره له اذ قد مر ان الحجج الشرعية مثبتة في علم القاضي مظهرة في الواقع ولا يستلزم ظهور الملزوم ظهور اللازم لجواز ان يقوم الحجة على الاول دون الثاني كما فيما نحن فيه فالذي يلزم من المسئلة المذكورة ثبوت المهر عند القاضي بدون ثبوت النكاح عنده ولا محذور فيه لعدم الاستلزام كما عرفت وقس على هذا احوال نظائره من المسائل الآتية المتصلة به في الكتاب فان ما ذكرنا مخلص في الجميع قال المص وكذا في النسب اي وكذا يستحلف في النسب بالاجماع اذا ادعى حقا اي اذا ادعى مع النسب حقا آخر كالارث بان ادعى رجل على رجل انه اخ مدعى عليه مات ابوهما وترك مالا في يد المدعى فانه يستحلف بالاجماع فان حلف برئ وان نكل يقضى بالمال دون النسب والحجر في اللقيط بان ادعت امرأة حرة الاصل صبيا لا يعبر عن نفسه كان في يد رجل التقطه انه اخوها وانه اولى بحضانته فانه يستحلف بالاجماع فان نكل ثبت لها حق نقل الصبي اي حجرا دون النسب والنفقة بان ادعى زمن على موسر انه اخوه وان نفقته عليه فانكر المدعى عليه الاخوة يستحلف بالاجماع فان نكل يقضى بالنفقة دون النسب وامتناع الرجوع في الهبة بان اراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له انت اخي يريد بذلك ابطال حق الرجوع يستحلف بالاجماع فان نكل ثبت امتناع الرجوع دون النسب لان المقصود هذه الحقوق دليل للمجموع يعني ان المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هذه الحقوق اي دون النسب المجرد ثم ان صاحب العناية بعد ما فسر قول المص لان المقصود هذه الحقوق بقوله اي دون النسب المجرد قال في تعليله فان فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز انتهى اقول فيه نظر لان تحميل النسب على الغير لا يلزم من المسائل المذكورة مطلقا بل انما يلزم فيما اذا كان النسب مما لا يثبت بالاقرار كالاخوة ونحوها واما فيما اذا كان مما يثبت بالاقرار كالابوة والبنوة فلا والمسائل المذكورة تعم الصورتين معا الا يرى ان المدعى في صورة النفقة اذا قال للمدعى عليه انت ابي فان المسئلة بحالها وكذا الحال في صورة امتناع الرجوع في الهبة وكذا المدعية في صورة الحجر في اللقيط اذا قالت ان الصبي ابنها فان المسئلة بحالها ايضا فكان التعليل المذكور قاصرا عن افادة كلية المدعى وقال البعض الفضلاء الاظهر ان يقول صاحب العناية بدل التعليل الذي ذكره فان البذل لا يجري فيه كما قاله آنفا في صورة دعوى النكاح انتهى اقول وفيه ايضا نظر فان المعلل ههنا الا يكون المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة النسب المجرد وعدم جريان البذل في النسب المجرد لا يفيده لان الحجج على الدعوى غير منحصرة في النكول بل منها ايضا اقامة البينة واقرار الخصم والبذل انما هو للنكول من بينها فلا يلزم من عدم جريانه في النسب المجرد عدم جريان سائر الحجج فيه حتى لا يصح ان يكون مقصودا بالدعوى في المسائل المذكورة

وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة كان في دعوى
الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف بالاجماع ثم
ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لزمه
الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا اذا كان امتناع القصاص من جهة من عليه

بخلاف ما قاله في صورة دعوى النكاح فان المعلل هناك عدم ثبوت النكاح بالنكول وعدم جريان البدل في النكاح لفيدة قطعا لا يقال التعليل الصحيح هنا ان
يقال فانه لو كان المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هو النسب المجرد لما ادعى المدعي فيها مع النسب حقا آخر والمفروض في كل واحد من تلك المسائل ادعى
المدعي معه حقا آخر كما ينادي عليه قول المص وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث الخ لانا نقول هذا انما يتم فيما اذا كان النسب مما يثبت بالاقرار كالبنوة ونحوها فان دعوى
النسب المجرد تسمع في تلك الصورة فلو كان مقصود المدعي فيها دعوى النسب المجرد لما ادعى معه حقا آخر واما اذا كان النسب مما لا يثبت بالاقرار كالاخوة ونحوها فلا ان
دعوى النسب المجرد لا تسمع في هذه الصورة بل يتوقف فيها استماع الدعوى وقبول البينة على ان يدعي المدعي مع النسب حقا آخر لنفسه كما صرح به في عامة معتبرات
الفتاوى فيجوز ان يكون مقصود المدعي في هذه الصورة النسب المجرد ويدعي مع النسب حقا آخر لمجرد التوسل الى مقصوده وهو النسب المجرد والمسائل المذكورة
تعم الصورتين معا كما بيناه من قبل فكان هذا التعليل ايضا واضح عن افادة كلية المدعي وبالجملة لم يظهر لقول المص لان المقصود هذه الحقوق علة واضحة شاملة
لجميع صور تلك المسائل العامة فكان هذا هو السر في ان صاحب الكافي لم يذكر قول المص هذا اصلا مع ان عادته افتقاء اثر المص في امثاله وان اكثر الشراح
لم يتعرضوا لشرحه وبيانه بالكلية وانما يستحلف في النسب المجرد وقيد به احترازا عما هو مقرون بدعوى حق آخر كما مر انفا عندهما اي عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا
كان يثبت باقراره اي اذا كان يثبت النسب بمجرد اقرار المدعى عليه فان النكول عندهما اقرار فكل نسب لو اقر به المدعى عليه يثبت بالنكول ايضا كالاب والابن في حق الرجل فانه اذا اقر
بالاب والابن يصح اقراره ويثبت نسب المقر له منه بمجرد اقراره والاب في حق المرأة فانها اذا اقرت بالاب يصح اقرارها ويثبت نسب المقر له منها بمجرد اقرارها واما
لو اقرت بالابن فلا يصح اقراره ولا يثبت نسبه منها لان في دعواها الابن اي في اقرارها به كذا في النهاية وغاية البيان تامل تحميل النسب
على الغير وهو لا يجوز والمولى اي وكالمولى يعني السيد والزوج في حقهما اي في حق الرجل والمرأة وهذا القيد اعني قوله في حقهما متعلق بالمولى والزوج جميعا فان
اقرار الرجل والمرأة بالمولى والزوج يصح وحاصل كلام المصنف ههنا ان اقرار الرجل يصح باربعة بالاب والابن والمولى والزوجة واقرار المرأة يصح بثلثة بالاب
والمولى والزوج ولا يصح بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وكان اصل المسئلة في محلها ان اقرار الرجل يصح بخمسة بالوالدين والولد والزوجة والمولى واقرار المرأة
يصح باربعة بالوالدين والزوج والمولى ولا يصح بالولد لما مر فكان المص اكتفى بذكر الاب عن ذكر الام لظهور اشتراكهما في الحكم المذكور قال شيخ الاسلام خواهر زاده
في مبسوطه الاصل في هذا الباب ان المدعى قبله النسب اذا انكر هل يستحلف ان كان بحيث لو اقر به لا يصح اقراره عليه فانه لا يستحلف عندهم جميعا لان اليمين
لا تفيد فان فائدة اليمين النكول حتى يجعل النكول بدلا او اقرارا فيقضى عليه فاذا كان لا يقضى عليه لو اقر فانه لا يستحلف عندهم جميعا وان كان المدعى قبله بحيث
لو اقر لزمه ما اقر به منه فاذا انكر هل يستحلف على ذلك فالمسئلة على الاختلاف عند ابي حنيفة رح لا يستحلف وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف فان حلف برئ
وان نكل من اليمين لزمه الدعوى فعلى هذا الاصل تخرج مسائل الباب انتهى قال اي القدوري في مختصره ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده وليس للمدعي بينة
استحلف المدعى عليه بالاجماع سواء كانت الدعوى في النفس او فيما دونها وهذه المسئلة مذكورة في الجامع الصغير ايضا في كتاب القضاء ثم ان نكل عن اليمين فيما دون
النفس لزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا اي الحكم المذكور عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لزمه الارش فيهما
اي في النفس وفيما دونها لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما لانه ان امتنع عن اليمين تورعا عن اليمين الصادقة لا يكون اقرارا بل يكون بذلا كذا في الكافي فلا يثبت
به القصاص ويجب به المال خصوصا اي خاصة اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه اي من جهة من عليه القصاص وقيد امتناع القصاص بمعنى من جهة
من عليه القصاص لانه لو كان امتناعه من جهة من له القصاص لا يجب القصاص ولا المال ايضا كما اذا اقام مدعي القصاص رجلا وامرأتين او الشهادة

كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعي العمد ولابي حنيفة رح ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف الانفس فانه لو قال اقطع يدي فقطعه لا يجب الضمان وهذا اعمال للبذل الا انه لا يبالغ لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لانه دفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للاكلة وقلع السن للوجع فاذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس به كما في القسامة **قال** واذا قال المدعى لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلثة ايام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عند ثلاثة وفيه نظر لانه ليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الخصم مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين اشغاله فيعم التكفيل باحضاره والتقدير بثلثة ايام روي عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح

على الشهادة حيث لا يقضى بشيء لان الحجة قامت بالقصاص ولكن تعذر استيفاؤه فلا يجب شيء كذا في الشروح ونظير هذا ما اشار اليه المص بقوله كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعي العمد فانه يجب فيه المال وبالعكس لا يجب شيء ولابي حنيفة رح ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالاموال فيجري فيها البذل كما يجري في الاموال بخلاف الانفس حيث لا يجري فيها البذل فانه لو قال اقطع يدي اي لو قال لاخر اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان اي على القاطع وهذا اي عدم وجوب الضمان اعمال للبذل في الاطراف واما لو قال اقتلني فقتله فانه يجب عليه القصاص في رواية والدية في اخرى وهذا دليل على عدم جريان البذل في الانفس ولما استشعر ان يقال لو كانت الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لكان ينبغي ان يباح قطع يده اذا قال اقطع يدي كما يباح اخذ ماله اذا قال خذ مالي اجاب عنه بقوله الا انه لا يباح لعدم الفائدة اي لا يباح القطع لعدم الفائدة فيه كما ان اتلاف المال لا يباح عند عدم الفائدة بان قال الق مالي في البحر او احرقه بالنار وهذا البذل اي الذي بالنكول مفيد لانه دفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للاكلة وقلع السن للوجع قال صاحب العناية وفيه بحث من وجهين احدهما انه مناقض لما قاله في السرقة ان القطع لا يثبت بالنكول والثاني ان الخصومة تندفع بالارش وهو اهون فالمصير اليه اولى واجيب عن الاول بان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال في حقوق العباد ولانهم المحتاجون اليها فيثبت بالشبهات كالاموال والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات وعن الثاني بان دفع الخصومة بالارش انما يصار اليه بعد تعذر ما هو الاصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه انتهى واعترض بعض الفضلاء على قوله في جواب البحث الاول والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات بعد ان يبين المراد حيث قال يعني ان في كون النكول شبهة لا شبهة لكن فيه بحث فانه لو صرح بالبذل في حقوق الله تعالى لا يثبت القطع ايضا فالاولى طرح الشبهة من البين والاكتفاء بعدم تاتي البذل فيه انتهى اقول مدار الحجة على ان يكون المراد بالبينة وذلك ممنوع اذ يجوز ان يكون المراد ان في كون الاطراف مما يسلك به مسلك الاموال شبهة لاحتمال كونها في حكم الانفس كما ذهب اليه الشافعي رح وبنى عليه تجويزه القصاص بين الرجل والمرأة والحر والعبد وبين العبدين فيما دون النفس على ما ياتي في كتاب الجنايات فمع هذه الشبهة لا ياتي البذل في قطع الاطراف في حقوق الله تعالى بخلاف حقوق العبد فيتم الجواب ثم ان في ذكر هذه الشبهة انما الى سبب عدم تاتي البذل فيه في حقوق الله تعالى فكان ذكر ما اولى من طرحها والاكتفاء بعدم تاتي البذل فيه كما لا يخفى فاذا امتنع القصاص في النفس اي بالنكول لعدم جريان البذل فيها كما مر واليمين حق مستحق اي في الحال ان اليمين حق مستحق يحبس به اي يحبس الناكل بذلك الحق كما في القسامة فانهم اذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا او يحلفوا قال القدوري في مختصره واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلثة ايام كيلا يغيب نفسه اي كيلا يغيب خصمه نفسه فيضيع حقه اي حق المدعي ويجب ان يكون الكفيل ثقة معروف الدار حتى يحصل فائدة التكفيل وهي الاستيثاق كذا في الكافي وغيره والكفالة بالنفس جائزة عندنا خلافا للشافعي رح وقد مر من قبل اي وقد مر جواز الكفالة بالنفس من قبل اي في اول كتاب الكفالة واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسانا عندنا اعلم ان اخذ الكفيل مما اختلف فيه السلف روي عن قتادة والشعبي انه لا يجوز وروي عن ابراهيم النخعي انه يجوز وهذا هو الاستحسان اخذ به علماؤنا والقياس ان لا يجوز وجه الاستحسان ان مجرد الدعوى ليس بسبب للاستحقاق كيف وقد عارضه المدعى عليه بالانكار فلا يجب عليه اعطاء الكفيل ووجه الاستحسان ما ذكره بقوله لان فيه اي في اخذ الكفيل نظرا للمدعي اذ لا يغيب خصمه فيتمكن من اقامة البينة عليه وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الخصم مستحق عليه اي على المدعى عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه من الاعداء على لفظ المجهول يقال استعدى فلان الامير على من ظلمه اي استعانه به فاعداه الامير عليه اي اعانه الامير عليه لنصره ومنه قول الشاعر ونستعدي الامير اذا ظلمنا ومن يعد اذا ظلم الامير كذا في النهاية وغيرها ويحال بينه وبين اشغاله من الحيلولة على لفظ المجهول ايضا فيصح التكفيل باحضاره بمجرد الدعوى والتقدير بثلثة ايام مروي عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح

القياس

[illegible]

[illegible] قال [illegible]

فصل [illegible]

اخراجه [illegible] وروى عن ابي يوسف انه يؤمر بالتكفيل الى الحول الثاني ولا فرق في الظاهر الرواية بين الحال والوجيه يقال فلان الرجل حولا اذا كان ساقط
القدر والخطير من المال والحقير من المال والخطير اي وجيه الشريف وعن محمد رح انه اذا كان معروفا بالظاهر من حاله انه لا يخفى نفسه بذلك القدر لا يحتاج
اعطاء الكفيل وكذا لو كان المدعى عليه لا يخفى المرء نفسه بذلك القدر لا يحتاج الى اعطاء الكفيل ثم لا بد من قوله الى بينة حاضرة بالتكفيل وصادق الامر اي تحمل وانفرد حاضرة
حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب بفتحتين بغيبة اليار او بضم العين مشددة اليا لا يكفل اي لا يكفل خصمه لعدم الفائدة وهي اي الغيبة عند حضور شهوده وذلك
في المالك مال والغائب كالهالك من وجه اذ ليس كل غائب نوب قال اي القدوري في مختصره فان فعل اي فان اعطى خصمه الكفيل فبها والا اي وان لم يعطه
امر بملازمته اي امر المدعي بملازمة خصمه لئلا يذهب حقه اي حق المدعي الا ان يكون غريبا على الطريق اي الا ان يكون المدعى عليه غريبا على الطريق اي مسافرا فلا يلازم
اي فيلازم المدعي المدعى عليه مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس اي وكذا لا يكفل المدعى عليه اذا كان مسافرا الا الى آخر مجلس القاضي فالاستثناء المضرب
اليهما اي الاستثناء المذكور في مختصر القدوري لقوله الا ان يكون غريبا متعرف الى التكفيل والملازمة جميعا لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة مشقة وذلك اي على
مقدار مجلس القاضي اضرارا به اي بالمدعى عليه بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار اي في مقدار مجلس القاضي ظاهرا اي من حيث الظاهر لان هذا القدر لا ينقطع عن الاقامة
فاذا جاء وان قيام القاضي عن مجلسه ولم يحضر المدعي بينة فان القاضي يحلف المدعى عليه ويخلي سبيله لئلا يذهب حيث شاء فان اختلف الطالب والمطلوب فقال الطالب
انا مسافر وقال الطالب انه لا يريد السفر تكلموا فيه باقوال اقل بعضهم القول قول المدعي لانه متمسك بالاصل فان الاصل هو الاقامة والسفر عارض فيكون القول
قول من تمسك بالاصل وقال بعضهم القاضي يسأله مع من يريد السفر فان اخبره مع فلان فان القاضي يبعث الى الرفقة ويناشد ان فلانا هل يستطيع الخروج
معكم فان من اراد السفر لا بد من ان يكون مستعدا لذلك قال الله تعالى ولو ارادوا الخروج لاعدوا له عدة فان قالوا نعم قد استعد لذلك انضم قولهم الى قوله فيقبل
منه فيمهله الى آخر المجلس فان احضر المدعي بينة في هذه المدة والا خلى سبيل المطلوب وان لم يعلموا من حاله فخمن فعلم انه يبقى ثلاثة ايام لاجل الاستعداد فقالوا انه يجبر على
اعطاء الكفيل ثلاثة ايام كذا في غاية البيان قال المص وكيفية الملازمة ذكرناها في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى والذي يذكره المصنف هاهنا هو انه يدور معه اينما
ولا يجلسه في موضع لانه حبس لو دخل داره لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد له ان يكون له موضع خلوة انتهى وقال في الفتاوى الصغرى
وتفسير الملازمة ان يدور معه حيث دار ويبعث امينا حتى يدور معه اينما دار لكن لا يجلسه في موضع لان ذلك حبس وهو غير مستحق عليه بنفس الدعوى ولا يشغله عن التصرف
بل هو يتصرف والمدعي يدور معه واذا انتهى المطلوب الى داره فان الطالب لا يمنعه من الدخول على اهله بل يدخل المطلوب على اهله والطالب الملازم يجلس على باب داره
ثم قال رأيت في الزيادات في الباب الخامس والاربعين ان المطلوب اذا اراد ان يدخل بيته فله ان يأذن المدعي بالدخول معه او يجلس معه على باب الدار لانه يمكنه
حتى دخل الدار وحده فربما يهرب من جانب آخر فيفوت ما هو المقصود من الملازمة انتهى

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

لما ذكر نفس اليمين اي في اي موضع يحلف ذكر في هذا الفصل كيفية الشيء وهي ما يقع به المشابهة والملازمة
صفته والصفة تقتضي سبق الموصوف قال اي القدوري في مختصره واليمين بالله تعالى دون غيره لقوله عليه الصلاة والسلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله
او ليذر اقول هنا كلام وهو انه قال في كتاب الايمان اليمين بالله او باسم آخر من اسماء الله كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله
وجلاله وكبريائه وهذا صريح في ان اليمين كما يكون بالله تعالى يكون ايضا بصفاته التي يحلف بها في العرف والحصر المستفاد من قوله هنا واليمين بالله تعالى دون
غيره يقتضي اختصاص اليمين بالله تعالى وايضا قال هناك وان قال ان فعلت هذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا والحصر المستفاد هنا ينافيه ايضا

وقد يؤكد بذكر اوصافه وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذي يعلم
من السر والخفاء ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله ان يزيد في التغليظ
على هذا وله ان ينقص منه الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لان المستحق يمين واحدة والقاضي بالخيار ان شاء غلظ وان شاء لم يغلظ فيقول
قل بالله او والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير قال ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق
لما روينا وقيل في زماننا اذا اراد الخصم ساعة القاضي ان يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله لكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق قال ولا يستحلف اليهودي بالله الذي انزل التوراة

ويمكن ان يجاب عن الاول بانه قد اشتهر من مذهب اهل السنة ان صفات الله تعالى ليست عين الذات ولا غيرها فعلى هذا لا ينافي قوله دون غيره صحة اليمين بصفاته
المذكورة ولا ينافيها ايضا اختصاص اليمين بالله تعالى بمعنى لا بغيره كما يفيده قوله دون غيره وعن الثاني بان اليمين في الصورة المذكورة وان لم يكن بالله تعالى
في ظاهر الحال الا انها كانت به في المآل فتامل وفي المبسوط ان الحر والمملوك والرجل والمرأة والفاسق والصالح والكافر والمسلم في اليمين سواء لان المقصود
هو القضاء بالنكول وهو لا يختلف باختلاف الحرمة في اليمين الكاذبة سواء كذا في النهاية ومعراج الدراية قوله كذا اي اليمين بذكر اوصافه اي بذكر اوصاف الله تعالى
بالتغليظ القدوري في مختصره قال المصنف وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم يعلم من السر ما يعلم من العلانية
ما لفلان عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله اي وللقاضي ان يزيد في التغليظ على هذا اي على المذكور وله ان ينقص منه من المذكور
لان المقصود من الاستحلاف النكول واحوال الناس فيه مختلفة منهم من يمتنع اذا غلظ عليه اليمين ويتجاسر اذا حلف بالله فقط ثم منهم من يمتنع بادنى تغليظ ومنهم
من لا يمتنع الا بزيادة تغليظ فللقاضي ان يراعي احوال الناس الاصل فيه حديث ابي هريرة رضي الله عنه الذي حلف بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
والله الذي لا اله الا هو الرحمن الرحيم الذي انزل عليك الكتاب ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين والمراد بالاحتياط
ان يذكر بغير واو واذا ذكر والله والرحمن الرحيم بالواوات صارت ثلثة ايمان وتكرار اليمين غير مشروع كذا في النهاية نقلا عن المبسوط لان المستحق عليه يمين واحدة فلا يزاد
عليها وان شاء القاضي لم يغلظ فيقول بالله او والله لما مر ان المقصود من اليمين النكول واحوال الناس فيه شتى فمنهم من يمتنع بدون التغليظ فلا يحتاج اليه فالرأي
فيه الى القاضي وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح اذ الظاهر منه ان يمتنع بدون التغليظ ويغلظ على غيره لكون امره على خلاف الاول وقيل يغلظ في الخطير
من المال دون الحقير لمثل ما قلنا في القيل الاول قال اي القدوري في مختصره ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وهو قوله عليه الصلوة والسلام
من كان حالفا فليحلف بالله او ليذر وقيل في زماننا اذا اراد الخصم ساعة القاضي ان يحلف بذلك اي بالطلاق او بالعتاق لقلة المبالاة باليمين بالله اقول يرد عليه
ان هذا التعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه السلام من كان حالفا فليحلف بالله او ليذر فلا يصح على ما عرف في موضعه وفي فتاوى قاضيخان وان ابى
المدعى تحليفه بالطلاق والعتاق في ظاهر الرواية لا يجيبه القاضي الى ذلك لان التحليف بالطلاق والعتاق ونحو ذلك حرام وبعضهم جوزوا ذلك في زماننا
والصحيح ظاهر الرواية انتهى وفي الذخيرة التحليف بالطلاق والعتاق والايمان المغلظة لم يجوزه اكثر مشايخنا واجازه البعض فيفتي بانه يجوز ان الحقوق
وان ابلغ المستفتي في الفتوى يفتي بان الرأي الى القاضي انتهى وفي فصول الاستروشني ولو حلف القاضي بالطلاق فنكل لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل
عما هو منهي عنه شرعا انتهى وفي الخلاصة التحليف بالطلاق والعتاق والايمان المغلظة لم يجوزه اكثر مشايخنا فان مست الضرورة يفتي ان الرأي الى
القاضي فلو حلف القاضي بالطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه انتهى اقول قد تلخص من هذه المذكورات كلها ان للقاضي ان يحلف بالطلاق والعتاق
عند الحاح الخصم فان يفتي بجواز ذلك ان مست الضرورة ولكن ليس له ان يقضي بالنكول عنه وان قضى به لا ينفذ قضاؤه وعن هذا قال صاحب النهاية وكثير من الموالي
ان نكل عن اليمين به لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهي عنه شرعا فلو قضى به لا ينفذ قضاؤه انتهى لكن فيه اشكال لان فائدة التحليف القضاء بالنكول
فاذا لم يجز القضاء بالنكول عما ذكر فكيف يجوز التحليف به الا يرى الى ما مر في بيان دليل ابي حنيفة رحمه الله على عدم جواز الاستحلاف في الاشياء العديدة
عنده من ان النكول بذل والبذل لا يجري في هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف فيها حيث جعلوا عدم ترتب فائدة الاستحلاف
وهو القضاء بالنكول علة لعدم جواز الاستحلاف في الاشياء المذكورة عنده فتامل قال اي القدوري في مختصره ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التوراة

على موسى عم والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عم لقوله اي لقول نبينا عليه الصلوة والسلام لابن صوريا الاعور في المغرب ابن صوريا بالتصغير
اعجبا انشدك بالله الذي انزل التوراة على موسى عليه السلام ان حكم الزنا في كتابكم هذا اي التحميم هذا الحديث اخرجه مسلم في الحدود مسندا الى البراء بن عازب رضي الله عنه
قال مر النبي عليه السلام بيهودي محمم مجلود فقال هكذا تجدون حد الزنا في كتابكم قالوا نعم فدعا رجلا فقال نشدتك الله الذي انزل التوراة على موسى عليه السلام هكذا تجدون الزنا
في كتابكم فقال اللهم لا فلولا انك نشدتني بهذا لاخبرتك نجد الزنا في كتابنا الرجم ولكنه كثر في اشرافنا فكنا اذا اخذنا الرجل الشريف تركناه واذا اخذنا الضعيف اقمنا
عليه الحد فقلنا تعالوا فلنجتمع على شيء نقيمه على الشريف والوضيع فاجتمعنا على التحميم والجلد فكنا الجلد فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم اني اول من احيى امرك
اذ اماتوه فامر به فرجم وقال شراحه وهذا الرجل هو عبد الله بن صوريا وقد صرح باسمه في سنن ابي داود عن سعيد عن قتادة عن عكرمة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
يعني لابن صوريا الحديث وهذا مرسل ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى عليه السلام والنصراني نبوة عيسى عليه السلام اي يعتقد نبوة عيسى عم فيغلظ على كل واحد منهما
بذكر المنزل على نبيه ليكون ارعاله عن الاقدام على اليمين الكاذبة ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار هكذا ذكر محمد رح في الاصل وذلك لان المجوس يعتقدون الهين
في النار فيمتنع عن اليمين الكاذبة فيحصل المقصود ويروى عن ابي حنيفة رح انه لا يستحلف احد الا بالله خالصا لنا وبا عن تشريك الغير معه في التعظيم وذكر الخصاف
انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لان في ذكر النار مع اسم الله تعظيمها وينبغي ان يعظم لان النار كفيه بامر الخلق فكيف
لا يستحلف المسلم بالله الذي خلق الشمس فكذلك لا يستحلف المجوس بالله الذي خلق النار وفي المبسوط وكان وقع عند محمد رح انهم يعظمون النار تعظيم العبادة
فالمقصود لا يحصل قال تذكر ذلك في اليمين انتهى بخلاف الكتابيين اي التوراة والانجيل لان كتب الله تعالى معظمة فجاز ان تذكر مع اسم الله تعالى والنصراني
لا يحلف الا بالله لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله لا يقال لو كانوا يعتقدون الله تعالى لم يعبدوا
الاوثان لانا نقول انما يعبدونها تقربا الى الله تعالى على زعمهم الا يرى الى قوله تعالى حكاية عنهم ما نعبدهم الا ليقربونا الى الله زلفى واذا ثبت انهم يعتقدون
الله تعالى يمتنعون عن الاقدام على اليمين الكاذبة بالله تعالى فيحصل الفائدة المطلوبة من اليمين وهي النكول قال اي القدوري في مختصره ولا يحلفون في
بيوت عبادتهم لان القاضي لا يحضرها اي لا يحضر بيوت عباداتهم للحرج بل هو ممنوع عن ذلك لان فيه تعظيم ذلك المكان والحالف يقسم بالله تعالى لا بالمكان
فنفي اي لكان حلفه جائزا وفي الاجناس قال في الماخوذ للحسن وان سأل المدعي القاضي ان يبعث به الى بيعة او كنيسة فيحلفه هناك فلا بأس لان بعضا يؤذ
اتهمه كذا في غاية البيان قال اي القدوري في مختصره ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك
اي بدون تعيين الزمان والمكان وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث تكلف حضورها اي حضور الازمان المعينة والاماكن المخصوصة وهو مدفوع
اي الحرج مدفوع بالنص وقال الشافعي رح اذا كانت اليمين في قسامة او في لعان او في مال عظيم فانها تختص بمكان ان كان بمكة فبين الركن والمقام
وان كان بالمدينة فعند قبر النبي عليه الصلوة والسلام وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلاد في الجوامع وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر
كذا في النهاية نقلا عن المبسوط وشرح الاقطع قال اي القدوري في مختصره ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع
فيه قائم ولا يستحلف بالله ما بعت يعني يستحلف على الحاصل دون السبب واعلم ان هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على الحاصل والسبب الضابطة
في ذلك ان السبب اما ان كان مما يرتفع برافع او لا فان كان الثاني فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعي بالتحليف على
الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على الحاصل عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعلى السبب عند ابي يوسف رح الا اذا اعرض المدعى عليه برفع السبب

لانه قد يباع العين ثم يقال فيه ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك ردّه ولا يحلف بالله ما غصبت لانه قد يغصب
ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال لانه قد يطرأ حلية الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما في بائن
منك الساعة مما ذكرت وفي الاستحلاف بالله ما طلقها لان النكاح قد يجدد بعد الابانة يحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه
لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه هذا قول ابي حنيفة ومحمد اما على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب
الا اذا اعرض المدعى عليه بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر
الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع بارتفاع الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعى فحينئذ

وسيظهر الكل من الكتاب قال المص في تعليل المسئلة المذكورة لانه قد يباع العين ثم يقال فيه من الاقالة اي يطرى عليه الاقالة فلا يبقى البيع على حاله فلو استحلفه المشتري
على السبب الذي هو البيع ههنا لتضرر به فاستحلف على الحاصل دفعا للضرر عنه ويستحلف في الغصب بالله ما لم يستحق عليك ردا اي رد المدعى ولا يحلف بالله ما غصبت
هذا ايضا من قول القدوري في مختصره قال المص في تعليله لانه قد يغصب اي يغصب الشيء ثم يفسخ اي يفسخ الغصب بالهبة والبيع فلو حلف المدعى عليه على السبب الذي
هو الغصب ههنا لتضرر به فحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال وهذا ايضا من قول القدوري قال صاحب النهاية
واكثر الشراح هذا على قولهما لما ان الاستحلاف في النكاح قولهما اقول الاولى ان يقال هذا على قول محمد رح لان الاستحلاف في النكاح مطلقا وان كان يجري
على قولهما معا الا ان الاستحلاف فيه على الوجه المذكور وهو الاستحلاف على الحاصل انما يجري على قول محمد رح فقط اذ لا استحلاف فيه على قول ابي يوسف رح انما هو
على السبب كما يتادى عليه قول المص فيما يأتي اما على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب نعم سيقول المص رح هناك ايضا الا اذا اعرض بما ذكرنا فح
يحلف على الحاصل لكن الكلام ههنا في الاستحلاف على الحاصل مطلقا اي سواء اعرض او لم يعرض يدل عليه قطعا بيان الخلاف فيه بقوله وهذا قول ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله اما على قول ابي يوسف رح اذ لا خلاف في صورة التعريض قال المص في التعليل لانه قد يطرأ عليه الخلع اي يطرأ على النكاح الخلع فلو حلف على
السبب الذي هو اصل النكاح ههنا لتضرر به فحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة مما ذكرت ولا يستحلف بالله
ما طلقها وهذا ايضا من قول القدوري فكانه زاد ذكر دعوى في هذه المسئلة التي هي اخرى المسائل المتناسبة المذكورة ههنا انما الى انها معتبرة في المسائل السابقة
ايضا الا انها كتبت فيها اعتمادا على انفهامها بمعونة المقام قال المص في تعليل هذه المسئلة لان النكاح قد يجدد بعد الابانة وفرع على جملة ما ذكر في تلك المسائل
قوله فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه على ما مر تقريره وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اي التحليف على الحاصل في
الوجوه المذكورة قولهما قال بعض العلماء ههنا كلام وهو انه لا يحلف في النكاح عند ابي حنيفة رح فلا يكون التحليف فيه على الحاصل عنده كما لا يخفى انتهى اقول هذا
ظاهر ولكن الظاهر ايضا ان يحمل كلام المص رح هذا على التغليب اي تغليب حكم سائر الوجوه على حكم وجه النكاح اعتمادا على ظهور عدم جريان الاستحلاف في النكاح
مما مر ثم ان بعض الفضلاء قصد توجيه الكلام ودفع الاعتراض عن المقام حيث قال اي التحليف على الحاصل قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وليس معناه ان التحليف
على الحاصل في جميع الامور المذكورة قول ابي حنيفة رح حتى يعترض عليه بانه مخالف لما سبق من انه لا يحلف عنده في النكاح انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة
سليمة ان قول المص رح اما على قول ابي يوسف رحمه الله يحلف في جميع ذلك على السبب يأبى ما قاله هذا القائل اذ قد صرح المص رح ههنا بلفظ الجميع تعيينا لكون
الخلاف بين ابي يوسف رح وصاحبيه في جميع الوجوه المذكورة لا في كيفية التحليف في الجملة فتدبر اما على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك اي في جميع ما ذكر
من الوجوه على السبب الا اذا اعرض بما ذكرنا اي الا اذا اعرض المدعى عليه بما ذكرناه من ارتفاع السبب وصفة التعريض ان يقول المدعى عليه للقاضي اذا اعرض
القاضي اليمين عليه بالله ما لك ايها القاضي ان الانسان قد يبيع شيئا ثم يقيل فيه وعلى هذا في اخوات البيع فتدبر فح يحلف على الحاصل اي فحينئذ يلزم
القاضي الاستحلاف على حكم الشيء في الحال وصار المعدول عن اليمين على مقتضى الدعوى حقا للمدعى عليه حين طالب به كذا في النهاية نقلا عن شرح الاقطع وقيل
ينظر الى انكار المدعى عليه اي روي عنه انه ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل وفي فتاوى قاضيخان قال
شمس الائمة هذا احسن الاقاويل عندي وعليه اكثر القضاة وفي الكافي قال فخر الاسلام يفوض الى راي القاضي والحاصل هو الاصل عندهما اي التحليف على
الحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا اي اذا كان سبب ذلك سببا يرتفع بارتفاع الا اذا كان فيه اي في التحليف على الحاصل ترك النظر في جانب المدعى فح

يحلف على السبب بالاجماع وذلك اي ما كان في التحليف على السبب فيه ترك النظر في جانب المدعي مثل ان يدعي بنوته لفقد العدة والزوج ممن لا يرى ما هي لا يرى
لفقد العدة المعتبرة او ادعى عتقه بجواز المشتري لا يراها بان كان شافعيا لانه لو حلف على الحاصل لصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي فلا
يحلف في التحليف على السبب نظرا للمدعي عليه ايضا بجواز المشتري والاستحقاق بان سلم او سكت عن الطلب فانه اذا حلف لا يجد المشتري الرد بالعيب بما كان
اقرار او نكول في جانب المدعي اولى لان السبب الموجب للحق وهو الشراء اذا ثبت ثبت الحق بشروطه الا ان يكون باسباب عارضة يخصه التمسك بها اصلا حتى يقوم الدليل على
العارض كما ذكره الصدر الشهيد في ادب القاضي كذا في النهاية ومعراج الدراية وان كان سببا اي ان كان ذلك السبب سببا لا يمنع ميراث فالتحليف على ذلك
بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه وجحد المولى فانه يحلف على السبب بالله ما اعتقه لانه لا ضرورة الى التحليف على الحاصل اذ لا يجوز ان يعود رقيقا
بعد الاعتاق كيف ولو تصور عود الرق فانما يتصور على تقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد ولا يمكن ذلك بالنسبة الى العبد المسلم لا يقبل بالارتداد بخلاف
الامة والعبد الكافر حيث يحلف فيهما على الحاصل اي ما هي حرة او ما هو حر في الحال كذا في الكافي لانه يكر الرق عليهما اي على الامة بالردة والملحق بدار الحرب
والسبي وعليه اي يكر الرق على العبد الكافر بنقض العهد واللحاق بدار الحرب والسبي ايضا لا يكر على العبد المسلم لما ذكرناه آنفا قال اي محمد رح في الجامع الصغير
في كتاب القضاء ومن ورث عبدا او ادعاه آخر ولا بينة له استحلف اي الوارث على علمه اي بالله ما يعلم ان هذا عبد المدعي لانه لا علم له اي للوارث بما صنع المورث
فلا يحلف على البتات اذ لو حلفنا عليه لامتنع عن اليمين مع كونه صادقا فيما نقتضيه كذا في الكافي وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات يعني ان وهب له
عبدا او اشتراه وادعاه آخر ولا بينة له يحلف على البتات لوجود المطلق الى المجوز لليمين اي لليمين على البتات اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة فان قيل هذا
التعليل لا يقع الفرق بين الارث وغيره فان الارث ايضا سبب موضوع للملك شرعا كالهبة فكيف يستحلف فيه على العلم قلنا ان معنى قوله الشراء سبب لثبوت
الملك وضعا ان ذلك سبب يثبت الملك باختيار المشتري ومباشرته ولو لم يعلم ان المشتري ان العين الذي اشتراه ملك البائع لما باشر الشراء اختيارا كذا
الموهوب له في قبول الهبة بخلاف الارث فانه يثبت الملك للوارث جبرا من غير اختياره ولا علم له بحال ملك المورث فلذلك يحلف الوارث بالعلم والمشتري
والموهوب له بالبتات كذا في الشروح ثم اعلم ان هذا نوع آخر ايضا من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم او البتات والضابط في ذلك ان التحليف ان كان على
فعل نفسه يكون على البتات وان كان على فعل غيره يكون على العلم فان قيل اذا استقيم على هذا لو ادعى عليه رجل اباق عبد قد باعه والمدعى عليه ينكر الاباق فانه يحلف
على البتات مع ان الاباق فعل غيره قلنا المدعي يدعي عليه تسليم غير السليم عن العيب وهو ينكره وانه فعل نفسه كذا في الكافي قال الامام الاسترشني في الفصل الثالث
من فصوله واما كيفية التحليف فنقول اذا وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من كل وجه بان ادعى على رجل انك سرقت هذا العين مني او غصبت هذا العين مني
يحلف على البتات وان وقعت الدعوى على فعل الغير من كل وجه يحلف على العلم حتى لو ادعى دينا على ميت بحضرة وارثه بسبب الاستهلاك او ادعى ان اباك سرق
هذا العين مني او غصب هذا العين مني يحلف على العلم وهذا هو الذي قال شمس الائمة الحلواني هذا الاصل مستقيم في المسائل كلها ان التحليف على فعل الغير يكون على
العلم الا في الرد بالعيب يريد به ان المشتري اذا ادعى ان العبد سارق او آبق واثبت اباقه او سرقته في يد نفسه وادعى انه آبق او سرق في يد البائع واراد تحليف
البائع يحلف على البتات بالله ما آبق بالله ما سرق في يدك وهذا تحليف على فعل الغير وهذا لان البائع ضمن تسليم المبيع سليما عن العيوب والتحليف يرجع الى
ما ضمن نفسه فيكون على البتات وكان فخر الاسلام البزدوي يزيد على هذا الاصل حرفا وهو ان التحليف على فعل نفسه على البتات وعلى فعل الغير على العلم الا اذا كان
شيئا يتصل به فح يحلف على البتات خرج على هذا فصل الرد بالعيب لان ذلك مما يتصل به لان تسليم العبد سليما واجب على البائع فان وقعت الدعوى على

قال ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه او صالحه منها على عشرة دراهم فهو جائز وهو ماثور عن عثمان رضي الله عنه

فعل المدعى عليه من جهة على فعل غيره من وجه بان قال افتديت مني استاجرت مني استقرضت مني فان هذه الافعال فعله وفعل غيره فانما يقوم باثنين ففي هذه الصور يحلف على البتات وقيل ان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا قال الذي استحلف لا علم لي بذلك فاما اذا قال لي علم بذلك يحلف على البتات الا ترى ان المودع اذا قال قبض صاحب الوديعة الوديعة مني فانه يحلف المودع على البتات وكذا الوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشتري ثم اقر البائع ان الموكل قبض الثمن وجحد الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه فاذا حلف يرى المشتري ويحلف الوكيل على البتات بالله لقد قبض الموكل وهذا تحليف على فعل الغير ولكن الوكيل يدعي ان له علما بذلك فانه قال قبض الموكل فكان له علم بذلك فيحلف على البتات الى هنا لفظ الفصول كذا في غاية البيان وذكر الامام الاسبيجابي ان في كل موضع وجبت اليمين على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا واذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول ولو وجبت على العلم فحلف على البتات سقط عنه الحلف على العلم ولو نكل يقضى عليه لان الحلف على البتات اقوى كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفصول وقال بعض الفضلاء قال الزيلعي اقتدا من النهاية ثم في كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وفي كل موضع وجب فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط عنه اليمين على العلم ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات اكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس انتهى وفيه بحث اما اولا فلان قوله لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ليس كما ينبغي بل اللائق ان يقضى بالنكول فانه اذا نكل عن الحلف على العلم ففي الحلف على البتات اولى والجواب المنع لجواز ان يكون نكوله للعلم لعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذرا عن التكرار واما ثانيا فلان قوله ويقضى عليه اذا نكل محل تامل فانها اذا لم يجب عليه كيف يقضى عليه اذا نكل الى هنا كلام ذلك القائل واقول بحثه الثاني متوجه في الظاهر ولكنه ليس مستقلا بايراده بل قد سبقه اليه بعض العلماء حيث ذكر ما في النهاية وقال فيه كلام وهو ان الظاهر عدم الحكم بالنكول لعدم وجوب اليمين على البتات كما لا يخفى انتهى وقد سبقهما اليه الامام عماد الدين حيث قال في فصوله ورأيت فيما كتبت من نسخته المحيط في فصل المتفرقات من ادب القاضي منه في كل موضع وجب اليمين على البتات فحلف القاضي على العلم لا يكون معتبرا واذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول ولو وجب على العلم فحلفه على البتات يسقط عنه الحلف لان البتات اقوى ولو نكل عنه يقضى عليه قلت وهذا الفرع مشكل انتهى ولا يخفى ان مراده بهذا الفرع هو قوله ولو نكل عنه يقضى عليه وان وجه الاشكال توجه ما ذكره واما بحثه الاول وجوابه فمنظور فيهما اما البحث الاول فلان اللازم من النكول عن الحلف على العلم ان يفهم نكوله عن الحلف على البتات لو حلف عليه لا ان يتحقق النكول عن الحلف على البتات بالفعل والذي من اسباب القضاء هو الثاني دون الاول كما لا يخفى واما الجواب فلانه لو علم بيقين كون نكوله للعلم لعدم فائدة النكول اليمين على الحكم فالحكم ايضا ما ذكر ولا يجري الجواز المذكور هناك على انه لا وجه لقوله فلا يحلف حذرا عن التكرار اذ المحذور تكرار التحليف لا تكرار الحلف كما لا يخفى قال اي محمد رح في الجامع الصغير في كتاب القضاء ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه اي افتدى الآخر عن يمينه او صالحه منها اي صالح الآخر المدعى من اليمين على عشرة دراهم مثلا فهو اي الافتداء او الصلح جائز فالافتداء قد يكون بمال يساوي المدعى وقد يكون بمال هو اقل من المدعى واما الصلح عن اليمين فانما يكون على مال اقل من المدعى في الغالب لان الصلح مبني عن الحطيطة وكلاهما مشروع كذا في النهاية ومعراج الدراية وهو اي الافتداء عن اليمين ماثور عن عثمان رضي الله عنه قال صاحب العناية ولفظ الكتاب يشير الى انه كان مدعى عليه ذكر في الفوائد الظهيرية انه ادعى عليه اربعون درهما فاعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل الا تحلف وانت صادق فقال اخاف ان يوافق قدر يميني فيقال هذا السبب يمينه الكاذبة وذكر ان مقداد بن الاسود استقرض من عثمان رض سبعة آلاف درهم ثم قضاه اربعة آلاف درهم فترافعا الى عمر رض في خلافته فقال المقداد ليحلف يا امير المؤمنين ان الامر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر رض لعثمان رض انصفك المقداد احلف انها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان رض

وليس له ان يستحلفه على تلك اليمين ابدا الا ما اسقط حقه

باب التحالف

قال واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى البائع اكثر منه او اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري اكثر منه

فلما خرج المقداد قال عثمان رض لعمر رض انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك ان تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان رض عند ذلك ما قاله فيكون دليلا للشافعي رح على جواز رد اليمين على المدعي والجواب انه كان يدعي الايفاء على عثمان رض وبه نقول انتهى وقال بعض الفضلاء فيه نظر لان المقداد اذا قضاه اربعة آلاف كيف قال عثمان رض انها كانت سبعة آلاف ثم ان القصة ايضا ليست مما نحن بصدده اذ ليس فيها الا النكول لا الاقتداء والصلح انتهى واقول نظيره ساقط لتقييد اما شقه الاول فلان معنى قول عثمان رض انها كانت سبعة آلاف انها كانت في الاصل سبعة آلاف كما يرشد اليه لفظ كانت لان الباقية في ذمته الان سبعة آلاف ولا يخفى ان قضاء اربعة آلاف انما ينافي الاول دون الثاني فان قلت يشكل حينئذ قوله والجواب انه كان يدعي الايفاء على عثمان رض اذ النزاع ح يكون في الايفاء دون مقدار اصل القرض كما ذكرت قلت المراد به انه كان يدعي ايفاء تمام الدين وهو اربعة آلاف على عثمان رضي الله عنه وهو ينكر ذلك ويقول بل وفيت البعض منه وهو اربعة آلاف وبقي البعض منه في ذمتك وهو ثلثة آلاف فح يكون النزاع في الايفاء فرع النزاع في اصل مقدار القرض فتسلم القصة عن تعارض طرفيها كما توهمه ان الخ ويخرج الجواب عما قاله الشافعي رح واما شقه الثاني فلانه لم يدع احد ان القصة مما نحن بصدده بل صرحوا بان عثمان رضي الله عنه كان مدعيا في هذه القصة ليصلح ان يتخذه الشافعي رح دليلا على مذهبه وهو جواز رد اليمين على المدعي وان امكن الجواب عنه من قبلنا وانما كان مدعى عليه ومقتديا عن يمينه بمال في رواية مذكورة في الفوائد الظهيرية والمقصود البينة على ان قول الصحابي وهو ما ثور عن عثمان رضي الله عنه انما يتم على رواية بعض الكتب دون رواية بعضها وقد اشار اليه صاحب العناية حيث قال اولا ولفظ الكتاب يشير الى انه كان مدعى عليه فذكر ما ذكر في الفوائد الظهيرية ثم نقل هذه القصة فقال فيكون دليلا للشافعي رح على جواز رد اليمين على المدعي واعلم ان صاحب النهاية قد اوضح المرام بتفصيل الكلام في هذا المقام فقال قد اختلفت روايات الكتب في ان عثمان رضي الله عنه كان مدعى عليه في ذلك او مدعيا ففي الفتاوى الظهيرية انه اذا ادعى عليه اربعون درهما فاعطى شيئا واقتدى بيمينه ولم يحلف فقيل الا تحلف وانت صادق فقال اخاف ان يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر في الباب الاول من دعوى المبسوط في احتجاج الشافعي رح في مسئلة رد اليمين على المدعي ان عثمان رضي الله عنه كان مدعيا فقال وحجته في رد اليمين على المدعي على ما روي ان عثمان رض ادعى مالا على المقداد بين يدي عمر رضي الله عنه الى ان قال التحلف لي عثمان رض وذكر الامام المحبوبي رح تمام القصة فقال روي ان مقداد بن الاسود استقرض من عثمان رضي الله عنه سبعة آلاف درهم ثم قضاه اربعة آلاف درهم فترافعا الى عمر رضي الله عنه في خلافته فقال المقداد يا امير المؤمنين ان الامر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر رض لعثمان رض انصفك المقداد ليحلف انها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان رض فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر رضي الله تعالى عنهما انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك ان تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان رض عند ذلك ما قاله ثم قال في المبسوط وتأويل حديث المقداد انه ادعى على الايفاء على عثمان رض وبه نقول الى هنا كلام صاحب النهاية وليس له ان يستحلفه على تلك اليمين اي ليس للمدعي ان يستحلف المدعى عليه على تلك اليمين التي اقتدى عنها او صالح عنها على مال ابدا اي في وقت من الاوقات لانه اسقط حقه اي لان المدعي اسقط حقه في يمين المدعى عليه بالاقتداء والصلح بخلاف ما لو اشترى بمينة بعشرة دراهم فانه لم يجز وكان له ان يستحلفه لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال كذا في الشروح وسائر المعتبرات

باب التحالف لما ذكر حكم يمين الواحد شرع في بيان حكم يمين الاثنين لان الاثنين بعد الواحد طبعا فراعاه في الوضع ليناسب الوضع الطبع قال اي القدوري في مختصره واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما اي المشتري ثمنا بان قال مثلا اشتريته بمائة وادعى البائع اكثر منه بان قال بعته بمائة وخمسين او اعترف البائع بقدر من المبيع بان قال مثلا المبيع كر من الحنطة وادعى المشتري اكثر منه بان قال هو كران من الحنطة والحاصل اذا وقع الاختلاف بينهما

واقام احدهما البينة قضي له بها لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة هذا بجهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا اعلمناه بتراضيهما فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر

في قدر الثمن كما في الصورة الاولى او في قدر المبيع كما في الصورة الثانية فاقام احدهما البينة قضي له بها اي بالبينة لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها لان البينة توجب الحكم على القاضي ومجرد الدعوى لا يوجبه عليه وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات اي وضعت في الشرع للاثبات فكل ما كان اكثر اثباتا كان اولى ولا تعارض في الزيادة لان البينة المثبتة للاولى لا تعرض للزيادة فكانت البينة المثبتة للزيادة سالمة عن المعارض كذا في غاية البيان قال تاج الشريعة فان قلت البينة التي تثبت الاقل تنفي الزيادة لانها تثبت ان كل الثمن هذا القدر قلت المثبتة للزيادة تثبتها قصدا وتلك لا تنفيها قصدا وكانت الاولى اولى لما قامت بينتها معارضة انتهى اقول جوابه هذا وان كان صحيحا في نفسه الا انه غير مطابق لظاهر تقرير النص رح فان المفهوم منه انتفاء التعارض بين البينتين في الزيادة والمفهوم من هذا الجواب تحقق التعارض بينهما في الزيادة ومع رجحان البينة المثبتة للزيادة على البينة النافية لها فتامل ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا بان قال البائع مثلا بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعتها وهذا العبد معها بخمسين دينارا واقاما بينة فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات فالجارية والعبد جميعا للمشتري بمائة دينار في المثال المذكور وقيل هذا قول ابي حنيفة رح آخرا وكان يقول اولا وهو قول زفر رح يقضي للمشتري بمائة وخمسة وعشرين دينارا نظيره المسئلة في الاجارات كذا في الشروح ثم المراد من قوله ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا اي في قدرهما على ما ذكرنا من صورة المسئلة واما اذا اختلفا في جنس الثمن واقاما البينة فالبينة بينة من الاتفاق على قوله كما لو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار واقاما البينة لزم البيع بالعبد وتقبل بينة البائع دون حق المشتري لان حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف في حق البائع فبينته على حقه اولى بالقبول ولانه يثبت بينة الحق لنفسه في العبد والمشتري تنفي ذلك والبينات للاثبات لا للنفي كذا في النهاية نقلا عن المبسوط اقول في التعليل الثاني بحث اما اولا فبالمعارضة فان المشتري يثبت بينة الحق للبائع في مائة دينار والبائع ينفي ذلك والبينات للاثبات لا للنفي فينبغي ان تقبل بينة المشتري دون البائع واما ثانيا فبالنقض فانه لو تم هذا التعليل لافاد عدم قبول بينة المشتري عند انفراده باقامة البينة ايضا اذ تنفي المشتري ايضا بينة حق البائع بما ادعاه والبينات للاثبات لا للنفي مع ان المسئلة على انه اذا اقام احدهما البينة قضي له بها قطعا واما ثالثا فبالمنع فانا لا نسلم ان المشتري تنفي بينة اثبات البائع بل هو يثبت لها ما يدعيه نفسه وهو كون حق البائع في مائة دينار وليست عما بينة البائع وهو كون حقه في العبد فان حصل مما بينة المشتري نفي اثبات البائع فانما هو بالتبع والتضمن لا بالاصالة والقصد وذلك لا ينافي كون وضع البينات للاثبات دون النفي وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اي يقول الحاكم للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اي يقول للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود اي المقصود من شرع الاسباب قطع المنازعة ودفع الخصومة وهذا جهة فيه اي القول المذكور للبائع وللمشتري جهة في قطع المنازعة لانه ربما لا يرضيان اي المتبايعان بالفسخ فاذا اعلمناه اي بالفسخ تراضيا اي بدعوى كل واحد منهما اقول لقائل ان يقول كما ان ما ذكر جهة في قطع المنازعة كذلك عكس ذلك جهة فيه بان يقال للبائع اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه المشتري والا فسخنا البيع وان يقال للمشتري اما ان تقبل ما اعترف البائع من المبيع والا فسخنا البيع وبالجملة ان قطع المنازعة كما يمكن بان يكلف مدعي الاقل بالرضى بالاكثر يمكن ايضا بعكسه وهو ان يكلف مدعي الاكثر بالرضى بالاقل فما الرجحان في اختيارهم الجهة المذكورة دون عكسها فتامل فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر قال صاحب النهاية في شرح قول المص فان لم يتراضيا اي بان يعطي كل واحد ما يدعي صاحبه انتهى اقول فيه قصور لان هذا لا يتصور الا في الصورة الثالثة من الصور الثلث المذكورة وهي ما اذا اختلفا

وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكرها والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكر فكل واحد منهما منكر فيتحالف فاما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفي بيحلفه

في الثمن والمبيع جميعا دون الصورتين الاخريين اذ قد مر في الكتاب ان صورة الاختلاف في الثمن ان يدعي احدهما ثمنا ويدعي الآخر اكثر منه واصورة الاختلاف في المبيع ان يدعي احدهما قدرا من المبيع ويدعي الآخر اكثر منه فلو اعطى كل واحد ما يدعي صاحبه في باقي الصورتين لزم اعطاء الثمنين معا او اعطاء المبيعين معا وهذا خلف ولا يخفى ان ما ذكره المص ههنا حكم عام للصور الثلث جميعا فلا يناسب التفسير المزبور وقال صاحب غاية البيان في شرح هذا المقام اي ان لم يتراض البائع والمشتري يعني لم يرض البائع بما ادعاه المشتري من المبيع ولم يرض المشتري بما ادعاه البائع من الثمن يستحلف القاضي كل واحد من البائع والمشتري على دعوى صاحبه انتهى اقول وفيه ايضا قصور لان هذا ايضا لا يجري الا في الصورة الثالثة من تلك الصور الثلث كما لا يخفى على ذي مسكة فلا يناسب ما ذكره المص ههنا من الحكم العام للصور الثلث كلها واما سائر الشراح فلم يتعرضوا ههنا للشرح والبيان فالحق عندي في شرح المقام ان يقال اي ان لم يتراض البائع والمشتري على الزيادة سواء كانت مما يدعيه احدهما كما في الصورة الاولى والصورة الثانية او مما يدعيه كل واحد منهما كما في الصورة الثالثة استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر فح يجري معنى الكلام ومحوى المقام في كل صورة كما ترى وهذا التحالف قبل القبض اي قبل قبض المشتري السلعة كذا في النهاية ومعراج الدراية على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره اي ينكر بالدعاء البائع والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بالنقد والبائع ينكره فكل منهما منكر فيحلف لان اليمين على المنكر بالحديث المشهور

واما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له بقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكره فيكتفي بحلفه اي كان القياس ان يكتفي بحلفه فان قلت اذا لم يدع المشتري شيئا فيما بعد القبض ينبغي ان لا يقبل بينته في هذه الصورة اذا اقامها لان البينة للمدعي مع انه قال فيما قبل فاقام احدهما البينة قضي له بها قلت المراد ان المشتري لا يدعي شيئا ادعاء معنويا فيما بعد القبض وهذا لا ينافي ان يكون المشتري مدعيا ادعاء صوريا في هذه الصورة وبينة المدعي صورة تسمع على ما صرحوا به كما اذا ادعى المودع رد الوديعة على آمر لا يقال ان كان المشتري مدعيا صورة فيما بعد القبض يكون البائع منكرا الا ادعاه صورة فيصير التحالف ههنا ايضا موافقا للقياس لانا نقول لم يقل احد بتحليف المنكر الصوري بل انما اليمين ابدا على المنكر الحقيقي بخلاف المدعي الصوري فان البينة تسمع منه على ما ذكروا وذلك ان نقول في الجواب عن اصل السؤال ان المشتري لا يدعي شيئا فيما بعد القبض وقبول بينته فيه لدفع اليمين عنه لا لكونه مدعيا وهذا اي قبول البينة من غير المدعي لدفع اليمين كثير من مسائل الفقه يعرفه من تتبع الكتب وهذا الوجه من الجواب هو الاوفق لما رأيناه حقا في شرح مراد المص من كلامه المذكور في صدر كتاب الدعوى فتذكر اقول بقي ههنا شيء وهو انه ان اراد المص بكلمة هذا في قوله وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس الاشارة الى ما في صورة الاختلاف في الثمن فقط من الصور الثلث المذكورات كما هو الظاهر من اختصاص الدليل الذي ذكره بقوله لان البائع يدعي زيادة الثمن الخ بتلك الصورة فلا يخلو الكلام عن الوكالة لفظا ومعنى اما الاول فلان تلك الصورة بعد الصور المذكورة فالاشارة الى ما فيها بلفظ القريب بعيد واما الثاني فلان الاصل المذكور اعني كون التحالف قبل القبض على وفاق القياس وبعده على خلافه غير مخصوص بتلك الصورة بل هو جار ايضا في صورة الاختلاف في المبيع فان المشتري يدعي فيها قبل قبض البائع الثمن زيادة المبيع والبائع ينكره والبائع يدعي وجوب تسليم الثمن بما اعترف من المبيع والمشتري ينكره فكل منهما منكر فيحلف واما بعد قبض البائع الثمن فلا يدعي على البائع شيئا لان الثمن سالم له بقي دعوى المشتري في زيادة المبيع والبائع ينكره فيكتفي بحلفه ولقد افصح الامام الزيلعي عن عدم اختصاصه بتلك الصور حيث قال في التبيين وهذا اذا كان قبل قبض احد البدلين فظاهر وهو قياس وان كان بعده فمخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعي شيئا على صاحبه وانما ينكر بالدعاء الآخر انتهى فاذا لم يكن الاصل المذكور مخصوصا بتلك الصورة لم يظهر تخصيص الاشارة الى ما فيها وجه وان اراد بها الاشارة الى جنس التحالف فلا يخلو المقام عن الوكالة لفظا ومعنى ايضا اما الاول فلان لفظ هذا يصير حينئذ زائدا لا موقع له في الظاهر

للمعرفة بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها فالقول ما قال البائع او يترادان قال ويبتدي بيمين المشتري وهذا
قول محمد وابي يوسف رح اخرا وروايته عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح لان المشتري انكر لانه يطالب بالثمن ولانه يتعجل فائدة النكول لاستحقاق
رد بيمين البائع فتاخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف يقول اولا يبدا بيمين البائع لقوله عليه السلام فاذا اختلف
المتبايعان فالقول ما قال البائع مع يمينه بالله الذي لا اله الا هو ما بعته بكذا وقل فائدته التقديم فان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن بدء القاضي بيمين ايهما شاء لاستوائهما
وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين قال في الزيادات

وما الثاني فلان الدليل الذي ذكره يقول لان البائع يدعي زيادة الثمن الخ يصير اخص من المدعى ثم اعلم ان صاحب الكافي وكثير من الثقات تركوا كلمة هذا
في بيان الاصل المذكور ولكنهم ذكروا ايضا في دليل مخالفة للقياس بعد القبض ما يختص بصورة الاختلاف في الثمن فقط ويمكن توجيه الكل بغاية فتامل لكنا عرفنا
بالنص استدراك من قوله فيكتفي بحلف يعني كان التباين في صورة الاختلاف بعد القبض ان يكتفي بحلف المشتري لكنا عرفنا التحالف بالنص وهو قوله عليه الصلوة والسلام
اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا قال صاحب الغاية ولقائل ان يقول هذا الحديث مخالف للمشهور فان لم يكن مشهورا فهو مرجوح وان
كان فكذلك لعموم المشهور او يتعارضان ولا ترجيح انتهى اقول في الجواب عنه قد تقرر في كتب الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارة النص فحينئذ يكون هذا الحديث
راجحا على المشهور لان الحديث يدل بعبارته على استحلاف المدعى ايضا فيما نحن فيه اما الحديث المشهور فلا يدل العبارة على عدم استحلاف المدعى مطلقا بل انما يدل عليه باشارته
حيث يفهم من تقسيم المتحالفين الى قسمين او من جعل جنس الايمان على المنكرين كما بين فيما مر فهو اذن مرجوح قال اي القدوري في مختصره ويبتدي اي القاضي بيمين المشتري
قال المص وهذا قول محمد وابي يوسف اخرا وروايته عن ابي حنيفة رحمهم الله تعالى وهو الصحيح احترازا عن القول الاول لابي يوسف رح كما سيجيء لان المشتري اشد
انكارا لانه يطالب اولا بالثمن فهو البادي بالانكار قال صاحب الغاية وهذا يدل على تقدم الانكار دون شدته ولعله اراد بالشدة التقدم وهو انسب بالمقام لان
لما تقدم في الانكار تقدم في الذي يترتب عليه انتهى اقول فيه نظر لان الظاهر ان هذا ما ذكره المص رح على كون البادي اظلم لكونه منشا للثاني ايضا فيكون اشد
كما يكون اقدم ويجوز ايضا ان يكون مداره على ان المشتري لما كان مطالبا اولا بالثمن كان منكر الشيئين اصل الوجوب ووجوب الاداء في الحال فكان اشد
انكارا وعند هذين المحلين لا يصح الاجراء الكلام على الحقيقة كيف يجوز جعل الاشد على الاقدم مع جواز عدم ظهور العلاقة بينهما ولانه يتعجل فائدة النكول اي بالابتداء
بيمين المشتري وهو اي فائدة النكول الزام الثمن فذكر الضمير الراجع الى الفائدة باعتبار الخبر وهو الزام الثمن او بتاويل الفائدة بالنفع ولو بدء بيمين البائع تاخر
المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن لان تسليم المبيع يؤخر الى زمان استيفاء الثمن لانه يقال له امسك المبيع الى ان تستوفي الثمن فكان تقديم ما يتعجل فائدته اولى
كذا في الكافي وكان ابو يوسف رح يقول اولا يبدا بيمين البائع وذكر في المنتقى وفي جامع ابي الحسن عن ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح كذا في الغاية وجه
قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع وجه الاستدلال انه عليه الصلوة والسلام خصه بالذكر اي خص البائع بالذكر حيث قال فالقول
ما قاله البائع واقل فائدته اي فائدة التخصيص التقديم يعني انه عليه الصلوة والسلام جعل القول قول البائع وهذا بظاهره يقتضي الاكتفاء بيمينه فاذا كان لا يكتفى
بيمينه فلا اقل من ان يبدا بيمينه وفي غاية البيان قال في شرح الاقطع جوابا عن هذا الحديث انما خص البائع بالذكر لان يمين المشتري معلومة لا يشكل لقوله
عم واليمين على من انكر فسكت صلى الله عليه وسلم عما تقدم بيانه وبين ما يشكل ولم يتقدم بيانه انتهى اقول فيه نظر لان قوله عليه السلام واليمين على من انكر كما انه
دليل في حق المشتري دليل ايضا في حق البائع فانه قد مر ان كل واحد منهما ينكر في كل واحدة من الصور الثلث المذكورة فيما اذا اختلفا قبل القبض وايضا اذا اختلفا
بعد القبض ففي صورة الاختلاف في الثمن بعد قبض المبيع انكره المشتري وفي صورة الاختلاف في المبيع بعد قبض الثمن انكره البائع فاستوى كل واحد من البائع والمشتري في الانكار
تحت قوله عليه السلام واليمين على من انكر في اكثر الصور وعدم الاندراج تحته في بعض الصور فلا فرق بينهما في اشكال اليمين وعدم اشكالها وتقدم البيان
وعدم تقدمه فلم يتم الجواب المذكور ثم ان هذا الذي ذكر من عدم لزوم الابتداء بيمين المشتري على القول الصحيح اي يمين البائع على القول الآخر اذا كان المبيع
بيع عين بثمن وان كان بيع عين بعين وهو المسمى بالمقايضة او ثمن بثمن اي بيع ثمن بثمن وهو المسمى بالصرف بدء القاضي بيمين ايهما شاء من البائع والمشتري لاستوائهما
اي في الانكار وفي فائدة النكول وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين كذا ذكره في الاصل وقال في الزيادات

يحلف البائع بالله ما باعه بالألف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالألف لعدم الإثبات إلى النفي تأكيدا قال الصدر
والأصح الاقتصار على النفي لأن الإيمان على ذلك وضعت أي على النفي وضعت لا على الإثبات كذا في النهاية ومعراج الدراية دل عليه حديث القسامة
بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا وقال صاحب النهاية وفيه نظر لأن ذلك لا ينافي التأكيد انتهى أقول بل ينافيه لأن وضع الإيمان لما كان مقصورا على النفي كما يشير
تفسيرنا المنقول عن النهاية ومعراج الدراية ودل عليه كلام المصنف حيث قال على ذلك وضعت بتقديم على ذلك على وضعت دون تأخيره عنه على ما هو حقه لإفادة القصر
وضعا على النفي المشار إليه بذلك لم يجز إدراج الإثبات في اليمين ولو بطريق التأكيد وإلا يلزم الظلم للمنكر بإلزام الزائد على ما يجب عليه شرعا ولا شك أن الذي
يجب عليه شرعا ويكون حقا للمدعي إنما هو الإتيان بما وضعت له اليمين دون ما هو خارج عنه زائد عليه وهو الإثبات فلا بد من الاقتصار على النفي كما ذكره بعض الفضلاء
بعد الجواب عن النظر المذكور بكلمات طويلة الذيل جلبابل كلها مدخول ومجروح تركنا ذكرها وردها مخافة التطويل بلا طائل قال أي القدوري في مختصره فإن حلفا
فسخ القاضي البيع بينهما أي إن طلبا أو طلب أحدهما كذا في الكافي والشروح قال المصنف وهذا أي الذي ذكره القدوري يدل على أن البيع لا ينفسخ بنفس
التحالف وقال في غاية البيان وبه صرح في كتاب الاستحلاف لأبي حازم القاضي حيث قال إذا استحلفا فسخ الحاكم البيع بينهما ولم ينفسخ بالتحالف انتهى وقال
في الكافي وقيل ينفسخ بنفس التحالف والصحيح هو الأول انتهى لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فبقي بيع مجهول أي بقي بيع بثمن مجهول كذا في الكافي والكفاية أقول إلا أن
في صورة كون الاختلاف في المبيع دون الثمن فالأولى أن يكون مراد المصنف أعم من ذلك أي بقي بيع مجهول إما بجهالة المبيع فيما اختلفا في المبيع وإما بجهالة
الثمن فيما اختلفا في الثمن وإما بجهالة المبيع والثمن معا فيما اختلفا فيهما فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة بينهما أو يقال إذا لم يثبت البدل للتعارض لم يبق مبيعا
بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في فاسد البيع أي البيع الفاسد وهما لم يفسخاه فلا بد أن يقوم القاضي مقامهما وفي المبسوط حل للمشتري وطء الجارية
إذا كانت المبيعة فلو فسد البيع بالتحالف لما حل للمشتري وطؤها كذا في الشروح قال أي القدوري في مختصره وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لأنه أي
الناكل قبل باذلا لصحة البدل في الاعتراض فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته أي بثبوت ما ادعاه الآخر لعدم المعارضة أقول في تقرير المصنف
شيء وهو أنه ساق الدليل على أصل أبي حنيفة رح فقط حيث قال وجعل باذلا والنكول عندهما إقرار لا بذل كما مر فلا تمشي ما ذكره على أصلهما مع أن مسكتنا نبه اتفاقا
بين أئمتنا فكان الأحسن أن يقول لأنه صار مقرا بما يدعيه الآخر وباذلا لما قاله صاحب الكافي والإمام الزيلعي ثم اعلم أن الإمام الزيلعي زاد في شرح هذا المقام من
الكنز قيدا آخر حيث قال فلزمه إذا اتصل به القضاء وقال وهو المراد بقول المصنف لزمه دعوى الآخر لأنه بدون اتصال القضاء به لا يوجب شيئا إما على اعتبار
البذل فظاهر وإما على اعتبار أنه إقرار فلأنه إقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا بانفراده انتهى قال أي القدوري في مختصره وإن اختلفا في الأجل أي في أصله
أو قدره كذا في الشروح أو في شرط الخيار أي في أصله أو قدره أيضا كذا في معراج الدراية وغاية البيان أو في استيفاء بعض الثمن وكذا الحكم فيما إذا اختلفا في
استيفاء كل الثمن لكن لم يذكره المصنف لأن ذلك مفروغ عنه باعتبار أنه صار بمنزلة سائر الدعاوى كذا في النهاية ومعراج الدراية فلا تحالف بينهما عندنا وبه قال
أحمد رح وقال زفر رح والشافعي رح ومالك يتحالفان لو اختلفا في أصل البيع لم يتحالفا بالإجماع كذا في معراج الدراية ثم إن القول في مسائل الكتاب لمنكر الأجل ولمنكر
شرط الخيار ولمنكر الاستيفاء وفي مسألة الاختلاف في أصل البيع لمنكر العقد وذكر كلها هنا في الكافي وسيجيء بعضها في الكتاب قال صاحب العناية وإذا اختلفا في
الأجل في أصله أو في قدره أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البائع انتهى وقال بعض الفضلاء هذا ليس بسديد لأنه قد يكون القول
قول المشتري إذا كان منكرا كما إذا كان مدعي الخيار هو البائع انتهى أقول هذا ظاهر ولكن الغالب أن صاحب العناية سلك هنا مسلك التغليب اعتمادا على ظهور

أن هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فأشبه الاختلاف في الحط والإبراء وهذا لأن بانعدامه لا يختل به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن فإن الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الأجل لأنه ليس بوصف إلا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه قال والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه لأنهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض قال فإن هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة

هذه الصورة قال المص في تعليل المسائل المذكورة لأن هذا أي الاختلاف في الأجل وشرط الخيار أو استيفاء بعض الثمن اختلاف في غير المعقود عليه وهو المبيع والمعقود به وهو الثمن والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف لأن التحالف عرف بالنص والنص إنما ورد عند الاختلاف فيما يتم به العقد إذ قد علق فيه وجوب التحالف باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع والبيع إنما يثبت بالمبيع والثمن لا بالأجل وشرط الخيار واستيفاء الثمن وكأنه قيل إذا اختلف المتبايعان في المبيع أو في الثمن يتحالفان لا اختلاف فيما ذكر من الأجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن لم يكن في معنى المنصوص عليه فلم يلحق به إذ الزيادة في الشرع وإنما كان في هذا فاشبه الاختلاف في الحط أي في الحط من الثمن والإبراء أي الإبراء عن الثمن ولا يتحالف في الاختلاف فيهما بل القول قول من أنكر مع يمينه فكذا في الاختلاف في الأمور المذكورة وهذا أي كون الاختلاف في الأمور المذكورة اختلافا في غير المعقود عليه والمعقود به ويجوز أن يشار به إلى الأقرب أي شبه الاختلاف في الأمور المذكورة للاختلاف في الحط والإبراء لأن بانعدامه أي بانعدام ما ذكر من الأجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن لا يختل به قوام العقد لأن العقد بلا شرط وأجل جائز فإذا اختلفا الشرط أو في الأجل وحالفا بقي العقد بلا شرط وأجل وإنه لا يوجب الفساد وأما إذا اختلفا في الثمن أو الثمن وحلفا لم يثبت ما ادعاه أحدهما فيبقى الثمن أو المثمن مجهولا وذلك يوجب الفساد ووجه آخر وهو أن الاختلاف في الثمن أو الثمن يوجب الاختلاف في العقد ألا ترى أنه لو اختلف الشاهدان فشهد أحدهما بالبيع بالف درهم والآخر بالدنانير لا يقبل وإذا اختلفا في القدر كان كل منهما مدعيا ومنكرا أما الاختلاف في الشرط والأجل فلا يوجب الاختلاف في العقد ألا ترى أنه لو شهد أحدهما أنه باعه بالف إلى شهر وشهد الآخر أنه باعه بالف يقضى بالعقد بالف حالة وكذا لو شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار ثلاثة أيام وشهد الآخر أنه باعه ولم يذكر الخيار جازت الشهادة كذا في النهاية نقلا عن جامع الإمام قاضيخان بخلاف الاختلاف في وصف الثمن كالجودة والرداءة وجنسه كالدراهم والدنانير حيث يكون الاختلاف فيهما بمنزلة الاختلاف في القدر أي في قدر الثمن في جريان التحالف لأن ذلك أي الاختلاف في وصف الثمن يرجع إلى نفس الثمن أي إلى الاختلاف في نفس الثمن فإن الثمن دين وهو أي الدين يعرف بالوصف فلما اختلفا في الوصف وهو معرف صار اختلافا في المعرف وهو الثمن ولا كذلك الأجل أي ليس الاختلاف فيه بمنزلة الاختلاف في قدر الثمن لأنه أي الأجل ليس بوصف بل هو أصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه أي بعد مضي الأجل ولو كان وصف المبيع كذا في الكافي قال في معراج الدراية كذا قيل وفيه نوع تأمل انتهى قال أي القدوري في مختصره والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه لأنهما أي الخيار والأجل يثبتان بعارض الشرط أي بشرط عارض على أصل العقد والقول لمنكر العوارض والحكم في استيفاء بعض الثمن كذلك لأن بانعدامه لا يختل به قوام العقد لبقاء ما يحصل ثمنا كذا في العناية قال أي القدوري في مختصره فإن هلك المبيع ثم اختلفا أي فإن هلك المبيع بعد قبض المشتري ثم اختلفا في مقدار الثمن كذا في الشروح وغرره في النهاية ومعراج الدراية أي المبسوط لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري أي مع يمينه وقال محمد رح يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي رح وعلى هذا أي على هذا الخلاف إذا خرج المبيع عن ملك أي ملك المشتري أو صار أي المبيع بحال لا يقدر أي المشتري على رده بالعيب بحدوث عيب في يده لها أي لمحمد رح والشافعي رح أن كل واحد منهما أي من البائع والمشتري يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره فإن البيع بالف غير البيع بالفين ألا ترى أن شاهدي البيع إذا اختلفا في مقدار الثمن لا يقبل الشهادة وأنه يفيد دفع زيادة الثمن اعلم أن حل هذه المقدمة وربطها بالمقاد من مشكلات هذا الكتاب ولهذا كان للشراح ههنا طرائق قد راولم يات احد منهم بما يشفي العليل فقال صاحب النهاية أي وأن التحالف يفيد اعطاء المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري عن الحلف فإن فائدة اليمين النكول وهذا جواب سؤال مقدر وهو أن يقال ما فائدة التحليف على قول محمد رح بعد الهلاك مع عدم حكمه فإن حكم التحالف التراد وامتنع التراد بالهلاك فلا فائدة

وابي يوسف رح والفرق قول مشتري وقال محمد رح يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي رح وعلى هذا اذا خرج
عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده لعيب فيه ان كل واحد منهما ابتدع غير الحلف الذي يدعيه صاحبه ولا ينكره وانه يفيد دفع زيادة الثمن

في التحالف فاجاب عنه وقال بل فيه فائدة وهي دفع المشتري الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري فلذلك يتحالفان فان قيل هذا يحصل بتحليف
المشتري حينئذ فما فائدة تحليف البائع قلنا لا يحصل تمام الفائدة بتحليف المشتري فان المشتري اذا نكل يجب الثمن الذي ادعاه البائع والبائع اذا نكل
يندفع عن المشتري ما ادعى البائع عليه من الزيادة فيتم الفائدة الى هنا كلامه وقد اقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المحال الاول فيه بحث اما
اولا فلانه لما فسر الدفع الواقع في كلام المص رح باعطاء على ان يكون من دفع اليه لا من دفع عنه حيث قال اي وان التحالف يفيد اعطاء المشتري زيادة الثمن التي
يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري عن الحلف وجعل مراد المص رح ان فائدة التحالف عند محمد رح هي اعطاء المشتري الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول
المشتري اتجه عليه السؤال الذي ذكره بقوله فان قيل بالضرورة ولم يدفعه بما ذكره جوابا عنه اصلا لانه ان اراد انه لا يحصل تمام الفائدة التي حمل عليه مراد المص رح
هنا بتحليف المشتري فليس بصحيح اذ لا شك انه اذا حلف المشتري وحده ونكل عن الحلف يجب عليه اعطاء زيادة الثمن التي يدعيها البائع وان اراد انه
لا يحصل تمام الفائدة الحقيقية بتحليف المشتري فلا يفيد شيئا في دفع السؤال لان مورده ما حمل عليه مراد المص رح هنا واما ثانيا فلانه ان اراد بقوله في الجواب
والبائع اذا نكل الخ انه اذا نكل بعد نكول المشتري يندفع عن المشتري ما ادعى عليه البائع من الزيادة فليس بصحيح اذ قد تقرر فيما مر انه اذا نكل احد المتداعيين
عن اليمين لزمه دعوى الآخر فبعد نكول المشتري يلزمه دعوى البائع فلا يجوز تحليفه فكيف يتصور نكوله وان اراد به انه اذا نكل بعد حلف المشتري يندفع عن المشتري
ما ادعى البائع عليه من الزيادة يتجه عليه ان في هذه الصورة يندفع عن المشتري ذلك بحلفه السابق فلا تاثير فيه لنكول البائع وايضا يتجه على مجموع الجواب الامر
الثاني وهو اندفاع الزيادة عن المشتري يحصل بتحليف المشتري ان حلف كما ان الامر الاول وهو وجوب اعطاء الزيادة على المشتري يحصل بتحليفه ان نكل
فتمام الفائدة الذي ذكره وهو احد الامرين لا بعينه يحصل بتحليف المشتري وحده فلم يظهر فائدة تحليف البائع قط وقال صاحب الكفاية وتاج الشريعة يعني ان
التحالف يفيد دفع زيادة الثمن عن المشتري عند نكول البائع فكان التحالف مفيدا انتهى اقول فيه ايضا بحث لانهما حملا الدفع الواقع في كلام المص رح على معنى
المنع حيث جعلاه من دفع عنه كما ترى واعتبار ظهور الفائدة عند نكول البائع فيتجه على ما ذهبا اليه ان نكول البائع انما يتصور بعد حلف المشتري لا بعد نكوله فبنا
الفاد عند حلف المشتري قد حصلت هذه الفائدة اعني دفع زيادة الثمن عن المشتري فما الفائدة في تحليف البائع ونكوله بعد ذلك وقال صاحب العناية وانه
يعني التحالف يفيد دفع زيادة الثمن بمعنى ان التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول واذا حلف البائع اندفعت الزيادة
المدعاة فكان مفيدا انتهى اقول وفيه ايضا بحث لانه جعل الدفع الواقع في كلام المص رح من دفع عنه كما ترى والظاهر ان قوله بالنكول متعلق بقوله يدفع عن
المشتري وان مراده بالنكول نكول البائع دون نكول المشتري لان النفي يقتضي دفع زيادة الثمن عن المشتري انما هو نكول البائع واما نكول المشتري فيقتضي
دفعه زيادة الثمن بمعنى اعطائه اياها فاذن يؤول قوله ان التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول الى ما ذكره صاحب الكفاية
وتاج الشريعة كما مر فيرد عليه ما يرد عليه ذلك ويزداد اشكال قوله واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة لان مدلوله ان يكون اندفاع الزيادة المدعاة
بحلف البائع ومدلول قوله السابق ان يكون اندفاعها بنكول البائع فيلزم ان يتحد حلف البائع ونكوله حكما وهذا ظاهر الفساد فان قلت يجوز ان يكون
معنى قوله اللاحق واذا حلف البائع بعد حلف المشتري اندفعت الزيادة المدعاة بان يفسخ البيع على قيمة الهالك ومعنى قوله السابق اذا نكل البائع
الزيادة المدعاة عن المشتري بان يقضي بما ادعاه المشتري وهو اقل الثمنين لا بان يفسخ البيع على قيمة الهالك فاختلف حكم حلف البائع وحكم نكوله بهاتين الجهتين
وهو كاف قلت لا يتعين ان يكون قيمة الهالك انقص مما ادعاه البائع بل يجوز ان يكون مساوية له بل ازيد منه فلا يلزم من فسخ البيع على قيمة الهالك اندفاع

فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولابي حنيفة وابي يوسف رح ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه سلم المشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لانه لا يرفع العقد فلم يكن في معناه ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود

الزيادة المدعاة فلا يتم حمل معنى قوله اللاحق على ما ذكر فان قيل يجوز ان تكون كلمة حلف في قوله واذا حلف البائع الخ على صيغة المبني للمفعول من تفعيل ان يكون المعنى واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة اي بنكول البائع لا يحلفه فلا يلزم المحذور المذكور وهو اتحاد حكم حلف البائع ونكوله قلنا فح يلزم استدراك قوله اللاحق بحصول هذا المعنى بعينه من قوله السابق كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء قصد حل كلام صاحب العناية ههنا فقال في تفسير قوله بالنكول اي بنكول المشتري وقال قوله بالنكول متعلق بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن وقال في تفسير قوله واذا حلف البائع يعني بعد حلف المشتري وقال فان قيل دفع زيادة الثمن المدعاة حلف المشتري ليس الا قلنا اذا حلف البائع بعد حلف المشتري فسخ على القيمة وتندفع الزيادة المدعاة انتهى اقول جملة ما ذكره ليست بشيء اما تفسير قوله بالنكول بنكول المشتري وجعل قوله بالنكول متعلقا بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن فلانه لا يكون للكلام حينئذ معنى مقبول اصلا لانه ان كان المعنى يدفع عن المشتري زيادة الثمن الكائنة اي الثابتة في الواقع بنكول المشتري فلانه وجه له لان زيادة الثمن ان ثبت في الواقع يثبت بالعقد لا غير وان كان المعنى يدفع عن المشتري زيادة الثمن الثابتة في علم القاضي بنكول المشتري فلا صحة له لان زيادة الثمن اذا ثبت في علم القاضي بنكول المشتري يجب على المشتري فكيف يدفعها التحالف عنه بل لا يتصور التحالف عند نكول المشتري اصلا على ما مر غير مرة واما قوله يعني بعد حلف المشتري فلورود المشتري الذي ذكره بقوله فان قيل الخ عليه واما جوابه عن هذا السؤال فلسقوطه بما ذكرناه آنفا من انه لا يلزم من فسخ البيع على القيمة اندفاع الزيادة المدعاة بجواز ان يكون القيمة مساوية للزيادة المدعاة بل ازيد منها وقال صاحب الحاشية قوله وانه يفيد دفع زيادة الثمن اي ان دعوى المشتري يفيد ذلك وتذكير الضمير بتاويل الادعاء انتهى اقول وفيه ايضا بحث لان دعوى المشتري لا تفيد دفع زيادة الثمن سواء كان المراد بالدفع معنى الاعطاء او معنى المنع وانما الذي يفيد دفعها بينة المشتري او حلفه ان كان المراد بالدفع معنى المنع ونكوله ان كان المراد به معنى الاعطاء على ان الذي يقتضيه المقام بيان فائدة التحالف لا بيان فائدة دعوى المشتري ولا بيان فائدة تحليفه فقط فلو كان مراد المص ما ذكره فات مقتضى المقام كما لا يخفى على ذوي الافهام فيتحالفان هذا نتيجة الدليل المذكور كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة بان ادعى احدهما العقد بالدنانير والآخر بالدنانير فانهما يتحالفان ويلزم المشتري رد القيمة وللابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه يسلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به اي بالتحالف في حال قيام السلعة وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا فلا يتعدى الى حال هلاك السلعة فان قيل فليكن حال هلاك السلعة ملحقا بحال قيام السلعة بالدلالة اجاب بقوله والتحالف فيه اي في حال قيام السلعة يفضي الى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برد راس ماله بعينه اليه ولا كذلك بعد هلاكها اي بعد هلاك السلعة لارتفاع العقد اي بالهلاك الا يرى انه لا يفسخ بالاقالة والرد بالعيب بعد هلاك السلعة فكذا بالتحالف اذ الفسخ لا يرد الا على ما ورد عليه العقد فلم يكن في معناه اي فلم يكن وقت هلاك السلعة في معنى وقت قيام السلعة فبطل الالحاق ايضا ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود هذا جواب عن قول محمد والشافعي رح ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره اي لا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشتري حيث سلم له وهلك على ملكه سواء كان الامر على ما زعم هو او البائع فلما ذكر السبب صار بمنزلة اختلافهما في الف والفين بلا سبب فيكون اليمين على منكر الالف الزائد وهذا بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن لان البائع يدعي الدنانير والمشتري ينكر والمشتري يدعي الشراء بالدراهم والبائع ينكره وانكاره صحيح لان المبيع لا يسلم للمشتري الا بثمن ولم يتفقا على ثمن وههنا اتفقا على الالف وهو يكفي للصحة كذا قرر المقام في الكفاية ومعراج الدراية اخذا من الكافي وقال صاحب العناية في تقريره قوله ولانه لا يبالي الخ جواب عن قولهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قوله بموجب العلم اي سلمنا ذلك لكن لا نضر فيما نحن فيه لان اختلاف السبب انما يعتبر اذا افضى الى التشاكر وههنا ليس كذلك لان مقصود المشتري وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وتم بهلاكه وترتب

وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان عينا يتحالفان
لان المبيع في احد الجانبين قائم فيه زيادة الفسخ في حق ثالث ان كان له مثل او قيمة ان لم يكن له مثل قال وان هلك احد العبدين
ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه
عند ابي حنيفة رح الا ان يشاء البائع ان يأخذ العبد الحي ولا شيء له من قيمة الهالك وقال ابو يوسف رح يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي

على البائع شيئا ينكره يجب عليه اليمين ثم قال ونقض بحال قيام السلعة وما اذا اختلفا بعد هبة فان في كل منهما المقصود واصل والتحالف موجود واجيب عن الاول بانه ثبت
بالنص على خلاف القياس وعن الثاني بانه على الاختلاف والمذكور في بعض الكتب قول محمد رح انتهى وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست
من موجباته هذا ايضا جواب عن قولهما وانه يفيد دفع زيادة الثمن يعني ان المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست منها بل من موجبات
النكول وليست اليمين من موجبات العقد حتى يكون النكول من موجباته فلا يترك بها ما هو من موجباته وهو ملك المبيع وقبضه هذا زبدة ما في الشروح واعترض عليه
بعض الفضلاء بان ملك المبيع وقبضه باق على حاله على تقدير التحالف غاية انه يملك بالقيمة فلا يلزم ترك موجب العقد به انتهى اقول مدار هذا الاعتراض على عدم فهم
معنى المقام وزعم المراد بملك المبيع وقبضه ملك البائع المبيع وقبضه اياه وليس المراد به ذلك قطعا اذ لا شك ان الذي من موجبات العقد هو ملك المشتري المبيع وقبضه اياه
واما ملك البائع المبيع وقبضه اياه فمن موجبات الفسخ دون العقد وهذا مما لا ستره به ثم ان قوله غاية انه يملكه بالقيمة الخ كلام ساقط مع قطع النظر عن ذلك تامل تقف ثم ان
صاحب العناية بعد شرح هذا المقام قال فيه نظر لانا قد اعتبرنا حال قيام السلعة اذ فائدة للتحالف وليس من موجبات العقد والجواب انه ثبت بالنص على خلاف القياس
انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب بان قال فيه تامل فانه قبل القبض على وفاق القياس انتهى اقول لم يعتبر اذ فائدة للتحالف الا بعد القبض اذ الرد انما يتصور بعد
القبض فكان الجواب المزبور واقعا للنظر المذكور نعم لقائل ان يقول الظاهر ان للتحالف قبل القبض فائدة ما فاي شيء اعتبر فائدة للتحالف قبل القبض لم يكن من موجبات
العقد البتة لان موجب التحالف فسخ العقد وحكم الفسخ يخالف حكم العقد قطعا فينقض به قولهم وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد هذا اي وهذا الذي ذكرناه من الاختلاف
في التحالف عند صورة هلاك المبيع اذا كان الثمن دينا اي ثابتا في الذمة بان كان من الدراهم والدنانير او المكيلات او الموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة فان كان
عينا اي فان كان الثمن عينا كالثوب والفرس ونحو ذلك بان كان العقد متقايضة وهلك احد العوضين يتحالفان اي بالاتفاق لان المبيع في احد الجانبين قائم فان كل واحد
من العوضين في بيع المتقايضة مبيع وثمن ولا تبعيض احدهما للسببية بدخول الباء كما يقرر في كتاب البيوع فيه فائدة الفسخ وهو الترادف والقائم ثم يرد مثل الهالك ان كان له
مثل او قيمته ان لم يكن له مثل هذا اذا اختلفا في قدر البدل وان اختلفا في كون البدل دينا او عينا ان ادعى المشتري انه كان عينا يتحالفان عندهما وان ادعى البائع انه
كان عينا وادعى المشتري انه كان دينا لا يتحالفان فالقول قول المشتري كذا في الكفاية قال اي القدوري في مختصره وان هلك احد العبدين اي بعد قبضهما كذا في الشروح
ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك يعني اذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك احدهما ثم اختلفا
في الثمن فقال البائع بعتهما منك بالف درهم وقال المشتري اشتريتهما منك بالف درهم لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك في
الجامع الصغير القول قول المشتري اي فيما كذا في اكثر من الشروح مع يمينه عند ابي حنيفة رح الا ان يشاء البائع ان يأخذ الحي ولا شيء له وانما اعاد ذكر لفظ الجامع الصغير
لان لفظه يقتضي ان يكون المستثنى منه حين المشتري ولفظ القدوري الذي هو لفظ المبسوط يقتضي ان يكون المستثنى منه عدم التحالف لان المذكور قبل الاستثناء
هناك قوله لم يتحالفا وقال ابو يوسف رح يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي قال صاحب العناية وقوله في تحرير المذاهب يتحالفان في الحي ليس بصحيح
على ما سياتي انتهى اقول يعني ان قوله هنا يتحالفان في الحي ليس بالتفسير الصحيح للتحالف على قول ابي يوسف رح على ما سياتي وهو ان يتحالفا على القائم
والهالك معا لا ان يتحالفا على القائم فقط كما قال البعض فيكون فيه نظر اذ يمكن تطبيق قوله هذا على ما سياتي من التفسير الصحيح فانه لم يقل هنا يتحالفان على الحي حتى يكون كلمة
على صلة التحالف فيعود الى التفسير الغير الصحيح بل قال يتحالفان في الحي ويجوز ان يكون كلمة في بمعنى اللام ويفيد المعنى يتحالفان لاجل الحي كما في قوله تعالى فذلكن
الذي لمتنني فيه وكما في الحديث ان امرأة دخلت النار في هرة حبستها على ما نص عليه في معنى المغني ولا يخفى ان كون تحالفهما لاجل الحي اي كون المقصود من تحالفهما

[illegible]

[illegible] الاستثناء [illegible] قوله الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك [illegible] فيتحالفان [illegible]

[illegible] الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك [illegible] فيتحالفان [illegible]

[illegible] الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك [illegible] فيتحالفان [illegible]

[illegible] الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك [illegible] فيتحالفان [illegible]

ثم تفسير التحالف على قول محمد رح ما بينا من القائم وان لم يتفقا على شيء فادعى احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي
المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف والصحيح انه يحلف المشتري بالله ما اشتريتها بما يدعيه البائع وان نكل
دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتها بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري
وان حلف يفسخان البيع في القائم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتها في الانقسام يوم القبض

فيه ان اضحى يكون معلقا بمشيئة البتة وانما الذي لا يعلق بمشيئة المشتري اضحى اقرب من ثمن الهلاك انتهى اقول هذا ليس بشيء لانه اذا قال اضحى
معلقا بمشيئة البتة انه كان في الكتاب معلقا بمشيئة البتة فليس بصحيح لان المذكور في الكتاب الا ان يشاء البائع ان يأخذ اضحى ولا شك ان التعليق فيه اضحى
الا بمشيئة البائع وان اراد به انه يكون في الصلح معلقا بمشيئة البتة فليس بمفيد له اصلا بل هو موجب لما قال الشيخ الاسلام فان مراده ان اضحى اذا كان في الصلح
كان معلقا في الكتاب بمشيئة البتة كما يكون في الصلح معلقا بمشيئة البتة ولم يعلق فيه الا بمشيئة البائع ثم تفسير التحالف على قول محمد رح ما بينا في القائم اي في البيع القائم على
وهو قوله وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف الخ وانما لم تختلف صفة التحالف عنده في الصورتين لان قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف واذا اختلفا
لم يتفقا على شيء كان الاحسن في التحرير ان يقول واذا لم يتفقا على شيء حلفا بتقديم لم يتفقا على شيء على حلفا في الوضع ليقدمه عليه في الطبع فادعى احدهما الفسخ او كلاهما
او ادعى كلاهما الفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك والقول في القيمة قول المشتري لان البائع يدعي عليه زيادة قيمة وهو ينكر فيكون القول
قوله كما لو اختلفا في قيمة المغصوب او المقبوض بعقد فاسد كذا في الشروح واختلفوا في تفسيره اي في تفسير التحالف على قول ابي يوسف رحمه الله قال في النهاية ومعراج الدراية
لم يذكر تفسير التحالف على قول ابي حنيفة رح لان عنده هلاك البعض يمنع التحالف كهلاك الكل اقول فيه شيء وهو ان هلاك البعض لا يمنع التحالف عنده مطلقا بل ان
رضي البائع ان يترك حصة الهالك اصلا يتحالفان عنده ايضا على تخريج عامة المشايخ وقد ارتضى المص رح هذا التخريج حيث بنى عليه شرح معنى الكتاب الا كما مر
آنفا فكان الانسب ان يذكر تفسير التحالف على قول محمد رح وعلى قول ابي يوسف رح قال وعند ابي حنيفة رح ايضا مساغ وعرفنا ان الامام الزيلعي يعلل ذكر في التبيين تفسير التحالف على قول محمد رح وعلى قول ابي يوسف رح
قال وعند ابي حنيفة رح ان البائع اذا رضي ان يترك حصة الهالك من الثمن يتحالفان عند بعضهم على الوجه الذي ذكرناه لابي يوسف رح انتهى وقال في غاية البيان
لما كان قول ابي حنيفة رح عدم وجوب التحالف استغنى عن التفسير فيه على قولهما انتهى اقول هذا اقرب الى الحق مما سبق ولكن فيه ايضا شيء لا يخفى فالاولى ان يقال
لما كان جريان التحالف عند هلاك بعض المبيع في قول ابي حنيفة رح مخصوصا بتخريج بعض المشايخ وبصورة نادرة هي صورة الاستثناء لم يذكر تفسير التحالف عنده
على سبيل الاستقلال بل اكتفى بما يفهم من بيان تفسيره على قول ابي يوسف رح والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتها بما يدعيه البائع ومنهم من قال
يتحالفان على القائم بحصته من الثمن دون الهالك لان التحالف للفسخ والعقد يفسخ في القائم لا في الهالك هذا ليس بصحيح لان المشتري لو حلف بالله ما اشتريت
القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه البائع كان صادقا وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري صدق فلا يفيد التحالف
فالصحيح ان يحلف المشتري على الوجه المذكور في الكتاب فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتها بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل
لزمه دعوى المشتري وان حلفا يفسخان العقد في القائم فان قلت اسند فسخ العقد هنا اليهما كما ترى وفيما سبق الى القاضي حيث قال وان حلفا فسخ القاضي بينهما
قلت التوفيق قلت معنى ما سبق فسخ القاضي ان لم يفسخا بانفسهما يرشد اليه الشراح قالوا في شرح ذلك المقام فسخ القاضي العقد بينهما ان طلبا او طلب احدهما لان الفسخ
حقهما فلا بد من الطلب انتهى اقول لا يخفى ان الفسخ اذا كان حقهما فهما يقدران على احداثه بانفسهما ومعنى ما ذكره هنا يفسخان ان يقدران اراد الفسخ بانفسهما على نهج قوله عليه السلام
تحالفا وترادا وهذا لا ينافي ان يفسخ القاضي ايضا اذا لم يفسخا بانفسهما بل لزيادة او طلب احدهما من القاضي كما يأتي التصريح من الشراح في مسئلة التحالف في الاقالة
فسخ القاضي فسخهما بانفسهما ويسقط حصته اي حصة القائم من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي اقر به المشتري لا يلزمه قيمة الهالك لان القيمة يكتب اذا
انفسخ العقد والعقد في الهالك لم ينفسخ عنده كذا في العناية ويعتبر قيمتها في الانقسام يوم القبض يعني تقسيم الثمن الذي اقر به المشتري على العبد القائم والهالك على
قيمتها يوم القبض فان اتفقا على قيمتها يوم القبض كانت على السواء يجب على المشتري نصف الثمن الذي اقر به المشتري ويسقط عنه نصف ذلك وان تصادقا ان قيمتها

وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع وايهما اقام البينة قبلت بينته وان اقاما جميعا فبينة المشتري اولى وتبارك كرجل
باع من آخر عبدين صفقة واحدة وقبضهما ثم هلك احدهما بالعيب وهلاك الآخر عنده يجب عليه ثمن الهالك عنده ويسقط عنه من ثمن باقيه بقسط الثمن على
قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول

يوم القبض كانت على التفاوت فان اتفقا على ان قيمة الهالك الثمن يوم القبض كانت كذا يجب على المشتري بقدرها حصته من الثمن الذي اقر به ويسقط عنه الباقي من ذلك
الثمن وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فقال المشتري كانت قيمة القائم يوم القبض الفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس فالقول للبائع مع يمينه لانهما اتفقا على
وجوب الثمن الذي اقر به المشتري ثم المشتري يدعي سقوط زيادة من الثمن بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول قول المنكر مع يمينه فان قيل لماذا يعتبر قيمتها يوم القبض دون
العقد في حق انقسام القيمة ومسائل الزيادات تدل على انها حتى قال محمد رح قيمة الام تعتبر يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة
بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من العبدين هنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض قال الامام ظهير الدين صاحب الفوائد هذا اشكال وارد
على كل قوم تحرير فلم يهتد احد الى جوابه ثم قال والذي تخايل لي بعد طول التفكر ان فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وفي نحن فيه
تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف اما في الحي منهما فظاهر وكذلك في الميت منهما لانه ان تعذر الفسخ في الهالك لكن الهلاك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو
اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو مذهب محمد رح حتى قال يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب اعمال التحالف في اعتبار
قيمة الهالك يوم القبض فلهذا يعتبر قيمتها يوم القبض كذا في النهاية واكثر الشروح اقول في التوجيه الذي ذكره الامام ظهير الدين نظر لان تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار
مقصودا بالعقد في حق الميت على قول ابي يوسف رح ممنوع لان ما يوجب ذلك فيما نحن فيه انما هو التحالف كما صرح به والتحالف انما يجري عنده في الحي دون
الميت وتعذر الفسخ في الهالك عنده لامتناع جريان التحالف فيه لا لهلاك المحل والهلاك بدون امتناع جريان التحالف الا يرى ان محمدا لما اجاز التحالف على
الهالك ايضا اجاز الفسخ في الهالك على قيمته ولم يكن الهلاك مانعا عنه فاذا لم يتحقق التحالف في الهالك على قول ابي يوسف رح وتعذر الفسخ فيه ايضا فما الباعث على اعتبار
ما هو من لوازم الفسخ فيه ومجرد عدم تعذر اعتباره لا يقتضي اعتباره سيما عند تحقق ما يقتضي اعتبار القيمة يوم العقد وهو كونه مقصودا بالعقد ثم ان صاحب العناية قال
بعد نقل ما في تلك الشروح واقول الاصل فيما هلك وكان مقصودا بالعقد ان يعتبر قيمته يوم العقد الا اذا وجد ما يوجب فسخ العقد فانه يعتبر حينئذ قيمته يوم القبض لانه
لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم دون الهالك صار العقد منفسخا
في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير منفسخ نظرا الى وجود المانع وهو الهلاك فتنافيا بالجمع وقلنا بلزوم حصة من الثمن نظرا الى عدم الانفساخ وبانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا الى الانفساخ انتهى
اقول فيه ايضا نظر لان ما فيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم صار العقد مفسوخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير تام لان اتحاد الصفقة انما يقتضي انفساخ العقد في الهالك
بانفساخه في القائم لو وقع الفسخ قبل قبضهما فاما يقتضي ذلك فان الانفساخ تفريق الصفقة قبل تمامها وهو غير جائز واما اذا وقع الفسخ قبل قبضهما الا يرى الى ما مر في باب خيار العيب من
ان من اشترى عبدين صفقة واحدة فقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا فانه يفسخ العقد في المعيب خاصة عند ائمتنا الثلاثة بناء على ان تفريق الصفقة بعد تمامها بالقبض
جائز والمسئلة فيما نحن فيه مفروضة فيما اذا هلك احد العبدين بعد قبضهما كما يبين في هذه الصورة فلا يتم التقريب فاينما اقام البينة تقبل بينته لانه ثبت دعواه بالحجة وان
اقاما جميعا فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك فان قيل المشتري يدعي زيادة في قيمة القائم فوجب ان تقبل بينته لاثباتها الزيادة قلنا ان الذي
وقع الاختلاف فيه مقصودا قيمة الهالك والاختلاف في قيمة القائم ثبت ضمنا للاختلاف في قيمة الهالك فبينة البائع قامت على ما وقع الاختلاف فيه مقصودا فكانت
اولى بالاعتبار كذا في النهاية وسراج الدراية نقلا عن الامام المرغيناني وقاضيخان وهو اي ما ذكر من قول ابي يوسف رح وتفريعاته قياس ما ذكره في بيوع الاصل اي المبسوط

اشترى عبدين وقبضهما ثم واحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن الهالك عنده ويسقط عنه ثمن باقيه وتقسيم الثمن على قيمتهما اي يوم القبض كذا في النهاية فان
اختلفا في قيمة الهالك اي في مسئلة الاصل فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره فالقول

انتهى بالقبض وهو جائز الا يرى

للمنكر وان اقاما البينة فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا لظاهر الاثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا الفقه وهو ان الايمان يعتبر لحقيقة الحال اذا توجه
على احد العاقدين او هما يعرفان حقيقة الحال بنى الامر عليها والبائع منكر حقيقة فلهذا كان القول قوله وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان
حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا وترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا يبين ان ما ذكره من ان ابا يوسف
قال ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول ومن حاشيتنا التحالف فيه بالنص لانه ورد في البيع المطلق
ولا اقالة فيجري في حق المتعاقدين فاما اثباته بالقياس لان المسألة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر وهذا القياس لا جارية على البيع قبل القبض والوارث على العاقد
والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة كان الحكم عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد لانه يرى النص معلولا بعدم القبض ايضا

للمنكر وان اقاما البينة اي في مسألة الاصل فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا لظاهر الاثباتها الزيادة في قيمة الهالك والبينات شرعت للاثبات فما كان اكثر اثباتا كان اولى
قال المص وهذا الفقه اي اعتبار بينة البائع ويمينه لمعنى فقهي وهو ان الايمان تعتبر لحقيقة اي حقيقة الحال لما يلزم الاقدام على القسم بجهالة واستدل المص عليه بقوله لانها
اي الايمان يتوجه على احد العاقدين اي لا على الوكيل والنائب وهما اي المتعاقدين يعرفان حقيقة الحال لان العقد فعل انفسهما والانسان اعرف بحال نفسه فيبني الامر
عليها اي على الحقيقة والبائع منكر حقيقة لانه ينكر سقوط الزيادة وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال لانهما يخبران عن فعل الغير لا عن فعل انفسهما
فيجوز ان يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عندهما بهزل او بلجئة او غير ذلك فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدعي ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا اي كما اعتبر بينته
وترجح اي وترجح بينته على بينة المشتري بالزيادة الظاهرة على ما مر وهو قوله لانها اكثر اثباتا لظاهر اوهذا اي ما ذكر في بيوع الاصل يبين ان ما ذكرناه من قول
ابي يوسف رح في التحالف والتفريعات التي ذكرت في مسألة الجامع الصغير قال اي محمد رح في بيوع الجامع الصغير ومن اشترى جارية وقبضها اي وقد ثمنها كذا في الشروح
وفي اصل الجامع الصغير ثم تقايلا ولم يقبض البائع المبيع بعد الاقالة كذا في الشروح وسيشير اليه المص بقوله والمسألة مفروضة قبل القبض ثم اختلفا في الثمن فقال المشتري
كان الثمن الفا فعليك ان ترد الالف وقال البائع كان خمسمائة فعليك رد الخمسمائة فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في
المبيع كما كان قبل الاقالة معناه يعود البيع الاول اذا فسخ القاضي او فسخا بانفسهما الاقالة لان الاقالة كالبيع لا تنفسخ الا بالفسخ كذا في النهاية ومعراج الدراية انما
عن صدر الاسلام ولما استشعر ان يقال النص الوارد في حق التحالف وهو قوله عليه الصلوة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا لم يتناول
الاقالة فاوجه جريان التحالف فيها اجاب بقوله ونحن بانا اثبتنا التحالف فيه اي في التقابل بالنص لانه ورد في البيع المطلق اي في البيع من كل وجه والاقالة فسخ في حق
المتعاقدين وان كان بيعا جديدا في حق غيرهما فان قلت قوله والاقالة فسخ في حق المتعاقدين انما يتمشى على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول ابي يوسف رح فان الاقالة
عنده بيع في حق المتعاقدين ايضا والمسألة التي نحن فيها استحق عليها فما وجه بناء الوفاقية على الخلافية قلت كذا اسم الوفق فيها جواب عن سؤال مقدر ذكرناه آنفا وذلك ان
انما يكاد يتوجه على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول ابي يوسف رح كما لا يخفى فيبني الجواب ايضا على اصلهما دون اصله تقديرا وانما اثبتناه بالقياس لان المسألة مفروضة
قبل القبض اي قبل قبض البائع الجارية بحكم الاقالة والقياس يوافقه على ما مر اي في اول الباب ولهذا نفس الاجارة على البيع قبل القبض توضيح لقوله وانما اثبتنا
بالقياس يعني اذا اختلف المؤجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه في الاجارة يجري التحالف بينهما والوارث على العاقد اي ونفس الوارث على العاقد يعني اذا اختلف وارث
البائع والمشتري في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما والقيمة على العين اي ونفس القيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري يعني اذا استهلك غير المشتري
العين المبيعة في يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة فان اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند لقاء
العين المشتراة لكون النص اذ ذاك معقول المعنى وفي غاية البيان وهذه هي النسخة المقابلة بنسخة المص وفي بعض النسخ فيما اذا استهلك المشتري وفي بعضها فيما اذا استهلك
المبيع قال الامام حافظ الدين الكبير البخاري على حاشية كتابه الصحيح استهلك المشتري انتهى وفي معراج الدراية الصواب فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري وهذه النسخة
على حاشية نسخة قرئت بنسخة المص واذا الصواب استهلك المشتري بضم التاء على صيغة بناء المفعول والمشتري على صيغة المفعول انتهى ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رح لانه يرى النص معلولا بعدم القبض ايضا يعني ان محمدا رح يرى النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان
والسلعة قائمة تحالفا وترادا معلولا بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر من العقد وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا او غير مقبوض قال بعض
الفضلاء فان قيل الاقالة بيع عند ابي يوسف رح فيكون متناولا النص فينبغي ان يجري التحالف عنده بعد قبض البائع ايضا قلنا لما وقع الخلاف في كونه تبعا لا يتناوله النص الوارد

قال وان اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع لا يرى ان راس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب فهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما قال واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجني بالفين فايهما اقام البينة قبلت بينته لانه يثبت الزيادة فان اقاما البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة معنا اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته

في البيع المطلق البتة انتهى اقول جوابه ساقط جدا لان التحالف ليس مما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص كما لا يخفى فلو كان مجرد وقوع الخلاف في كون الاقالة بيعا انما عنده عن ان يتناولها النص الوارد في البيع المطلق في حق حكم التحالف فكان ذلك مانعا عنده عن ان يتناولها النصوص الواردة في حق سائر الاحكام البيع المطلق ايضا مع ان احكام البيع المطلق جارية باسرها في الاقالة عنده على ما تقرر في بابها ثم اقول في دفع سوالة ان اصل ابي يوسف رح في الاقالة هو انها بيع الا ان لا يكون جعلها بيعا كالاقالة قبل القبض في المنقول فيجعل فسخا كما بينوا في باب الاقالة وفيما نحن فيه لما اختلفا في الثمن ولم يثبت قول احدهما صار الثمن مجهولا فلم يمكن جعله بيعا لعدم جواز البيع بالثمن المجهول كعدم جواز بيع المنقول قبل القبض فلم يتناوله النص الوارد في البيع المطلق فلم يجر التحالف فيه عنده ايضا لا بالنص ولا بالقياس قال اي محمد رح في جوامع الجامع الصغير من اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن اي في راس المال فقال المسلم اليه كان راس المال خمسة وقال رب السلم كان عشرة فالقول قول المسلم اليه اي مع يمينه لان رب السلم يدعي عليه زيادة وهو ينكر ولا يعود السلم اي لا يتحالفان ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض اي الفسخ يعني ان المقصود من التحالف الفسخ واليه الاشارة النبوية بقوله عليه الصلوة والسلام تحالفا وترادا والاقالة في باب السلم لا تحتمله لانه اي الاقالة في باب السلم ذكر الضمير بتاويل التقابل اسقاط للسلم فيه وجودين والدين الساقط لا يعود فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع فانها تحتمل الفسخ ويعود المبيع الى المشتري بعد عوده الى البائع لكونه عينا قائما وفي هذا القول الا يرى ان راس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب اي فقضى القاضي بالرد بالعيب على رب السلم وهلك اي في يد المسلم اليه قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل اي دل هذا الذي ذكر على الفرق بينهما اي بين السلم والبيع فان قيل الفرق لمحمد رح بين اقالة السلم وبين ما اذا هلكت السلعة ثم اختلفا في مقدار الثمن فانهما يتحالفان فيما اذا هلكت السلعة ولا يتحالفان في اقالة السلم اذا اختلفا في مقدار راس المال وان فات المعقود عليه في النفسين جميعا قلنا الاقالة في السلم قبل قبض المسلم فيه تنسخ من كل واحد والتحالف بعد هلاك السلعة يجري في البيع لا في الفسخ كذا في النهاية ومعراج الدراية انتهى

الحواشي الشيرية قال اي القدوري في مختصره واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجني بالفين فايهما اقام البينة قبلت بينته قال المص رح في تعليله لانه يثبت دعواه بالحجة قال الشراح اما قبول بينة المرأة فظاهر لانها تدعي الزيادة واما الاشكال في قبول بينة الزوج لانه منكر الزيادة فكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت لانه يدعي الصحة وهي كافية لقبولها انتهى وان اقاما البينة فالبينة بينة المرأة هذا من تمام كلام القدوري قال المص رح في تعليله لانها اي لان بينة المرأة تثبت الزيادة وقال في توجيهه معناه اذا كان مهر مثلها اي مهر مثل المرأة اقل مما ادعته وقال صاحب العناية في تفصيل المسئلة وان اقاما فلا يخلو اما ان يكون مهر المثل اقل مما ادعيه او لا فان كان الاول فالبينة للمرأة لانها تثبت الزيادة وان كان الثاني فالبينة للزوج لانها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيئا لثبوت ما ادعيه بشهادة مهر المثل انتهى اقول في تحريره خلل حيث حكم في الاول على الاطلاق بكون البينة للمرأة وليس كذلك بل الاول ايضا لا يخلو من ان يكون مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل منه ومن ان يكون اكثر مما اعترف الزوج واقل مما ادعيه المرأة فان تحقق الاول فالبينة للمرأة لانها تثبت الزيادة وان كان الثاني فيتعارض بينتاهما حيث تثبت بينتها الزيادة وتثبت بينة الحط فتتساقطان فيجب مهر المثل وقد صرح بهذا التفصيل في عامة الكتب المعتبرة حتى المتون في باب المهر بل صرح به صاحب العناية ايضا في ذلك الباب من شرح هذا الكتاب واما قول المص رح معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعيه فليس بهذه المثابة من الخلل اذ يمكن ان يكون مراده به مجرد الاحتراز عما اذا كان اكثر مما ادعيه لا التعميم لقسمي كون مهر مثلها اقل مما ادعيه بخلاف تحرير صاحب العناية فان عبارته لا يخلو في قوله وان اقاما فلا يخلو اما ان يكون مهر المثل اقل مما ادعيه او لا تقتضي شمول الاقسام كما لا يخفى على ذوي الافهام ولقد احسن الامام الزيلعي في هذا المقام حيث قال في شرح قول صاحب الكنز وان برهنا فللمرأة هذا اذا كان مهر المثل شهد للزوج وبينة المرأة مثبت خلاف الظاهر وكانت اولى وان كانت مهر المثل شهد لها بان كان مثل ما ادعيه المرأة

وان لم تكن لها بينة تحالفا عند ابي حنيفة رح ولا يفسخ النكاح لان التحالف في انعدام التسمية وانه يمنع الصحة النكاح كالبيع
تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده لانه يمنع صحة النكاح لكن يحكم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضى به وان كان
لان الظاهر شاهد له ان كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضى بما ادعته المرأة وان كان اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته
المرأة قضى لها بمهر المثل من ماله لانه لم يثبت الزيادة على مهر المثل لا لكونه عنه قال رضي الله عنه ذكر التحالف اولا
ثم الحكم بمهر المثل قول الكرخي لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وشرط اعتبارها بالتحالف

او اكثر مما ادعت بينة الزوج اولى لانها مثبتة الحط وهو خلاف الظاهر والبينات للاثبات وان كان مهر مثلها لا يشهد لها ولا له بان كان اقل مما ادعته المرأة واكثر مما اعترف
الزوج فالصحيح انهما يتساقطان لانهما استويا في الاثبات لان بينتها مثبتة الزيادة وبينته مثبتة الحط فلا يكون احدهما اولى من الاخرى انتهى وان لم تكن لهما بينة
اي ان عجزا عن اقامة البينة تحالفا عند ابي حنيفة رح وعند الصاحبين لا يفسخ النكاح لان التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه اي في
النكاح فلا مانع الى الفسخ بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده لبنائه بالاثمان وهو فاسد على ما مر اي في كتاب البيوع بل في هذا الباب الفساد حيث قال او يقال اذا
لم يثبت البدل بقي بيعا بلا بدل وهو فاسد فيفسخ اي البيع قال صاحب النهاية فان قلت النص بشرعية التحالف انما ورد في البيع والنكاح ليس في معناه وهو ظاهر
فكيف تعدى حكم النص من البيع الى النكاح او نقول ان التحالف انما شرع في عقد يحتمل الفسخ لما ان الفسخ من احكام التحالف والفسخ في النكاح بعد التحالف
بالاتفاق فيجب ان لا يشرع فيه التحالف لعدم حكمه قلت اما الاول وهو ورود النص في البيع فقلنا ان المعنى الموجب للتحالف هناك موجود وهنا من كل وجه فيثبت
التحالف في النكاح ايضا بدلالة النص وذلك لان الموجب للتحالف هناك وان كل واحد من المتعاقدين مدع ومنكر ولم يمكن ترجيح احدهما على الآخر في الدعوى
والانكار لتساويهما فيها فلذلك قابلت بينتهما وبينتهما لان كل واحد منهما ينكر ما يدعيه الآخر فيحلف كل واحد منهما على وفق صاحبه تمسكا بقوله صلى الله عليه وسلم البينة
على المدعي واليمين على من انكر واما الثاني وهو ان الفسخ حكم التحالف والفسخ ليس بثابت هنا فجوابه مذكور في الكتاب والايضاح ذلك هو ان التحالف انما اوجب
الفسخ في التحالف لانه لما تعذر اثبات دعوى كل واحد منهما بسبب يمين الآخر لزم افضاء العقد عن البدل والبدل اذا خلا في البيع يفسد البيع والفاسد يفسخ
واما النكاح اذا خلا العوض عنه فلا يفسد كما لو يذكر التسمية واذا لم يفسد النكاح لا يفسخ اذ الفسخ انما كان بسبب الفساد وافترقا الى هذا اشار في الفوائد الظهيرية انتهى
وقد اقتفى اثره في تبيين السؤال وتبيين الجوابين صاحب معراج الدراية وصاحب النهاية اقول في كل واحد من الجوابين بحث اما في الاول فلان المعنى الموجب للتحالف
وهو كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم امكان ترجيح احدهما على الآخر انما يوجد هنا قبل تسليم المرأة نفسها الى الزوج واما بعد التسليم فلا يوجد
لان الزوج لا يدعي على المرأة حينئذ شيئا اذ المقصود عليه سالم لها بقي دعوى المرأة في زيادة المهر والزوج ينكر ما على قياس ما تقرر في الاختلاف في البيع بعد
القبض والمسألة فيما نحن فيه ليست بمفروضة قبل القبض بل هي عامة لما قبل القبض وما بعده بل كانت هي مصورة في بعض الشروح بعد القبض
فبقي السؤال في هذه الصورة الا على قول محمد رح فانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا كما مر واما في الثاني فلان حاصله بيان سبب عدم ثبوت الفسخ
في النكاح وهو لا يدفع السؤال اذ ليس فيه ما يشعر بالنزاع او التردد في عدم ثبوت الفسخ في النكاح بل حاصله ان التحالف انما شرع لحكمه وهو الفسخ
فاذا لم يثبت الفسخ في النكاح ينبغي ان لا يجري فيه التحالف ايضا ويؤيده ان التحالف لم يشرع فيما اذا اختلفا في الاقالة في السلم لعدم احتمال الاقالة في باب
السلم الفسخ كما مر قبيل مسألة هذه فتامل ولكن يحكم مهر المثل هذا استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح اي لكن يحكم بمهر المثل لقطع النزاع فان كان اي
مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل اي مما اعترف به الزوج قضى بما قال الزوج لان الظاهر اي ظاهر الحال شاهد له اما في صورة كون مهر المثل مثل
ما اعترف به الزوج فظاهر لموافقة قوله مهر المثل واما في صورة كون مهر المثل اقل مما اعترف به الزوج فلكون قوله اقرب الى مهر المثل من قولها وان كان اي مهر المثل مثل ما ادعته المرأة او اكثر اي مما
ادعته المرأة قضى بما ادعت المرأة لان الظاهر شاهد لها حينئذ لمثل ما بيناه آنفا وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة قضى لها بمهر المثل
لانهما لما تحالفا لم يثبت الزيادة على مهر المثل اي بسبب حلف الزوج ولا الحط عنه اي بسبب حلف المرأة قال اي المص رضي الله عنه ذكر اي القدوري التحالف اولا ثم
الحكم بمهر المثل اي ما ذكره القدوري قول الكرخي رح لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية لانه موجب نكاح لا تسمية فيه وسقوط اعتبارها بالتحالف اي وسقوط اعتبار التسمية

فلهذا يقدم في الوجوه كلها ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج الرازي على خلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف أبي يوسف رحمه الله فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لأن تملكها لا يكون إلا بالتزوج وعند أبي يوسف رحمه الله توجبت القيمة وإن اختلفا في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه اختلفا في البدل أو في المبدل

أنما هو بالتحالف فلهذا يقدم أي التحالف في الوجوه كلها يعني فيما إذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج به وأقل منه أو كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر منه أو كان أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة فهذه خمسة وجوه ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجيلا لفائدة النكول لأن أول التسليمين عليه فيكون أول اليمينين عليه كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفتاوى الظهيرية كما في المشتري أي كما يبدأ بيمين المشتري على القول الصحيح تعجيلا لفائدة النكول كما مر وتخريج الرازي بخلافه أي تخريج أبي بكر الرازي بخلاف قول الكرخي فإن الرازي يقول بتحكيم مهر المثل أولا إذا شهد مهر المثل لأحدهما ثم يقول بالتحالف إذا لم يشهد ذلك لأحدهما قال المص وقد استقصيناه أي تخريج الرازي في النكاح أي في كتاب النكاح وذكرنا خلاف أبي يوسف رحمه الله وهو أن القول في جميع ذلك قول الزوج إلا أن باقي شيء قليل في رواية إلا أن باقي شيء مستنكر بكلمة إن في تفسيره على ما فرضناه في كتاب النكاح فلا نعيده أي لا نعيد ذكر خلافه هنا قال صاحب النهاية وهذا أي قول الرازي الأصح لأن تحكيم مهر المثل هنا ليس بإيجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الأصل في دعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه كذا ذكره الإمام فخر الإسلام الحبوبي انتهى وقال صاحب غاية البيان قالوا إن قول الكرخي هو الصحيح لأن مهر المثل لا يثبت مع وجود التسمية وإنما يعدم التسمية بالتحالف لأنه يكون كالعقد لم يكن فيه تسمية أصلا فيصار إلى مهر المثل فلما لم يثبت مهر المثل مع وجود التسمية كيف يكون الظاهر مع الذي وافقه مهر المثل انتهى وقال صاحب العناية أقول إن أرادوا بقولهم هو الصحيح أنه غيره يجوز أن يكون أصح فلا كلام وإن أرادوا أن غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية لأن التسمية تمنع المصير إلى مهر المثل لا إيجابه وأما التحكيم لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع انتهى وأنا أقول إن قوله إن أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصح فلا كلام ليس بصحيح إذ لا مجال لإرادة هذا المعنى من ذلك اللفظ لأنهم ما قالوا هو الصحيح حتى لا ينافي كون غيره أصح بل قالوا هو الصحيح بقصر المسند على المسند إليه وهو قصر الصفة على الموصوف كما ترى فإذا كانت صفة الصحة مقصورة عليه فكيف يجوز أن يتصف غيره بالأصحية والاتصاف بالأصحية يستلزم الاستلزام بأصل الصحة لأنها زيادة الصحة اللهم إلا أن يكون مراده لا كلام في المراد لا في الإرادة فتأمل ثم قال صاحب العناية وتقابل أن يقول ما بالهم لا يحكمون قيمة البيع إذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فإنه لا محظور فيه ويمكن أن يجاب عنه بأن مهر المثل أمر معلوم ثابت بيقين فيجوز أن يكون حكما بخلاف القيمة فإنها يعلم بالحزر والظن فلا يفيد المعرفة فلا يجعل حكما انتهى وأنا أقول في جوابه بالحكم حيث جعل مهر المثل أمرا معلوما ثابتا بيقين والقيمة أمرا مظنونا غير مفيد للمعرفة والحال أنهما إن كانا متفاوتين في المعرفة فمهر المثل أخفى من القيمة إذ قد تقرر في باب المهر أن مهر المثل يعتبر بقرابة المرأة من قومها وبلدها ويعتبر فيه التساوي بين المرأتين سنا وجمالا ومالا وعقلا ودينا وبلدا وعصرا وبكارة وثيابة ولا يخفى أن معرفة هذه الشرائط عسير جدا بخلاف القيمة إذ يكفي فيها نوع خبرة بأحوال الأمتعة كما لا يخفى فالصواب في الجواب ما ذكره صاحب النهاية والكفاية حيث قالا قلنا التصار هناك بما يدعيه أحدهما غير ممكن وإن كانت القيمة مطابقة لما يدعيه أحدهما لأن القيمة لا يمكن إثباتها ثمنا بمطلق العقد ومهر المثل يمكن إثباته مهرا بمطلق العقد وهذا هو الفرق بينهما انتهى وقال صاحب النهاية إلى هذا أشار في الفوائد الظهيرية ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة يعني أنه يحكم مهر المثل أولا فمن يشهد له فالقول له وإن كان بينهما تحالفان وإليه مال الإمام فخر الإسلام وهو تخريج الرازي وأما على تخريج الكرخي فيتحالفان أولا كما تقدم كذا في النهاية إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها أي للمرأة قيمتها أي قيمة الجارية دون عينها لأن تملكها لا يكون إلا بالتزوج وعند أبي يوسف رحمه الله توجبت القيمة أي قيمة الجارية وإن اختلفا في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا هذا لفظ القدوري في مختصره قال المص معناه اختلفا في البدل أي في الأجرة أو في المبدل أي المعقود عليه وهو المنفعة وهذا احتراز عن اختلافهما في الأجل فإنه لا يجري في التحالف بينهما فيه بل القول قول من ينكر الزيادة كذا في النهاية ومعراج الدراية ثم إن الظاهر كان أن يريد المص على قوله في المبدل

الاتصاف

وتخريج

لان الحق ثابت في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر ولا جائز قبل قبض للمنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة
فان وقع الاختلاف في الاجرة يبدأ بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب الاجرة وان وقع في المنفعة يبدأ بيمين المواجر وايهما نكل لزمه دعوى
صاحبه وايهما اقام البينة قبلت ولو اقاما بينة قبلت بينة المواجر اولى ان كان الاختلاف في الاجرة وان كان في المنافع فبينة المستاجر
اولى وان كان يجر قبلت بينة كل واحد منهما بما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا الشهر بعشرة والمستاجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة

والمبدل او فيهما كما اراده صاحب الكافي لتناول الصور الثلث الآتية فكانه اراد بقوله منع التحلف احترازا عما ذكرناه انها لا تمنع الجمع فيتناولها ايضا فتدبر لان التحالف
في البيع قبل القبض على وفاق القياس من حيث ان كل واحد من المتبايعين منكر لما يدعيه صاحبه فكان اليمين على من انكر على ما مر اي في اول هذا الباب والاجارة قبل
قبض المنفعة تنظير البيع قبل قبض المبيع من حيث ان كل واحد منهما عقد معاوضة يعقبه الفسخ لئلا يفسد معنى التبرع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة لان وضع مسئلتنا في الاختلاف
في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه لا الاختلاف في الاجارة قبل قبض المنفعة كالاختلاف في البيع قبل قبض المبيع فيجري التحالف هنا كما جرى ثمة فان قيل قيام
المعقود عليه شرط التحالف والمنفعة معدومة فوجب ان لا يجري فيها التحالف قلنا في معدوم يجري التحالف كما في السلم وان اليمين المستاجرة اقيمت مقام المنفعة في حق ايراد
العقد عليها فصارت كانها قائمة كذا ذكره الامام الزيلعي في التبيين فان وقع الاختلاف في الاجرة يبدأ بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب الاجرة اي لوجوب زيادة الاجرة
على قدر المنافع قال صاحب النهاية اخذا من شرح تاج الشريعة فان قيل كان الواجب ان يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول فان تسليم المعقود عليه واجب
اولا على الآجر ثم وجب الاجرة على المستاجر بعده اجيب بان الاجرة ان كانت مشروطة التعجيل فهو الاسبق انكارا فيبدأ به وان لم يشترط لا يمتنع الآجر عن تسليم العين
المستاجرة لان تسليمه لا يتوقف على قبض الاجرة فبقي انكار المستاجر لزيادة الاجرة فيحلف انتهى وقد فتق اثره الشارح العيني اقول في الجواب بحث من وجوه الاول
الموجر ان لم يمتنع من تسليم العين المستاجرة بما ادعاه من الاجرة ولكن يمتنع من تسليمها بما اعترف به المستاجر منها فان تسليمه اياه وان لم يتوقف على قبض الاجرة
الا انه يتوقف على تعيينها والا لم يكن الموجر منكرا لوجوب تسليم المعقود عليه بما عينه المستاجر فيلزم ان لا يكون الاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وهذا خلف
والثاني ان ما ذكره هنا منقوض بما اذا اختلف المتبايعان في المبيع دون الثمن فان المشتري هناك ايضا لا يمتنع من تسليم الثمن بناء على ان تسليمه لا يتوقف على قبض
المبيع مع انه يبدأ فيه بيمين المشتري كما يبدأ بيمينه في صورة الاختلاف في الثمن لاجل تعجيل فائدة النكول والثالث ان قوله فبقي انكار المستاجر لزيادة الاجرة فيحلف
ان اراد به انه لا انكار للموجر اصلا كما هو المتبادر من العبارة فليس بصحيح اذ يلزم حينئذ ان لا يحلف الموجر اصلا فيختل وضع المسئلة لان وضعها في التحالف لا في
حلف الواحد وان اراد به ان للموجر ايضا انكارا الا ان في انكار المستاجر ما يقتضي البداءة بيمينه فهو اول المسئلة ولم يظهر بعد ثم ان تاج الشريعة اجاب بعد ايراد الجواب المذكور
بوجه آخر حيث قال ولان الاجارة اعتبرت بالبيع ومن شرط القياس ان لا يغير حكم النص في الفرع بل يعدي حكم الاصل بعينه وذلك فيما قلنا انتهى اقول وفيه ايضا بحث
لان هذا منقوض بالصورة الثانية الآتية وهي ما اذا وقع الاختلاف في المنفعة فانه يبدأ فيها بيمين الموجر فيلزم مما ذكر ان يغير فيها حكم النص وان لا يعدي حكم الاصل
بعينه فان حكمه ان يبدأ بيمين المشتري من غير فصل بين ان يقع الاختلاف في البدل وان يقع في المبدل على ما مر ثم ان التحقيق ان حكم النص مجرد ثبوت التحالف
للمتعاقدين عند اختلافهما في العقد من غير تعيين من يبدأ بيمينه عنهما وانما يستفاد ذلك من دليل آخر فلا يلزم تغيير النص في شيء من الصورتين ولا يتم الجواب
وان وقع اي الاختلاف في المنفعة بدأ بيمين الموجر لانه منكر لزيادة المنفعة وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه لان نكوله بدل واقرار على ما مر وايهما اقام البينة قبلت
لانه يثبت دعواه بالحجة ولو اقاما اي البينة فبينة المواجر اولى ان كان الاختلاف في الاجرة لان بينته تثبت الزيادة حينئذ وان كان اي الاختلاف من
المنافع فبينة المستاجر اي فبينة المستاجر اولى لانها تثبت الزيادة حينئذ وان كان فيهما اي وان كان الاختلاف في الاجرة والمنافع معا قبلت
بينة كل واحد فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا اي الموجر شهر العشرة والمستاجر شهرين بخمسة تقضى شهرين بعشرة لا يقال كان الاحسن ان يقدم
ذكر احوال اقامة البينة على ذكر احوال اليمين والنكول لان المصير الى اليمين بعد العجز عن اقامة البينة والنكول فرع تكليف اليمين وقد عكس المص الامر لانا
نقول العمدة في هذا الباب بيان امر التحالف وباقي الاقسام استطرادي فقدم الاهم في هذا المقام فكان صاحب النهاية لم ينبه لهذه النكتة حيث غير اسلوب المص

قال وان اختلفا بعد استيفائه لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا
على مذهب محمد رح لان الهلاك انما لا يمنع عنده في البيع لان القيمة تقوم مقامه فيتحالفان ثم يفسخ العقد ولا يمنع هنا لان المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد
بين انه لا يفسخ العقد اذا امتنع بالقول المستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول قول المستأجر
لان العقد في ساعة فساعة فيصير كل جزء من المنفعة كانه ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل
قال واذا اختلف المكاتب والمولى في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح وقال الشافعي رح يتحالفان ويفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رح لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا والعبد ينكره واستحقاق العتق عليه اي على المولى
عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا اي المتبايعان في الثمن ولابي حنيفة رح ان البدل اي بدل الكتابة مقابل بفك
الحجر لان الكتابة عقد معاوضة وقد وجب بدل الكتابة على العبد فيجب ان يثبت للعبد ايضا شيء وما ذاك الا فك الحجر في حق اليد والتصرف للحال اللام
في الحال متعلق بمقابل اي مقابل الحال وهو اي فك الحجر في حق اليد والتصرف سالم للعبد بالاتفاق العبد والمولى على ثبوت الكتابة وانما ينقلب اي
البدل مقابلا للعتق عند الاداء اي عند اداء المكاتب بدل الكتابة بتمامه فقبله اي قبل الاداء لا مقابلة اي لا مقابلة بالعتق والا لعتق قبل الاداء
وليس كذلك قطعا وكان هذا نظير اجارة الدار حيث جعلنا رقبة الدار في ابتداء العقد في الاجارة اصلا ثم ينتقل منها الى المنفعة وهي المطلوبة فهذا كذلك في الكتابة
جعلنا الفك في حق اليد والتصرف اصلا في ابتداء العقد ثم عند الاداء جعلنا العتق اصلا وانتقل من فك الحجر الى العتق كذا في النهاية والكفاية فبقي اختلافا
في قدر البدل لا غير يعني اذا كان ما يقابل البدل في الحال سالما للعبد فقط فقد بقي امرها اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان لان العبد لا يدعي شيئا على
المولى بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه وان اقاما احدهما بينة تقبل بينته لانه فوز دعواه بها وان اقاما البينة كانت
بينة المولى اولى لانها تثبت الزيادة الا انه اذا ادى قدر ما اقام البينة عليه يعتق لانه اثبت الحرية لنفسه عند اداء هذا القدر فوجب قبول بينته على ذلك فصار
نظير المكاتبة على الف درهم على انه ان ادى خمسمائة يعتق ولا يمنع ان يكون عليه بدل الكتابة بعد الحرية كما ذكرناه وكما لو استحق بدل الكتابة فان الحرية لا تمتنع
بعد النزول ويجب عليه البدل كذا ذكره الامام الزيلعي في التبيين قال اي القدوري في مختصره واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو
للرجل اي مع اليمين وكذا في جانب المرأة كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام قاضيخان والامام التمرتاشي كالعمامة والقلنسوة والقباء والكسوة والقوس

لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية لشهادة الظاهر لها وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل لان للمرأة وما في يد ما في يده والقول في الدعاوى لصاحب اليد بما يختص بها لان يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح وبعد ما وقعت الفرقة فان مات احدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لان اليد الحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها وما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل لان للمرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر الطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رح ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل او ورثته لما قلنا لابي حنيفة رح والطلاق والموت سواء لقيام الورث مقام المورث وان كان احدهما او كانا للمتاع الحرية في حالة الحيوة لان يد الحر اقوى وللحي بعد الممات

والدرع والمنطقة ونحوها لان الظاهر شاهد له وفي الدعاوى القول قول من يشهد له الظاهر وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية والدرع والخمار والملحفة والملاءة ونحوها لشهادة الظاهر لها قال الامام التمرتاشي الا اذا كان الرجل صائغا او له اساور وخواتيم النساء والحلي والخلخال وامثال ذلك فحينئذ لا يكون مثل هذه الاشياء لها وكذلك اذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال كذا في الشروح وما يصلح لهما كالآنية والذهب والفضة والامتعة والعقار ونحوها فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج لانه قوام عليها والسكنى تضاف اليه والقول في الدعاوى لصاحب اليد الا يرى انه اذا تنازع اثنان في شيء وهو في يد احدهما كان القول قوله كذا هنا بخلاف ما يختص بها اي بالنساء لانه يعارضه اي يعارض ظاهر الزوج باليد ظاهر اقوى منه وهو يد الاختصاص بالاستعمال فجعلنا القول قولها كرجلين اختلفا في ثوب احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فان اللابس اولى كذا في الكافي وغيره قال صاحب العناية ويندفع بهذا ما اذا اختلف العطار والاسكاف في آلات الاساكفة والعطارين وهي في ايديهما فانها تكون بينهما نصفين عند علمائنا ولم يترجح بالاختصاص لان المراد به ما هو بالاستعمال ولم نشاهد استعمال الاساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الآلات في ايديهما على السواء فجعلناها نصفين انتهى اقول فيه كلام وهو ان مقتضى هذا الفرق لزوم كون استعمال الزوج او المرأة مشاهدا فيما نحن فيه مع ان الظاهر ما ذكر في هذا الكتاب وفي سائر المعتبرات ان مجرد الصلاحية لاحدهما كاف في الترجيح وان لم يشاهد استعماله ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقة اي لا فرق بينهما فيما مر من الجواب ثم ان ما ذكر حكم الاختلاف قبل موت احدهما فان مات احدهما واختلف ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما ايهما كان لان اليد للحي دون الميت اي لا يد للميت وهذا الذي ذكرناه يعني من حيث الجملة لا من حيث التفصيل قول ابي حنيفة رح لان المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فان كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالاجماع فلا اختصاص لهذا كذا في العناية وقال ابو يوسف رح يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها وهذا الذي ذكره ابو يوسف رح في المشكل واما فيما يختص به كل واحد من الزوجين فقوله كقولهما من غير اعتبار جهاز مثلها هكذا ذكر في المبسوط وشروح الجامع الصغير وفي لفظ الكتاب نوع تخليط حيث لم يذكر قول ابي يوسف رح هذا فيما ذكر قولهما في حق المشكل وكان من حقه ان يقول وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل وقال ابو يوسف رح يدفع للمرأة ما يجهز به مثلها كذا في النهاية ومعراج الدراية والباقي اي من المشكل للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز تعليل لقوله يدفع المرأة ما يجهز به مثلها وهذا اقوى اي هذا الظاهر وهو ان المرأة تأتي بالجهاز ظاهر اقوى لجريان العادة بذلك فيبطل به ظاهر الزوج وهو يده ثم في الباقي لا معارض لظاهره اي لظاهر الزوج فيعتبر وقوله ثم في الباقي الى هنا تعليل لقوله والباقي للزوج مع يمينه والطلاق والموت سواء اي عند ابي يوسف رح لقيام الورثة مقام المورث وقال محمد رح ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما كان لهما فهو للرجل اي ان كان حيا او ورثته ان كان ميتا لما قلنا لابي حنيفة رح من الدليل وهو ان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة الى الحيوة واما بالنسبة الى الممات فقوله والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وذكر في الفوائد محمد رح يقول ورثة الزوج يقومون مقام الزوج لانهم خلفاؤه في ماله فكما ان في المشكل القول قوله في حيوته فكذلك بعد مماته كان القول قول ورثته وابو حنيفة رح يقول يد الباقي منهما الى الممات اسبق لان الوارث انما يثبت يده بعد موت المورث وكما يقع الترجيح فيما نحن فيه بقوة اليد نظرا الى صلاحية الاستعمال فكذا يقع الترجيح بسبق اليد ولان يد الباقي منهما يد نفسه ويد الوارث خلف عن يد المورث فهذا نوع من الترجيح وكان المشكل للباقي منهما كذا في النهاية ومعراج الدراية وان كان احدهما اي احد الزوجين مملوكا اي سواء كان مجهزا او ماذونا له او مكاتبا فالمتاع للحر في حالة الحيوة لان يد الحر اقوى لكون اليد يد نفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والاقوى اولى ولهذا قلنا في الحر ان ما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه وما يصلح للنساء فهو للمرأة لذلك كذا في العناية وللحي بعد الممات اي والمتاع للحي

بعد الممات لانه لا يد للميت فخلت يده الحي عن المعارض هذا عند ابي حنيفة رح وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات فصل فيما لا يكون خصما وان قال المدعي عليه هذا الشيء او وديعة فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه واقام بينة على ذلك فالخصومة بينه وبين المدعي وكذا اذا قال آجرنيه واقام البينة لانه اثبت بالبينة ان يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة لا تندفع لانه لا يثبت الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بيناه من قبل ولا يندفع بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى لانه صار خصما بالظاهر بيده فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحويل الدين عن ذمته الى ذمة غيره

بعد الممات اي الشيء عليه بعد الممات وكان الميت مملوكا هكذا وقع في عامة شروح الجامع الصغير وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة وللتحرير بعد الممات ثم قال شمس الائمة وقع في بعض النسخ الحي منها وهو سهو كذا في التيسير وانما المعتمد مختار العامة واستدل عليه بقوله لانه لا يد للميت فخلت يده الحي عن المعارض فكان المتاع له وهذا اي ما ذكر من جواب المسألة بلا فصل بين العبد المحجور والعبد المأذون والمكاتب عند ابي حنيفة رح وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات واثر الاختصام الحر والمكاتب في شيء هو في يده اقتضى به جميعا الاستيلاء في اليد ولو كان في يد ثالث واقاما البينة استويا فيه فكذا اذا تنازعا في متاع الميت والجواب ان اليد على متاع الميت باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى اصل والمملوك فالمعارض تبعا كذا في الهداية

فصل فيما لا يكون خصما لما ذكر احكام من يكون خصما شرع في بيان من لا يكون خصما لمناسبة الجنسية بينهما وقدم الاول لكون ذكره والعناية في المقام لان الكتاب الدعوى وهي عبارة عن الخصومة واما ذكر الثاني فلما يتضح به الاول اذ الاشياء تتبين باضدادها فان قيل الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما ايضا قلنا نعم لكن من حيث الفرق لا من حيث القصد الاصلي وان قال المدعي عليه هذا الشيء او وديعة فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه واقام بينة على ذلك فالخصومة بينه وبين المدعي هذا لفظ القدوري يعني اذا ادعى رجل عينا في يد رجل انه ملكه فقال المدعى عليه الشيء هو ذو اليد هذا الشيء او وديعة فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه واقام على ذلك بينة فالخصومة بينه وبين المدعي قال الشارح وكذا اذا قال آجرنيه واقام البينة اي اذا قال المدعى عليه آجرنيه فلان الغائب واقام على ذلك بينة فالخصومة بينه وبين المدعي ايضا وقال في النهاية وكذا اذا قال المدعى عليه اعاره عندي يوما اشهد ذلك كذا في الذخيرة انتهى لانه اثبت بالبينة ان يده ليست بيد خصومة تعليل لمجموع المسائل المذكورة يعني ان المدعى عليه اثبت ببينته ان يده ليست بيد خصومة وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم قال الامام الزيلعي في التبيين بعد ذكر هذا الدليل فهو اي كما اذا اقر المدعى بذلك او اثبت ذو اليد اقراره به ثم قال والشرط اثبات يده الاشياء دون الملك حتى لو اثبتوا الملك للغائب دون يده الاشياء لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع انتهى وقال ابن شبرمة لا تندفع اي الخصومة وان اقام البينة على ما قال لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه اي عن الغائب لان الغائب لم يوكله باثبات الملك له يعني ان ذا اليد اثبت بينته الملك للغائب واثبات الملك للغائب دون خصم عنه متعذر اذ لا ولاية للاجنبي في ادخال الشيء في ملك غيره بلا رضاه ودفع الخصومة بناء عليه اي على اثبات الملك للغائب والبناء على المتعذر متعذر قلنا اي في الجواب عما قاله ابن شبرمة في البينة شيئان احدهما ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت وثانيهما دفع خصومة المدعي وهو اي المدعي عليه خصم فيه فيثبت اي يثبت فيه دفع الخصومة في حقه وبناء الثاني على الاول ممنوع لانفكاكه عنه وقد اشار اليه بقوله وهو كالوكيل بنقل المرأة اي الى زوجها واقامتها عطف على الوكيل اي واقامة المرأة البينة على الطلاق يعني ان ما نحن فيه نظير ما اذا وكل رجلا وكيلا بنقل امرأته اليه فاقامت المرأة بينة ان الزوج طلقها فان بينتها تقبل لتصديق الوكيل اياها ولا تقبل في وقوع الطلاق بالم يحضر الغائب كما بيناه من قبل اي في باب الوكالة بالخصومة والقبض فكذا فيما نحن فيه تقبل البينة لدفع خصومة المدعي عن المدعى عليه ولا تقبل في اثبات الملك للغائب وهذا لان مقصود المدعي عليه باقامة البينة ليس باثبات الملك للغائب انما مقصوده انما اثبات ان يده يد حفظ لا يد خصومة وفي هذا المدعي خصم له فيجعل اثباته عليه بمنزلة اقراره بذلك والاندفاع اي الخصومة بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى فانه قال باندفاعها بمجرد اقرار المدعى عليه بدون اقامة البينة وجه قوله ان ذا اليد اقر بالملك لغيره والاقرار يوجب الحق بنفسه لخلوه عن التهمة فقبل ان يده يد حفظ فلا حاجة الى البينة وجه الجواب عنه ما ذكره المص رح بقوله لانه اي ذا اليد صار خصما بظاهر يده ولهذا كان للقاضي احضاره وتكليفه بالجواب فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فهو متهم في اقراره فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحويل الدين من ذمته الى ذمة غيره بالحوالة فانه لا يصدق هناك فكذا هنا الا بالبينة

وقال ابو يوسف رح ان كان الرجل معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان محتال من الناس قد يقر بمال
ثم يسافر يوم مدينة ويشهد عليه الشهود فيتحيل الا يعرف من يوم ذا اذا جاء يقاضيه لا يقبل وقول الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة
لاحتمال ان يكون امر به هو عند الله لانه السالك في معبر يمكن الدس من ابنه لله تعالى وقول الشهود لا نعرفه بوجه لا نعرفه باسمه ونسبه لكذا الجواب ظاهر الرواية

يلزم اثبات اقرار نفسه بنيه وهو غير معهود في الشرع لانا نقول البينة لاثبات اليد الحافظة التي انكر بالمدعي لا لاثبات الاقرار كذا في العناية واستشكل بعض الفضلاء
قوله في السؤال هو غير معهود في الشرع حيث قال قد سبق في اول كتاب الدعوى ان اليد لا يثبت في العقار الا بالبينة ولا يعتبر اقرار المدعى عليه باليد انتهى
اقول هذا ليس بشيء اذ ليس مراد صاحب العناية ان عدم اعتبار اقرار المدعى عليه لم يعهد في الشرع كيف لا يخفى على مثله ان عدم اعتبار ذلك كثير في المسائل
الشرعية لعلل شتى كعدم اعتبار اقرار المريض للوارث وعدم اعتبار اقراره بعين في يده لآخر في حق غرماء الصحة كعدم اعتبار اقرار الرجل بنسب من غير الوالدين كالاخ
والعم وكعدم اعتبار اقرار المرأة بالولد ايضا الى غير ذلك وانما مراده ان اثبات اقرار نفسه بالبينة لم يعهد في الشرع وليس فيما ذكر من صورة دعوى العقار اثبات اقرار
اقرار نفسه بالبينة لان اثبات اليد بالبينة في دعوى العقار انما يجب على المدعي لا على المدعى عليه الذي هو المقر وقال ابو يوسف رح ان كان الرجل معروفا بالحيل فالجواب اي جواب
المسئلة كما قلناه اي يندفع عنه الخصومة باقامة البينة وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة وان اقام البينة كما قال ابن شبرمة لان المحتال من الناس قد يقر
سوا الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود علانية فيحتال لابطال حق غيره اي يكون مقصوده من ذلك الاضرار بالمدعي ليتعذر عليه اثبات حقه بالبينة فاذا اتهمه
القاضي به اي بالاحتيال لا يقبله اي لا يقبل ما منعه قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه ما ذهب اليه ابو يوسف رح استحسان ذهب اليه بعد ما ابتلي بالقضاء
ما رس قضاء فوقف على احوال الناس ما لم يعرفه غيره وما قالاه قياس لان البينات حجج متى قامت يجب العمل بها ولا يجوز ابطالها بمجرد الوهم كذا في غاية البيان
واعلم ان هذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين قائمة في يد المدعى عليه واليه اشار بقوله هذا الشيء اودعنيه فان الاشارة الحسية لا يكون الا الى موجود في الخارج
واما اذا هلكت فلا يندفع الخصومة وان اقام البينة لانه اذا كانت قائمة قد واليه ينتصب خصما بظاهر اليد لانه دليل الملك لا لانه يحتمل غيره فيندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة
على المحتمل واما اذا هلكت فالدعوى تقع في الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعي بذمته وبما اقام المدعى عليه من البينة على ان العين كانت في يده
وديعة لا يتبين ان ذمته كانت لغيره فلا تقبل عنه الخصومة كذا في العناية وكثير من الشروح ثم ان الذي ذكر في الكتاب اذا قال الشهود اودعه رجل نعرفه باسمه
ونسبه وجهه ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه اي اصلا لا باسمه ولا بنسبه ولا بوجهه لا يندفع الخصومة اي بالاجماع كذا في الكافي والشروح والظاهر ان مراد هم
بالاجماع ههنا اجماع اصحابنا الثلاثة او اجماع ما عدا ابن ابي ليلى فان شهادة الشهود ليست بشرط عنده في اندفاع الخصومة كما مر قال المص رح في تعليل المسئلة الاحتمال
ان يكون المودع هو هذا المدعي حيث لم يعرفوه ولانه اي ذا اليد ما احاله اي ما احال المدعي الى معين يمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت اي الخصومة لتضرر به المدعي
اقول في تعليله الثاني قصور اما من حيث اللفظ فلانه اضمر فيه المدعي اولا حيث قال ما احاله واظهره ثانيا حيث قال يمكن للمدعي اتباعه ولا يخفى على من له معرفة
باساليب الكلام سماجة ذلك وكون الوجه اما العكس واما الاضمار في المقامين واما من حيث المعنى فلانه جعله دليلا مستقلا على المسئلة الاجماعية مع انه منقوض
على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله بالمسئلة الآتية وهي ما لو قال الشهود نعرفه بوجهه لا نعرفه باسمه ونسبه فان الحكم المذكور يتخلف عنه هناك عندهما كما سيجيء
وكان الامام الزيلعي تنبه لهذا فجعل الدليلين دليلا واحدا حيث قال في تعليل هذه المسئلة في التبيين لانهم ما احالوا المدعي على رجل معروف يمكن مخاصمته وطلب
المدعي هو ذلك الرجل فلو اندفعت لبطل حقه انتهى ثم ان الظاهر كان ان يقول المص رح ايضا لانهم ما احالوه بدل قوله لانه ما احاله لان المسئلة في ان لا يعرفه
الشهود لا في ان لا يعرفه ذو اليد كما لا يخفى وتوجيه ما قاله المص رح ان شهادة الشهود لما كانت لاجل ذي اليد نسب حالهم اليه ويحتمل ان يكون الضمير البارز في
قوله لانه والضمير في قوله ما احاله راجعين الى الشهود بتاويل من يسمعه ولو قالوا الى الشهود نعرفه فاي الرجل الذي اودعه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب اي جواب المسئلة
عند محمد رح للوجه الثاني وهو قوله ولانه ما احاله على معين الخ فصار بمنزلة ما لو قالوا اودعه رجل لا نعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن

وعند ابي حنيفة رح يندفع لانه اثبت ببينته ان العين وصل اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم يكن يده يد خصومة فلم يكن المقصود
ولذلك هو الذي اضره نفسه حيث نسي خصمه او اضره شهوده دون المدعى عليه وهذه المسئلة مختصة كتاب الدعوى فذكرنا الاقوال الخمسة ان قال انتقه من يده
انه خصم لانه لما زعم ان يده يد باطل اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبته مني او سرقته مني لا يندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه انما
صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل وان قال المدعي هي
مني وقال صاحب اليد او دعيته فلان واقام البينة لم تندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وهذا استحسان وقال محمد رح تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار
كما اذا قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه دفعا للحد شفقة عليه واقامة بحسبه الستر

رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لرجل لا تعرف فلانا قال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه ومن حلف لا يعرف فلانا وهو يعرف وجهه
ولا يعرف اسمه ونسبه لا يحنث كذا في الكافي والشروح وعند ابي حنيفة رح يندفع لانه اي المدعى عليه اثبت ببينته ان العين وصل اليه من جهة غيره اي غير المدعي
حيث عرفه الشهود بوجهه فحصل العلم بيقين ان الموضوع غير هذا المدعي بخلاف الفصل الاول وهو ما قال الشهود او وعد رجل لا تعرفه اصلا فلم تكن يده اي لم تكن
يد المدعى عليه في الفصل الثاني يد خصومة لعدم كونها يد ملك بل يد حفظ وهو المقصود اي لا يكون يده يد خصومة بل يد حفظ هو مقصوده وقد افاده الشهادة
فالحديث المار يدل على نفي المعرفة التامة وليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي تعريفا تاما انما عليه ان يثبت انه ليس بخصم وقد اثبت والمدعي هو الذي
اضره نفسه حيث نسي خصمه او اضره شهوده اي شهود المدعي عليه هو ذو اليد وهو جواب عن قول محمد رح فلو اندفعت الخصومة لتضرر به المدعي ووجهه ان الضرر اللاحق
بالمدعي انما لحقه من جهة نفسه حيث نسي خصمه او من جهة شهود المدعي عليه لا من جهة ذي اليد وهذه المسئلة مختصة كتاب الدعوى اي هذه المسئلة من بين مسائل الدعوى
تسمى مختصة كتاب الدعوى اما لان فيها خمسة اقوال كما اشار اليه بقوله وذكرنا الاقوال الخمسة وهي قول ابن شبرمة وقول ابن ابي ليلى وقول ابي يوسف وقول محمد
وقول ابي حنيفة رحمهم الله واما لان فيها خمس صور وهي الايداع والاعارة والاجارة والرهن والغصب كما ذكره ايضا وان قال انتقه من الغائب فهو خصم هذا
لفظ القدوري يعني ان قال المدعي عليه اشتريت هذا الشيء من الغائب فهو خصم للمدعي لانه اي المدعى عليه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما لمدعي
ملكا مطلقا وان قال المدعي غصبته مني اي غصبت هذا الشيء مني او سرقته لا يندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه اي لان ذا اليد انما صار خصما بدعوى
الفعل عليه اي بدعوى المدعي الفعل وهو الغصب والسرقة على ذي اليد لا بيده اي لم يصر ذو اليد في دعوى الفعل خصما بيده ثم ان فعل ذي اليد لا يتردد بين ان يكون له
ولغيره حتى يقال انه ثبت بالبينة ان فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه بخلاف دعوى الملك المطلق لانه اي ذا اليد خصم فيه اي في دعوى الملك المطلق بتأويل الادعاء
باعتبار يده يعني لا يصح دعواه اي دعوى الملك المطلق على غير ذي اليد ويده متردد بين ان يكون له فيكون خصما وبين ان يكون لغيره فلا يكون خصما وباقامة البينة
اثبت ان يده لغيره فلا يكون خصما ويصح دعوى الفعل على غير ذي اليد كما يصح دعواه على ذي اليد وان قال المدعي سرق مني اي ان قال المدعي سرق مني
هذا الشيء على صيغة المجهول وقال صاحب اليد او دعيته فلان واقام البينة اي على ان فلانا اودعه اياه لم تندفع الخصومة هذا ايضا لفظ القدوري قال المص رح
وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو استحسان وقال محمد رح تندفع اي الخصومة وهو القياس لانه اي المدعي لم يدع الفعل عليه اي على ذي اليد
كما اذا قال اي المدعي غصب مني على ما لم يسم فاعله يعني عن التحصيل افسد دعوى السرقة فبقي دعوى الملك فيندفع الخصومة باثبات الوديعة كما لو جهل الغصب
قال غصب مني على ما لم يسم فاعله واقام ذو اليد البينة على الوديعة من آخر فانه تندفع الخصومة هناك فكذا هنا كذا في غاية البيان ولهما ان لابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله ان ذكر الفعل وهو السرقة يستدعي الفاعل لا محالة لان الفعل بدون الفاعل لا يتصور والظاهر انه اي الفاعل هو الذي في يده الا انه اي المدعي
لم يعينه اي لم يعين الفاعل دفعا للحد شفقة عليه اي على ذي اليد واقامة بحسبه الستر اي لاجل الستر قال صاحب العناية فان قيل اذا لم يندفع الخصومة فربما يقضي
بالعين عليه وفي ذلك جعله سارقا فما وجه الدرء حينئذ اجيب بان وجهه انه اذا جعل خصما وقضي عليه بتسليم العين الى المدعي على ان ظهر سرقته بعد ذلك بيقين لم تقطع يده
لظهور سرقته بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعل سارقا اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين المدعي فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك بيقين قطعت يده لظهورها
قبل ان يصل العين الى المالك فكان في جعله سارقا احتيالا للدرء انتهى اقول في كل واحد من السؤال والجواب نظر اما في السؤال فلانه ان اراد بقوله وفي ذلك جعله
سارقا ان في ذلك الحكم عليه بموجب السرقة وهو القطع فهو ممنوع وانما هو عند تعيين كونه السارق وان اراد به ان في ذلك مجرد جعله خصما في دعوى كون ذلك الشيء

[illegible]

باب ما يدعيه الرجلان

[illegible]

باب ما يدعيه الرجلان لما ذكر حكم دعوى الواحد شرع في ذكر حكم دعوى الاثنين لان الاثنين بعد الواحد قال اي القدوري في مختصره واذا ادعى رجلان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها اي العين له واقاما البينة اي على ما ادعاه قضي بها بينهما اي يقضي القاضي بالعين المدعاة بينهما نصفين في ملك امرأة واقام كل واحد منهما بينة على انها امرأته لم يقض لواحد منهما بالاتفاق وفي دعوى الخارجين لان الدعوى لو كانت بين الخارج وذي اليد واقاما بينة فبينة الخارج اولى عندنا وفي ابي حنيفة رح تهاترت البينتان ويكون المدعى لذي اليد تركا في يده وهو قضاء بك لا قضاء بك في الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضى به لذي اليد قضاء ملك في الملك المطلق لان في القضاء بالسبب المعين او بالتاريخ تفصيلا او خلافا كما سيجيء ان شاء الله تعالى وقال الشافعي رح اي في المسئلة التي نحن فيها في قول تهاترتا اي البينتان اي تساقطتا وبطلتا ماخوذ من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام او الخطاء انتهى كذا في المغرب وفي قول يقرع بينهما اي بين المدعيين ليعطى لمن خرجت قرعته لان احد البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل اي في كل العين في حالة واحدة وقد تعذر التمييز اي بين الصادقة منهما والكاذبة فيمتنع العمل بهما يقينا لان كما لو شهدتا بان انه طلق امرأته يوم النحر بمكة وآخران انه اعتق عبده بالكوفة في ذلك اليوم وبالاول تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقن به اولى كذا في النهاية والكفاية او يصار الى القرعة لانه عليه السلام اقرع فيه وقال اللهم انت الحكم بينهما وفي سعيد بن المسيب ان رجلين ادعيا ناقة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم واقاما البينة فدفع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقال اللهم انت تقضي بينهما فدفع بها الى من خرجت قرعته ولنا حديث تميم وطريقه الطبراني وآية عن ابي موسى الاشعري رضي الله تعالى عنه ذكره ابو داود ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة واقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين وعن ابي الدرداء رضي الله تعالى عنه ان رجلين اختصما بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم في شيء واقاما البينة فقال احدهما الى سلسلة السلسلة بني اسرائيل كان داود عليه السلام اذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء لعتق الظالم ثم قضى به رسولنا صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ هذا جواب عن حديث القرعة يعني انه كان في الابتداء وقت اباحة القمار ثم نسخ لحرمة القمار لانه تعيين المستحق بمنزلة استحقاق ابتداء

ولان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد احدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف اذا المحل يقبله وانما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق

تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق بخلاف قسمة المال المشترك لان القاضي هناك ولاية التعيين من غير قرعة وانما يقرع تطييبا للقلوب ونفيا لتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار كذا في الكافي وسائر الشروح ولان المطلق بكسر اللام اي المجوز للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بفتح الميم بان يعتمد احدهما سبب الملك كالشراء والآخر اليد فصحت الشهادتان قال صاحب العناية في حل هذا المقام ولانه كذب احدهما بيقين لان المطلق الشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود فان صحة اداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة لان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فيجاز ان يكون احدهما اعتمد سبب الملك بان اذا اشترى فشهد على ذلك والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين انتهى اقول الظاهر من تقريره انه قد حمل قول المص ولان المطلق للشهادة الخ على منع قول الشافعي رح ان احدى البينتين كاذبة بيقين فيرد عليه انه لا مجال لمنع ذلك على ما ذهب اليه جمهور المحققين من ان معنى صدق الخبر مطابقته للواقع ومعنى كذبه عدم مطابقته له لان استحالة اجتماع المتكافئين في كل العين في حالة واحدة ضرورية فكذب احدهما اي عدم مطابقتها للواقع متعين بلا ريب وما ذكره في معرض السند للمنع لا يجدي طائلا في دفع هذا كما لا يخفى والوجه عندي ان لا يكون مراد المص بقوله المذكور منع قول الشافعي رح ذلك بل ان يكون مراده به القول بالموجب اي اثبات مدعاه مع التزام ما قاله الخصم وتقريره ان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد احدهما سبب الملك والآخر اليد وكل شهادة لها مطلق كذلك فهي صحيحة سواء طابقت الواقع او لم تطابقه لان صحة الشهادة لا يعتمد تحقق المشهود به في الواقع فان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد بل انما تعتمد ظاهر الحال فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن لان البينات حجج الله تعالى والعمل بها واجب مهما امكن وقد امكن ههنا بالتنصيف اذا المحل يقبله اي يقبل التنصيف وانما ينصف لاستوائهما اي لاستواء المدعيين في استواء الاستحقاق وهو الشهادة فحاصل كلام المص ههنا على ما وجهناه ان مدار العمل بالشهادتين صحتهما لا صدقهما فانه مما لا يطلع عليه العباد وان وجه صحته انما ذكر يشد اليه انه قال في التفريع فصحت الشهادتان ولم يقل فصدقت الشهادتان ثم ان بعض الفضلاء اعترض على قول صاحب العناية ولانه كذب احدهما بيقين واجاب عنه حيث قال فيه بحث فان الكذب هو عدم مطابقة الحكم للواقع وعدم مطابقة كلام احدهما لنفس الامر من اجلى الواضحات فكيف يمنع وليس فيما ذكره في معرض السند ما يدفع ذلك كما لا يخفى والجواب ان المانع عن قبول الشهادة وتكذيبها ههنا وهو منقود شرعا والالزام اجتماع اطلاق الشهادة وتكذيبها شرعا فالذي لا يسلمه الشارح هو الكذب الشرعي فليتامل انتهى اقول في الجواب بحث اذ الظاهر ان مراده تكذيبها شرعا عدم مطابقتها للاعتقاد لانه هو الذي يمكن ان اريد بلفظ الكذب ههنا بعد ان لا يكون المراد به عدم مطابقة الحكم للواقع ولكنه ليس بوجه لان كون صدق الخبر مطابقته لاعتقاد المخبر وكذبه عدم مطابقته لاعتقاده مذهب النظام ومن تابعه وقد ابطله المحققون باجماع المسلمين على تصديق اليهودي في قوله الاسلام حق مع مخالفته لاعتقاده وتكذيبه في قوله الاسلام باطل مع مطابقته لاعتقاده فكيف يحمل الكذب الشرعي على مثل هذا المذهب الزائف ويجعل مبنى للاستدلال الاستثنائي هذه المسئلة وايضا لو لم يكن الكذب الشرعي عدم المطابقة للواقع بل كان عدم المطابقة للاعتقاد لما كان لما ورد في قواعد الشرع من انه اذا تعذر الكذب لم تعتبر معنى لان الكذب بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد لا يتصور بدون التعمد وايضا لا يندفع ما قاله الشافعي رح بمنع كذب احدى البينتين بيقين بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد اذ يكفي له كذب احدهما بيقين بمعنى عدم المطابقة للواقع فان التزم جواز العمل بهما عند تيقن عدم مطابقة احدهما للواقع فلم يلتزم جواز العمل بهما عند تيقن كذب احدهما بمعنى عدم المطابقة للواقع والفرق بمجرد اطلاق لفظ الكذب وعدم اطلاقه لا يؤثر في تحقيق معنى المسئلة فانما هو اعتبار لفظي فلا ينبغي ان يترك القول المعول عليه في معنى الصدق والكذب ثم ان قوله الالزام اجتماع اطلاق الشهادة وتكذيبها شرعا ان اراد به انه يلزم اجتماع اطلاق كل واحدة من الشهادتين وتكذيبها بعينها ممنوع وان اراد به ان يلزم اجتماع اطلاق كل واحدة منهما وتكذيب احدهما لا بعينها فمسلم لكن لا نم المحذور فيه اذ الكذب بالنسبة الى كل واحد منهما بعينها كان محتملا لا محققا فيما يؤدي الى القدر

قال فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة واقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك

قال ويرجح بالتصديق من احدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وعند زفر يؤرخ البينتان فان كانا وقتا فصاحب الوقت الاول اولى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة بينة في امرأته متصلة بها وان اقام الآخر بينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار

اي منفردة فان ادعى كل واحد منهما اي من الرجلين نكاح امرأة واقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك ويرجع الى التصديق المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وحكي عن عيسى بن ابان والسغدي انه لا يترجح احدهما الا باحدى معان ثلث احدها اقرار المرأة والثانية كونها في يد احدهما والثالثة دخول احدهما بها الا ان الآخر يقيم البينة ان نكاحه سبق كذا في الشروح نقلا عن الخلاصة قال المصنف وهذا اي الحكم المذكور اذا لم توقت البينتان واما اذا وقتا فصاحب الوقت الاول اولى لما فيه من زيادة الاثبات كذا في الكافي قال صاحب العناية ولقائل ان يقول قول صاحب الوقت الاول اولى ليس بجلي لانه انما يكون اولى اذا كان الثاني بعده بمدة لا يحتمل انقضاء العدة فيها اما اذا احتملت ذلك فيتساويان لجواز ان الاول طلقها تزوج بها الثاني والجواب ان ذلك انما يعتبر اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول وليس الكلام في ذلك ايضا فذكرنا انه ان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا تقدم الاول حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة انتهى اقول في الجواب الاول نظر لانه اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول اقيم البينة عليها كان صاحب الوقت الثاني اولى قطعا وليس مدار السوال على دعوى اولوية الثاني بل على منع اولوية الاول وهذا المنع لا يتوقف على كون دعوى النكاح بعد طلاق الاول بل يتوجه ايضا على تقدير دعوى النكاح مطلقا اي من غير تقييد بكونه بعد طلاق الاول فيما اذا احتملت المدة التي بين الوقتين انقضاء العدة بجواز ان الاول طلقها وانقضت عدتها فتزوج بها الثاني كما ذكر في السوال فلم يثبت الاولوية في الاول مطلقا واما الجواب الثاني فهو ان كان صحيحا في نفسه الا ان فيه نوع احتياج الى بيان لمية الحكم بالاول فيما عاينا تقدمه ايضا مع الاحتمال المذكور فالاحسن ههنا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال فان قلت امكن المحل لتعيين تخلل الطلاق قلت لا يمكن لان النكاح الثاني يحتمل ان يكون بعد الطلاق ويحتمل ان يكون مع بقاء الطلاق فلا يبطل النكاح الثابت للاول بالشك والاقوال يحمل ادعى على الصلاح لان هذا انما يعتبر في الدفع لا في ابطال حق الغير وههنا الحاجة الى الابطال انتهى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما فان اقام الآخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار اذ البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة وذكر في نكاح المبسوط ولو تنازع رجلان في امرأة كل واحد منهما يدعي انها امرأته ويقيم البينة فان كانت في بيت احدهما او كان دخل بها فهي امرأته لان التبيين ذا تعارضتا على العقد يترجح احدهما بالقبض كما لو ادعى رجلان ملك عين في يد ثالث بالشراء واحدهما قابض واقاما البينة كانت بينة صاحب اليد اولى ولان فعل المسلم محمول على الصحة والحمل على الامكان ثابت ههنا بان يجعل نكاح الذي دخل بها ثانيا حين دخل وهذا لان تمكنه من الدخول بها ادعى نقلها الى بينة ودليل سبق عقده ودليل التاريخ كالتصريح بالتاريخ الا ان يقيم الآخر البينة انه تزوجها قبله فح سقط اعتبار الدليل في مقابلة التصريح بالسبق وان لم تكن في يد احدهما فايهما اقام البينة انه اول فهو احق بها لان شهود شهدوا بالسبق التاريخ في عقده والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة او باقرار الخصم وان لم يكن لهما على ذلك بينة فايهما اقرت المرأة انه تزوجها قبله او انه تزوجها دون الآخر فهي امرأته اما لان بينته ترجح باقرارها كما بيناه في جانب الزوج او لان البينتين لما تعارضتا وتعذر العمل بهما بقي تصادق احد الزوجين مع المرأة على النكاح فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما كذا في النهاية وانت تعلم ان هذا بمنزلة الشرح لما في الكتاب الا انه يظهر منه ان قول القدوري فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة فاقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين فيما اذا لم تكن المرأة في بيت احدهما ولم يكن احدهما دخل بها واعلم ان هذا كله اذا كان التنازع حال حيوة المرأة واما اذا كان بعد وفاتها فهو على وجوه ولا يعتبر فيها الاقرار واليد فان ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضى بالنكاح والميراث له ويجب عليه تمام المهر وان لم يؤرخا او ارخا على السواء فانه يقضى بالنكاح بينهما ويجب على كل واحد من الزوجين نصف المهر ويرثان منها ميراث زوج واحد فرق بين الدعوى حالة الحيوة وبين الدعوى حالة الوفاة والفرق ان المقصود في حال الحيوة هي المرأة وهي لا تصلح الشركة بينهما والمقصود بعد الوفاة هو الميراث وهو مال فيقبل الشركة فان جاءت بولد يثبت النسب

ولو انفرد احدهما بالدعوى والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى آخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد تم فلا ينقض
بما هو مثله بل هو دونه لان يوقت شهود الثاني سابقا لانه ظهر الخطاء في الاول بيقين وكذا اذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا يقبل بينة الخارج الا على وجه السبق
قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد معاينة من صاحب اليد واقاما بينة فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن
وان شاء ترك لان الناقل ينقض بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضولين اذا باع كل واحد منهما من رجل واجاز المالك
البيعين يخير كل واحد منهما لانه تغير عليه شرط عقده فلعله رغبة في تملك الكل فيريده ويأخذ كل الثمن لو اراد

من الابوين وجه ثالث ابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لان البنوة لا تتجزى كذا في غاية البيان نقلا عن الفصول وفي الفصول نقلا عن المحيط ولو انفرد احدهما بالدعوى يعني ان الذي
ذكر من قبل فيما اذا ادعيا معا ولو انفرد احدهما بالدعوى والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى آخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بذلك اي بما ادعاه الثاني
لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه اي لا ينقض القضاء بالبينة الثانية التي هي مثل الاولى بل دونها لان الاولى تأكدت بالقضاء وهذا لان في القضاء
لا ينقض المثل بالمثل وانما لا يعدم الرأي الرأي كذا في غاية البيان الا ان يوقت شهود الثاني سابقا اي وقتا سابقا فانه يقضي حينئذ بما ادعاه الثاني لانه ظهر الخطاء
في الاول بيقين حيث ظهر انه تزوج منكوحة الغير اقول في قول المص وبيقين تسامح لان البينات من الظنيات لا من اليقينيات على ما صرحوا به ولعل صاحب الكافي نبه به حيث
ترك لفظ بيقين في تحريره وكذا اذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق قد مر بيان هذه المسألة على الوجه الاتم فيما ذكرناه من قبل عن المبسوط قال
اي القدوري في مختصره ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد قال المص معاينة اي في قوله من صاحب اليد وانما قيد به لان كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد
فهو لا يخلو اما ان ادعيا الشراء من واحد او اثنين فالحكم على التفصيل يجيء بعد هذا في الكتاب كذا في النهاية وغيرها ثم ان تمام قول القدوري واقاما بينة اي اقام كل
واحد منهما بينة على ما ادعاه حمل صاحب العناية هذا القول على ما اذا قاما به من غير توقيت حيث قال في شرح المقام واقاما على ذلك بينة من غير توقيت فكأنه اخذ ذلك من
تصريح صاحب الكافي ههنا حيث قال ولم يوقت واحد من البينتين وقتا واقول الاولى تعميمه لما لم يوقتا ولما وقتا ووقتهما على السواء لان حكم هاتين الصورتين سواء
على ما صرح به في مبسوط شيخ الاسلام والذخيرة وفتاوى قاضيخان وسائر المعتبرات ولفظ الكتاب مساعد للتعميم لهما ولو لم يعمم لزم ان يكون صورة ما وقتا ووقتهما
على السواء متروكة في الكتاب بالكلية من بين اقسام هذه المسألة لعدم دخولها في الصور الآتية المنشعبة من هذه المسألة ولا يخفى بعد ذلك فكل واحد منهما بالخيار ان شاء
اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء تركه قال المص لا تغير عليه شرط عقده وهو رضاه لانه ما رضي بالعقد الا ليسلم له كل المبيع فاذا لم يسلم انتقل رضاه بتفريق
الصفقة عليه كذا في معراج الدراية اخذا من الكافي وفسر صاحب العناية شرط عقده باتحاد الصفقة حيث قال لان شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة
قد تغير عليه فلعل رغبته في تملك الكل لم يحصل فيريده ويأخذ كل الثمن قال بعض الفضلاء رد على صاحب العناية الظاهر ان المراد من شرط العقد هو الرضا وقد تغير
لانه ما رضي بالعقد الا ليسلم له كل المبيع واذا لم يسلم انتقل رضاه بتفرق الصفقة كما صرح به العلامة الاكمل ويؤيده قول المص فلعل رغبته في تملك الكل وايضا الاتحاد
وصف العقد فكيف يكون شرطا انتهى اقول الذي هو يعرف نفس ذلك القائل ههنا ساقطا اما قوله ويؤيده قول المص فلعل رغبته في تملك الكل فلان قول المص
هذا يؤيد ما ذكره صاحب العناية اكثر من ان يؤيد ما ذكره العلامة الاكمل صاحب معراج الدراية كما نظر بالتأمل الصادق واما قوله وايضا الاتحاد وصف العقد فالصحيح
فلان مراد صاحب العناية ان اتحاد الصفقة شرط صحة العقد لا انه شرط نفس العقد كما ان الرضى ايضا كذلك لتحقق نفس العقد فاسدا في بيع المكره مع انتفاء الرضى فيه
وان مراد المص انه لا تغير شرط صحة عقده لا انه تغير شرط نفس عقده والا لما ساغ له ان يأخذ نصف العبد بنصف الثمن بحكم ذلك العقد ثم ان صحة العقد وصف للعقد كاتحاد
الصفقة وانه لا محذور في كون احد وصفيه شرطا للآخر وقال صاحب العناية فان قيل احدى البينتين قيقين لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كما في وقت واحد
فينبغي ان يبطل البينات اجيب بانهم لم يشهدوا بكونها في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز ان يكون كل منهم اعتقد سببا في وقت اطلق له الشهادة انتهى
واعترض عليه بعض الفضلاء على جوابه حيث قال فيه بحث فانهما اذا شهدا بكونها في وقت واحد فالجواب ذلك ايضا ويجيء من الشارح التصريح به في الورق الآتي وذكره
الاتقاني ههنا ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فجواب الشارح لا يفي بدفع ما اذا ورد عليه انتهى اقول مبنى جواب صاحب العناية ههنا تقييده مسألة الكتاب فيما سبق بقوله
من غير توقيت فحينئذ يتم جوابه فان ما يحتاج اليه من الجواب ههنا انما هو مقدار ما يدفع السؤال عن مسألة الكتاب وقد حصل هذا على ذلك التقييد واما دفع السؤال عن مسألة

لان القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضولين اذا باع كل واحد منهما من رجل واجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما

قوله لانه احدى البينتين قيقين

وان قضى القاضي به بينهما فقال احدهما لا اختار النصف لم يكن للآخر ان ياخذ بجملته لانه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه وهذا لانه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة لو لا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان ياخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم يقسم سببه والعود الى النصف للزحمة ولم يوجد نظيره تسليم احد الشفيعين قبل القضاء ونظيره الاول تسليمه بعد القضاء ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو الاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الآخر به ولو وقتت احدهما ولم يوقت الآخر فهو لصاحب الوقت لثبوت الملك في ذلك الوقت واحتمل الآخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى ومعناه انه في يده

اخرى غير مذكورة في الكتاب فنقله من الكلام هنا فلا اخير في عدم وقوع جوابه بذلك نعم تقييده هناك ليس بمناسب اساكما بيناه ولكنه كلام آخر موضعه ثمة ثم ان هنا جوابا آخر فيما للسوال عن المسئلتين معا ذكره ايضا صاحب الكافي وعامة الشراح وهو ان التعيين يتصور وقوعهما في وقت واحد بان وكل المالك جليسين كل واحد منهما على الانفراد بان يبيعا عبده فباعه كل واحد من الوكيلين معا من رجل فانه يجوز وعقد الوكيل كعقد الموكل ويضاف عقده الى الموكل مجازا فثبت انه لا يستحيل ورود البيعين في زمان واحد من رجل واحد على عين واحدة كملا وان قضى القاضي به اي بالعبد بينهما اي بين المدعيين فقال احدهما لا اختار اي لا آخذ ولم يكن للآخر ان ياخذ جميعه لانه اي الآخر صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه اي في هذا النصف والعقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود الا بتجديد ولم يوجد فان قيل هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه اجاب بقوله وهذا لانه خصم فيه اي في النصف المقضي به لظهور استحقاقه بالبينة لو لا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك اي بخلاف ما لو قال احدهما لا اختار لا آخذ قبل تخيير القاضي اي قبل القضاء عليه بالخيار حيث يكون له ان ياخذ الجميع لانه يدعي الكل وحجته قامت به ولم ينفسخ سببه اي لم ينفسخ سبب استحقاق الكل في شيء والعود الى النصف للزحمة ولم توجد يعني انما كان القضاء له بالنصف لمانع وهو مزاحمة صاحبه له فاذا زال المانع حيث لم توجد المزاحمة قضى له بالكل ونظيره اي نظير ما قال احد مدعي الشراء لا اختار لا آخذ قبل تخيير القاضي تسليم احد الشفيعين قبل القضاء اي تسليم احدهما الشفعة قبل قضاء القاضي بها لهما حيث يكون للآخر ان ياخذ جميع الدار ونظيره الاول اي نظير ما قال احد مدعي الشراء لا اختار لا آخذ بعد قضاء القاضي لهما بالخيار تسليمه بعد القضاء اي تسليم احد الشفيعين الشفعة بعد قضاء القاضي بها لهما حيث لا يكون للآخر الا اخذ نصف الدار واعلم انه لم يذكر في بعض نسخ الهداية قوله والعود الى النصف للزحمة الى هنا وذكر في بعضها ولهذا لم يقع شرحه في بعض الشروح ووقع في بعضها ونحن اخترنا شرحه والتنبيه على عدم وجوده في بعض النسخ ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف لانه اثبت الخيار في زمان لا ينازعه فيه احد فاستحقاقه من ذلك الوقت فاندفع الآخر به اذ قد تبين به ان الآخر اشتراه من غير المالك فكان شراؤه باطلا ولو وقتت احدهما اي احد البينتين ولم يوقت الآخر فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك اقول فيه شيء وهو ان الآخر اثبت الملك ايضا وانما الشك في انه قبل ذلك الوقت او بعده فاحتمال قبليته يقتضي رجحانه على صاحب الوقت واحتمال بعديته يقتضي العكس ففي الوجه في العمل بالاحتمال الثاني على ان الشك في ان احدهما مقدم على الآخر او موخر عنه يستلزم الشك ايضا في ان الآخر مقدم عليه او موخر عنه فلم نظير الرجحان في جانب فالوجه ما ذكره صاحب الكافي حيث قال ولو وقتت احدهما ولم يوقت الاخرى قضى به لصاحب الوقت لانه يثبت له الملك في ذلك والذي لم يوقت يثبت ملكه في الحال لان شراءه حادث فيضاف حدوثه الى اقرب الاوقات ما لم تثبت التاريخ فكان شراؤه الموقت سابقا فكان اولى انتهى وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف ومعناه اي ومعنى قوله ومع احدهما قبض انه في يده اي القبض ثابت في يده معاينة وانما احتاج الى التفسير بهذا لان قوله ومع احدهما قبض يجوز ان يحمل على ان يكون معناه اثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان وهو في الحال في يد البائع ويجوز ان يكون الحكم هناك على خلاف هذا حيث ذكر في الذخيرة ثبوت اليد لاحد المدعيين بالمعاينة كذا في النهاية وغيرها اقول بقي هنا كلام وهو ان الظاهر ان هذه المسئلة والمسئلة السابقة التي كانت مذكورة ايضا في مختصر القدوري وهي قوله ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما وكذا المسئلة التي ذكرها المصنف في التبيين وهو قوله ولو وقتت احدهما ولم يوقت الاخرى فهو لصاحب الوقت كلها من شعب المسئلة المائة وهي قوله ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى من هذا العبد ومتفرعاتها يرشد اليه انه لم يعد في شيء منها لفظ الادعاء ولا ذكر اقامة البينة كما كان الاسلوب المطرد عند الانتقال الى مسئلة مستقلة وقد قال المصنف في صدر المسئلة معناه من صاحب اليد فاقتضى ذلك ان يكون وضع المسئلة فيما اذا كان المدعي في يد البائع وقال هنا ومعناه انه في يده اي في يد احد المدعيين فاقتضى هذا ان يكون المدعي في يد المشتري فكان مخالفا لوضع المسئلة فليتامل في التوجيه لان يكنه من قبضه يدل على

لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما استويا في الاثبات فلا ينقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الآخر وقتا لما بينا الا ان يثبت

سبق شرائه لتعليل المسئلة المذكورة قال صاحب العناية وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين احدهما ان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات والثاني بان مانع البعد بعد ثانية فهو بعد فاذا عرف هذا التقبض القابض مبني على شرائه ومتاخر عنه ظاهرا فكان بعد شرائه ويلزم من ذلك ان يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض وكان شراؤه اقدم تاريخا وقد تقدم ان التاريخ المتقدم اولى انتهى اقول قد اندفع التحقيق من تقرير صاحب الكافي وعلامة الشراح لكن الخفي على ذي فطرة سليمة ان ما جرت عليه عادة المص في اسلوب تحريره من ايجاز الكلام وتنقيح المرام بالى ان يكون مراده ذلك اذ لو اراد ذلك لاكتفى بان قال لان قبضه يدل على سبق شرائه اذ يحصل به ما هو مراد ذلك التحقيق فلا يبقى لذكر تمكنه من قبضه موقع حسن فعندي ان تحقيق مراده هو ان يكون امر بين قبض المدعي يدل على كون شرائه اياه سابقا اذ لو كان شراء غير القابض اياه سابقا لما تمكن القابض من قبضه فانه يصير حينئذ ملكا لغير القابض والانسان لا يتمكن عادة من قبض ملك الغير بل انما يتمكن من قبض ملك نفسه فلما تمكن القابض من قبضه دل تمكنه منه على سبق شرائه وهذا المعنى مع كونه ظاهرا من عبارة المص بلا كلفة وبلا توقف على بسط مقدمة اجنبية سيظهر ثمرته الجليلة عن قريب ان شاء الله تعالى لانهما استويا في الاثبات اي ولان القابض وغير القابض استويا في اثبات الشراء بالبينة والقابض امر مرجح وهذه يده الثابتة بالمعاينة لان

غير القابض يحتمل ان يكون قبل القابض في العقد فينقض يد القابض وان يكون بعده في العقد فلا ينقض يده فصار امره مشكوكا فلا ينقض اليد الثابتة بالشك فلا يقال بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد فينبغي ان ترجح بينة غير القابض لانا نقول بينة الخارج انما تكون اولى من بينة ذي اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا اما اذا ادعيا الملك بسبب فهما سيان نص عليه صاحب الكافي ههنا وقد صرحوا به في مواضع منها ما مر في اوائل باب اليمين قال صاحب العناية وطولب بالفرق بين هذه وبين ما اذا ادعيا الشراء من اثنين واقاما البينة واحدهما قابض فان الخارج هناك اولى والجواب ان كل واحد من المدعيين ثمة يحتاج الى اثبات الملك لنفسه اولا فاجتمع في حق البائعين بينة الخارج وذي اليد وكان بينة الخارج اولى وههنا ليس كذلك انتهى وقد سبقه الى هذا السؤال والجواب صاحب النهاية وزاد في التبيان حيث قال فاما ههنا فلا يحتاجان الى اثبات الملك بل هو بابت يتصادقان عليه انما حاجتهما الى اثبات سبب الاستحقاق عليه وسبب القابض اقوى لتأكده بالقبض فكان هو اولى انتهى اقول في الجواب بحث وهو ان الذي يثبت كل واحد من المدعيين للملك لنفسه وهو بائع كل واحد منهما ليس يدي بل هو خارج لغير القابض من المدعيين وكون بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد فيما اذا اثبتا الملك لانفسهما مسلم واما فيما اذا اثبتاه لخارج آخر فممنوع الا يرى ان الدليل الذي ذكروا الاثبات كون بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد وهو ان الخارج اكثر اثباتا او اظهارا فان قد ما اثبتته اليد لا بينة ذي اليد دليل مطلق الملك انتهى انما يجري فيما اذا اثبتا الملك لنفسهما لا فيما اثبتاه لخارج آخر كما لا يخفى فتامل وكذا لو ذكر الآخر وقتا اي ولو ذكر غير القابض وقت كان بعد الذي اليد ايضا لما بيناه قال صاحب العناية قال صاحب الشراح قوله لما بيناه اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه اقول يرد عليهم انهم حملوا قول المص في الظاهر ان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على التحقيق المبني على المقدمتين كما مر وذلك التحقيق لا يجري فيما اذا ذكر الآخر وقتا لانه لما ثبت شراء الآخر الذي هو غير القابض في وقت معين لم يبق مجال لان يضاف الى اقرب الاوقات لان اضافة الحادث الى اقرب الاوقات انما يتصور فيما اذا لم يثبت التاريخ فلم يثبت المقدمة الاولى ولما لم يثبت تاريخ قبض القابض اضيف الى اقرب الاوقات الذي هو الحال فلم يكن مع شراء غير القابض فلم تحصل المقدمة الثانية واما شراء القابض فانه وان كان سابقا على قبضه في الظاهر حملا لفعل المسلم على الصلاح دون الغصب كما ذكروا فيما مر الا انه ليس بمتعين السبق على الوقت الذي ذكره الآخر بل يحتمل ان يكون قبله او بعده فلا يقضى بالشك مثل ما ذكره المص فيما اذا لم يوقت احدهما وقت الآخر ولم يكن لاحدهما قبض فالصواب ان يحمل قول المص فيما مر لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على المعنى الذي ذكرناه هناك ثم يحمل قوله هنا لما بيناه اشارة الى ذلك القول اذ المعنى المذكورة تمشي فيما نحن فيه ايضا كما لا يخفى وهذا هو الثمرة التي اشرنا اليها فيما مر آنفا الا ان يثبت

وان شراء وكان قبل شراء صاحب اليد لان التصريح يفوق الدلالة **قال** وان ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا معناه من واحد واقاما بينة يكون اولى معهما فالشراء اولى لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض مابينا والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما نصفين في وجه التبرع فالترجيح باللزوم لانه يرجع الى المال والترجيح بمعنى قائم في الحال وهذا لانه لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عند البعض لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع **قال** واذا ادعى احدهما الشراء وادعت امرأة انه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه

اي شهود الخارج ان شراءه اي شراء الخارج قبل شراء صاحب اليد فحينئذ يكون الخارج اولى لان التصريح يفوق الدلالة يعني ان يقدم عقد الخارج حينئذ يثبت بتصريح شهوده ويقدم عقد الآخر بالدلالة حيث دل تمكنه من قبضه على سبق شرائه كما مر ولا غيرة للدلالة في مقابلة التصريح قال اي القدوري في مختصره وان ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا قال المص معناه من واحد اي معنى ما قاله القدوري ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا من شخص واحد وانما قيد به احترازا عما اذا كان ذلك من اثنين فان المدعيين حينئذ سواء ولا اولوية للشراء على الهبة كما سيجيء بعد ثم ان تمام لفظ القدوري واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى وكذا الحكم اذا ارخا وتاريخهما على السواء كما ذكر في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام لان الشرى اقوى من الهبة لكونه معاوضة من الجانبين والهبة تبرع يوجب الاستحقاق من جانب فكانت بينة الشراء مثبتة للاكثر فكانت اولى لان البينات ترجح بكثرة الاثبات ولانه تثبت الملك بنفسه عطف على قوله لكونه معاوضة من الجانبين لا على قوله لان الشرى اقوى اي ولان الشرى يثبت الملك بنفسه من غير توقف على شيء والملك في الهبة يتوقف على القبض ولا شك ان ما يثبت الملك بذاته اقوى مما يثبته بواسطة الغير فكان هذا دليلا آخر على كون الشرى اقوى من الهبة ليشهد بذلك قول المص فيما سيأتي لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة فيثبت الملك بنفسه انتهى قال صاحب العناية في شرح هذا المقام لانه لكونه معاوضة من الجانبين كان اقوى ولان الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته الا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين معا والشراء مثبت للملك دون الهبة لتوقفها على القبض انتهى اقول الظاهر من تحريره هذا كما ترى انه جعل قول المص ولا يثبت الملك بنفسه معطوفا على قوله لان الشرى اقوى فجعل كلا منهما دليلا مستقلا على اصل المسئلة وهو اولوية الشرى كما هو صريح كلام صاحب الكافي هنا لكن لا يخفى على ذي مسكة ان قول صاحب العناية بعيد هذا وقوله لما بيناه اشارة الى ما ذكره من الوجهين في ان الشرى اقوى انتهى ظاهر الدلالة على ان يكون قول المص ولانه يثبت الملك الخ معطوفا على قوله لكونه معاوضة من الجانبين ويكون كل منهما وجها مستقلا لكون الشرى اقوى كما قررناه فيما قبل فبين كلامية دافع لا تخفى وكذا الشراء والصدقة مع القبض اي كذا الحكم اذا ادعى احدهما الشراء والآخر الصدقة مع القبض لما بيناه اشارة الى ما ذكره في المسئلة السابقة من الوجهين تكون الشراء اقوى والهبة والقبض والصدقة سواء يعني اذا ادعى احدهما هبة وقضاء الآخر صدقة وقبضا فهما سواء حتى يقضى بينهما اي نصفين كذا في الكافي وغيره لاستوائهما في وجه التبرع كان قبل لانهم التساوي فان الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة اجاب بقوله ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المال اي لان اللزوم يرجع الى المال اي يظهر اثره في ثاني الحال اذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل والترجيح بمعنى قائم في الحال اي الترجيح انما يقع بمعنى قائم في الحال لا بمعنى يرجع الى المال واجيب ايضا بان امتناع الرجوع في الصدقة لحصول المقصود بها وهو الثواب لا لقوة السبب ولهذا لو وقعت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ايضا لحصول المقصود وهو صلة الرحم وهذا اي القضاء بالتنصيف بينهما فيما لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى صحيح وكذا فيما يحتمله اي فيما يحتمل الانقسام كالدار والبستان عند البعض لان الشيوع طارئ يعني ان كل واحد منهما اثبت قبضه في الكل الا انه لم يسلم له البعض لمزاحمة صاحبه فكان الشيوع طاريا وذا لا يمنع الهبة والصدقة وعند البعض لا يصح ولا يقضى لهما بشيء لانه تنفيذ الهبة في الشائع فصار كاقامة البينتين على الارثان قبل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله اما عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فينبغي ان يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين والاصح انه لا يصح في قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما يقضى بالعقد الذي شهد شهوده وعند اختلاف العقدين لا يجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا انما تثبت الملك بقضاء القاضي وتمكن الشيوع في الملك المستفاد من الهبة مانع صحتها كذا في العناية وغيرها قال اي القدوري في مختصره واذا ادعى احدهما الشراء اي شراء شيء كعبد مثلا من رجل وادعت امرأة انه اي ذلك الرجل تزوجها عليه اي تزوج المرأة المدعية على ذلك المدعى فهما سواء اي يقضى بذلك المدعى بينهما نصفين لاستوائهما اي استواء الشراء والنكاح في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه

وهذا عند ابي يوسف رح وقال محمد رح الشراء اولى ولها على الزوج القيمة لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء اذ التزوج على عين مملوك الغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك ومعنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين ولا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه

هذا اذا لم يؤرخا او ارخا تاريخا على السواء واما اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق فالاسبق اولى كذا في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده وعن هذا قال صاحب العناية في تقرير مسئلة الكتاب اذا ادعى احدهما الشراء وادعت المرأة انه تزوجها عليه واقاما البينة ولم يؤرخا او ارخا وتاريخهما على السواء يقضى بالعبد بينهما انتهى وفي التبيين للامام الزيلعي ثم للمرأة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق الآخر نصف المسمى وللمشتري نصف العين ويرجع بنصف الثمن ان شاء وان شاء فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه انتهى وهذا اي الحكم المذكور وهو التسوية بينهما عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رح الشراء اولى ولها على الزوج القيمة اي وللمرأة على الزوج تمام قيمة العين المدعاة لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء يعني ان العمل بالبينات مهما امكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع فان قدمنا النكاح بطل العمل بها لان الشراء بعده يبطل اذا لم يصر المرأة وان قدمنا الشراء صح العمل بها اذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه بان لا يجيز صاحبه فتعين تقديم الشراء اقول ههنا اشكال ظاهر وهو ان العمل بالبينتين بتقديم الشراء انما يتصور فيما اذا لم يؤرخا واما اذا ارخا وتاريخهما على السواء فلا كما لا يخفى والمسئلة تعم الصورتين كما مر آنفا فكيف تم خلاف محمد رح ودليله المذكور في الصورة الثانية ولم يره عن احد تخصيص الخلاف بالصورة الاولى وقد تحمل بعضهم في دفعه فقال ويمكن ان يقال معنى الشهادة على التاريخين المتحدين ان يقول الشهود مثلا كان العقد في اول الشهر من اليوم الفلاني وظاهره انه يسع فيه العقود المتعددة على التقدم والتأخر اذ لم يرشا بدين يشهدان على عقد مضيق لا يسع فيه عقدان انتهى فتامل صاحب العناية وذكر في الاسرار جواب ابي يوسف رح عما قاله محمد رح ان المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما اذا تأخر الشراء فهما سواء في حق تملك العين انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث اذ لا يندفع لهذا ما ذكره محمد رح فانه اذا تأخر النكاح ثبت ملك العين في المسمى لمدعي الشراء صورة ومعنى ولمدعية المهر معنى فوقف العمل بالبينتين بقدر الامكان بخلاف ما اذا سوينا هما انتهى اقول هذا البحث ساقط لانه لا يثبت ملك العين لمدعية المهر عند تأخر النكاح لا صورة ولا معنى اذ لم يسمع جعل ملك القيمة ملك العين لا بحسب اللغة ولا بحسب العرف ولئن سلم ذلك فلابي يوسف رح ان يقول المقصود من ذكر السبب ملك العين صورة اذ لولاه لا تكفي في الدعوى بذكر مبلغ القيمة فهما سواء في حق ذلك وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى هذا لفظ القدوري في مختصره قال المص رح هذا استحسان وفي القياس الهبة اولى وهو رواية كتاب الشهادات كذا في النهاية ومعراج الدراية وجه القياس قوله لانها اي لان وجه الهبة تثبت الملك اي ملك العين والرهن لا يثبته فكانت بنية الهبة اكثر اثباتا فهو اولى وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون ولهذا قالوا ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وبحكم الهبة اي المقبوض بحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى اي من عقد التبرع ولان بنية الرهن مثبت بدليل الرهن والدين والهبة لا يثبت الا بدليل واحد فكانت اكثر اثباتا وكانت اولى كذا في الشروح بخلاف الهبة بشرط العوض يعني لا يرد الهبة بشرط العوض لتقضاحيث كانت اولى من الرهن لانه بيع انتهاء اي لان الهبة بيع انتهاء وتذكير الضمير الراجع الى الهبة باعتبار الخبر او بتاويل العقد والبيع اولى من الرهن لانه اي البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض اي فكذا الهبة بشرط العوض اولى من الرهن لكونها بيعا انتهاء فان قلت الترجيح بمعنى قائم في الحال والهبة بشرط العوض بيع انتهاء تبرع ابتداء فيكون كالهبة مع الصدقة قلت نعم هي معاوضة انتهاء ولكن ذلك المعنى مقصود العاقد في الابتداء عادة فتكون معاوضة ابتداء نظرا الى المقصود بخلاف اللزوم في الصدقة فانه غير مقصود للمتصدق فلا يكون اللزوم قائما في الحال الا نظرا الى العقد ولا الى العاقد ومقصوده كذا في شرح تاج الشريعة وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى هذا لفظ القدوري في مختصره قال المص رح في تعليله لانه اي لان صاحب التاريخ الاقدم اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه اي والغرض ان الآخر

قال ولو ادعيا الشراء من واحد مشاه من غير صاحب اليد واقاما البينة على تاريخين والاول اولى لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء

لم تلق منه هذا قول ابي حنيفة رح وقول ابي يوسف رح آخرا وبه قال محمد رح اولا واما على قول محمد رح آخرا فيقضى بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة وان ارخ احدهما ولم يؤرخ الآخر ففي النوادر عن ابي حنيفة رح انه يقضى بينهما لانه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق في اصح الروايات وعلى هذا قول ابي يوسف رح يقضى للذي ارخ وعلى قول محمد رح يقضى للذي لم يؤرخ لانه يدعي اولوية الملك كذا في النهاية نقلا عن الذخيرة وسياتي تمام بيانه في الكتاب ان شاء الله تعالى قال في القدوري في مختصره ولو ادعيا الشراء من واحد قال المص معناه من غير صاحب اليد اي معنى قوله من واحد من غير صاحب اليد قال صاحب النهاية ليست في تقييده بقوله معناه من غير صاحب اليد فائدة فان في هذا الحكم المترتب عليه وفي سائر الاحكام لا يتفاوت ان يكون دعواهما الشراء من صاحب اليد او من غيره بعد ان يكون المبيع واحدا لانه ذكر في الذخيرة دار في يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي انه اشتراها من صاحب اليد بكذا فان ارخا فتاريخهما على السواء ولم يؤرخا فالدار بينهما نصفان لانهما استويا في الدعوى والحجة وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق فالسابق اولى لانه اثبت شراءه في وقت لا منازعة فيه فيثبت شراؤه من ذلك الوقت ويتبين ان الآخر اشتراها من غير المالك وان ارخ احدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرخ اولى تعليلا للنقض ما هو ثابت لانا اذا جعلنا المؤرخ اولى فقد نقضنا شراء الآخر لا غير واما اذا قضينا الذي لا تاريخ له نقضنا على صاحب التاريخ شراءه وتاريخه بعد ما ثبت الامران بالبينة واذا ادعى انسان جاء تلقي الملك من واحد آخر بان ادعى رجل انه اشترى هذه الدار من فلان بكذا سمى رجلا آخر وجاء رجل آخر وادعى انه اشترى هذه الدار من فلان في ذلك بعينه فان لم يؤرخا او ارخا وتاريخهما على السواء يقضى بالدار بينهما وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضى لاسبقهما تاريخا وان ارخ احدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرخ اولى لما قلنا انتهى وقد اتفق اكثر الشراح اعني صاحب النهاية في مواخذة المص ههنا بالوجه المذكور وقال صاحب الكفاية قيد بقوله معناه من غير صاحب اليد كيلا يلزم التكرار لانه قال اولا ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد ورتب عليه الاحكام وذكر من جملتها هذا الحكم المذكور هنا فيثبت بذلك انه لا فرق بين ان يدعيا الشراء من صاحب اليد او من غيره في هذا الحكم انتهى اقول الحق ما قاله صاحب الكفاية وتوضيحه ان الامام القدوري لما ذكر هذا الحكم في مختصره مرتين احدهما ههنا والاخرى في اثناء الاحكام المتشعبة من قوله فيما مر ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى من حيث قال هناك ولو ذكر كل منهما تاريخا فهو الاول منهما فهم التكرار من كلامه في الظاهر فصرف المص قوله الاول الى ما اذا ادعيا من صاحب اليد وقوله الثاني الى ما اذا ادعيا من غير صاحب اليد احترازا عن التكرار على تقييده حمل المؤمن على الصلاح فلا غبار فيه اصلا والعجب ممن طعنوا فيه انهم قالوا بصدد شرح قول المص فيما مر معناه من صاحب اليد انما قيد به لان كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو اما اذا ادعيا الشراء من واحد او اثنين فالحكم على التفصيل يجيء بعد هذا في الكتاب انتهى وذلك الكلام منهم اعتراف بان معنى قوله ههنا ولو ادعيا الشراء من واحد ادعياه من غير صاحب اليد اذ لا يجيء في الكتاب مسئلة ان ادعيا الشراء من واحد غير قوله هذا وبان فائدة التقييد ههنا الاحتراز عن التكرار فكيف لم يتنبهوا لكون فائدة التقييد ههنا ايضا الاحتراز عن التكرار واقاما البينة على تاريخين هذا من تتمة ما سبق اي لو ادعيا الشراء من واحد غير صاحب اليد واقاما البينة على تاريخين فالاول اولى اي فصاحب التاريخ الاول اولى لما بيناه اي في مسئلة اي ادعيا الشراء من صاحب اليد انه اثبته اي ان صاحب التاريخ الاول اثبت الشراء في وقت لا منازع له فيه اي في ذلك الوقت فاندفع الآخر به وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر كان اقام احدهما البينة على الشراء من زيد مثلا والآخر على الشراء من عمرو وذكرا تاريخا فهما سواء قال صاحب النهاية ومعراج الدراية اي ذكرا تاريخا واحدا واما لو ذكرا تاريخين فالسابق اولى لاثبات الملك لبائعه في وقت لا منازعة الآخر فيه ويرجع الآخر بالثمن على بائعه لاستحقاق المبيع من يده كذا في المبسوط انتهى وقد سلك صاحب الغاية مسلكهما في شرح المقام حيث قال وذكرا تاريخا واحدا فهما سواء انتهى قال صاحب الكفاية اخذا من الكافي اي سواء كان

لانهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كانهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى تقضى بهما للصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره

تاريخا واحدا او كان احدهما اسبق تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبائعهما ولا تاريخ للملك لبائعين فيصير كانهما حضرا واقاما البينة على الملك بدون التاريخ كان الملك بينهما فكذا فيمن تلقى الملك منهما بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من واحد معين لانهما اتفقا ان الملك كان له وانما يختلفان في التلقي منه واسبقهما تاريخا اثبت التلقي لنفسه في زمان لا ينازعه فيه صاحبه فيقضى له به لكن لا يقضى للمشتري بذلك اذا ادعى التلقي منه والآخر لا يدعي التلقي منه انتهى وقد سلك الامام الزيلعي هذا المسلك في شرح هذا المقام من الكنز اقول السر في اختلاف كلمات الثقات من شراح هذا الكتاب وغيره في حل هذه المسئلة هو اختلاف الروايتين على المجتهدين فيما اذا ادعيا الشراء من اثنين وكان احدهما اسبق تاريخا كما صرح به في معتبرات الفتاوى حيث قال في فتاوى قاضيخان وان ادعيا الشراء كل واحد منهما من رجل آخر انه اشترى من فلان وهو يملكها واقام آخر البينة انه اشتراها من فلان آخر وهو يملكها فان القاضي يقضي بينهما وان وقتا فصاحب الوقت الاول اولى في ظاهر الرواية وعن محمد رح انه لا يعتبر التاريخ وان ارخ احدهما دون الآخر يقضي بينهما اتفاقا انتهى وقال في البدائع اما اذا ادعيا الشراء من اثنين سوى صاحب اليد مطلقا عن الوقت واقاما البينة على ذلك يقضي بينهما نصفين ان كان وقتهما واحدا فكذلك وان كان احدهما اسبق من الآخر فالاسبق تاريخا اولى عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وكذا عند محمد رح في رواية الاصول بخلاف الميراث فانه يكون بينهما نصفين عنده وعن محمد رح في الاملاء انه يستوي بين الميراث وبين الشرى وقال لا عبرة بالتاريخ في الشراء ايضا الا ان يؤرخا ملك البائعين انتهى وذكر في الذخيرة ايضا كذلك مع نوع تفصيل وكذا في غيرها ثم اقول الذي يظهر من نقل تلك المعتبرات ان كون صاحب التاريخ الاسبق اولى فيما اذا ادعيا الشراء من اثنين ظاهر الرواية وانه قول اكثر المجتهدين واكبرهم فحمل مسئلة الكتاب على ما لا ينافيه اولى كما لا يخفى قال المص في تعليل المسئلة المذكورة

لانهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كانهما حضرا اي فيصير كان البائعين حضرا وادعيا وارخا تاريخا واحدا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ان كل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم يوقت الاخرى قضى بينهما نصفين يعني اذا ادعى الخارجان شراء كل واحد من رجل آخر واقاما البينة ووقتت احدى البينتين دون الاخرى قضى بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك اي على تقدم ملك بائعه يعني ان كل واحد من المدعيين ههنا خصم عن بائعه في اثبات الملك له وتوقيت احدهما لا يدل على تقدم ملك بائعه لجواز ان يكون الآخر اقدم اي لجواز ان يكون البائع الآخر اقدم في الملك بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اي المدعيين اتفقا في هذه الصورة على ان الملك لا يتلقى اي لا يؤخذ الا من جهته اي من جهة البائع الواحد فجاء كل واحد منهما الى اثبات سبب الانتقال اليه وهو الشراء لا الى اثبات الملك للبائع فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره قال صاحب العناية لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا بيده الملك حكمنا به فكذا اذا ثبت البينة الا اذا تبين انه تقدم عليه شراء غيره انتهى اقول فيه نظر لان الكلام في توقيت احدى البينتين لا في اثباتها اليد فلا يلزم من كون الثابت بالبينة كالثابت عيانا ان يكون الثابت بالبينة الموقتة كالملك المعاين باليد فلا تعلق لقوله ولو عاينا بيده الملك حكمنا به بالمقام وانما اللازم من كون الثابت بالبينة كالثابت عيانا ان يكون شراء من وقت بينته كالشراء المعاين لثبوته بالبينة ولكن الآخر مشترك في هذا اللازم لثبوت شرائه ايضا بالبينة نعم بينهما فرق من حيث ان الاول يصير بمنزلة من عاينا شراءه ووقته معلوم متعين عندنا الآن والثاني يصير بمنزلة من عاينا شراءه ايضا ولكن وقته غير معلوم عندنا الآن بل يحتمل المتقدم على الآخر والتاخير عنه الا ان هذا الفرق لا يجدي نفعا اذ الظاهر انا لا نحكم في هذه الصورة ايضا لصاحب الوقت المعين ما لم يعرف انه اسبق من الآخر فالوجه في تعليل كلام المص رح ههنا ان يقال لان الشراء امر حادث والحادث يضاف الى اقرب الاوقات ما لم يتبين وقته على ما هو القاعدة المقررة عندهم فشراء غير الموقت يضاف الى اقرب الاوقات وهو الحال فيتاخر عن شراء الموقت حكما وقد اشير الى هذا الوجه ههنا اجمالا في غاية البيان وشرح تاج الشريعة ومر منا تفصيل نظيره فيما سبق نقلا عن الكافي عند ذكره ثم قال صاحب العناية

ولو ادعى احدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر فيقضى بينهم
اربعا لانهم يتلقون الملك من بائعهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق قال فان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ
وصاحب اليد البينة على ملك اقدم تاريخا كان اولى وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو رواية عن محمد وعنه انه لا يقبل بينة ذي اليد لحجة اليد
لان البينتين قامتا على مطلق الملك لم تتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء لهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك
اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة

وقائل ان يقول حاصل الفرق بين المسئلتين بما ذكر من قوله لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهة واما الباقي فمشترك بين المسئلتين وذلك لا مدخل له في
الفرق لجواز ان يقال من ثبت له الملك فهو كمن ثبت له عيانا فيحكم بالاذ اجتمعا تقدم شراء غيره والجواب ان لذلك مدخلا في الفرق لان البائع اذا كان واحدا كان
التعاقب ضروريا وقد ثبت لاحدهما بالبينة تلك في وقت وملك في غيره مشكوك ان تأخر لم يضر وان تقدم ملك فتعارضا فيرجح بالوقت واما اذا كان متعددا فكما جاز
ان يقعا متعاقبين جاز ان يقعا معا وفي ذلك تعارض ايضا فضعفت قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض انتهى اقول في الجواب بحث اما اولا فلان قوله لان
البائع اذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا مم يجوز ان يوكل واحد رجلين ببيع عبده مثلا فيبيع كل واحد منهما من رجل في وقت واحد وعقد الوكيل كعقد الموكل فيضاف
عقده الى الموكل مجازا كما ذكرنا فيما مر نقلا عن الكافي وعامة الشراح لدفع السؤال بتبين كذب احدى البينتين واما ثانيا فلان قوله فيرجح بالوقت غير تام لان الشك
في ملك غير الموقت يستلزم الشك في ملك الموقت لان تقدم احدهما على الآخر يستلزم تأخر الآخر عنه وكذا تأخره عن الآخر يستلزم تقدم الآخر عليه فاحتمال تقدم احدهما
على الآخر وتأخره عنه وهو سبب الشك في ملكه يستلزم احتمال تقدم الآخر عليه وتأخره عنه فيلزم الشك في ملكه ايضا ولا شك ان الوقت من حيث هو وقت لا مدخل
له في ترجيح الملك لاحدهما بل انما يتصور الترجيح به لتقدمه على وقت الآخر فاذا كان هذا مشكوكا فلا مجال للترجيح به اصلا واما ثالثا فلان قوله فضعفت قوة الوقت
عن الترجيح لتضاعف التعارض غير معقول لان التعارض متى تضاعف لا يزيد شيئا على التساوي والتساقط فما يصلح للترجيح في مرتبة التعارض ينبغي ان
يصلح له في سائر المراتب منه ولعمري ان صاحب العناية قد تصنع في حل هذا المقام زيادة على سائر الشراح ولكن ما اتى بشيء يعتد به كما عرفت وان فيما ذكرناه
من الوجه في تعليل كلام المص رح ههنا المندوحة عن جميع ما ذكره فتفكر ولو ادعى احدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه
والرابع الصدقة والقبض من آخر واقاموا البينة قضي بينهم اربعا وهذه من مسائل المبسوط ذكر المص رح تفريعا قال في تعليلها لانهم يتلقون الملك من بائعهم وفي
بعض النسخ من بائعهم وكلاهما بطريق التطليب لان البائع واحد من المالكين الاربعة فكان المراد منه من تلقيهم وفي بعض النسخ من ملكهم سندا لا بلفظ يتلقون
كذا في النهاية ومعراج الدراية فيجعل كانهم اي المالكين حضروا واقاموا البينة لا تقسم وثمة يقضى بينهم اربعا فكذا ههنا قال اي القدوري في مختصره وان اقام
الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد البينة على ملك اقدم تاريخا كان اولى اي كان صاحب اليد اولى قال المص رح وهذا اي هذا الحكم عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وهو رواية عن محمد رح وعنه اي عن محمد رح انه لا يقبل بينة ذي اليد يعني ان هذا قول الآخر المرجوع اليه وفي المبسوط ذكر
ابن سماعة في نوادره عن محمد رح انه رجع عن هذا القول وهو ان بينة ذي اليد اذا كانت اقدم تاريخا من بينة الخارج كانت اولى
اقبل من ذي اليد بينة على تاريخ ولا غيره الا للنتاج وما في معناه لان التاريخ ليس سبب الاولية الملك بخلاف النتاج كذا في النهاية
المص رح في تعليل ذلك لان البينتين قامتا على مطلق الملك لم تتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء قال بعض الفضلاء
اقول في البيان لما لم تتعرض البينتان لجهة الملك جاز ان يكون جهة الملك اي سببه في حق صاحب التاريخ المؤخر اقدم في نفس الامر فيكون
المؤخر اسبق من الآخر في الملك لتقدم سبب ملكه على سبب ملك الآخر بخلاف ما اذا قامت البينتان بالتاريخ على الشراء واحدهما اسبق من
الاسبق اولى لتعرضه لسبق سبب ملك احد المشتريين وهو الشراء فلم يبق احتمال ان يكون الآخر اسبق في الملك ولهما اي ولابي حنيفة وابي يوسف رح
ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع
فان من ادعى على ذي اليد عينا وانكر ذو اليد ذلك واقام البينة انه اشتراه منه يندفع الخصومة وقد مر قبل هذا قبول بينة ذي اليد في ان العين في يده ودفع

وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما لمعنى ما بينا ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقت احدهما دون الاخرى فعند ابي حنيفة ومحمد رح الخارج اولى وقال ابو يوسف رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احدهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع لا دفع معنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته

حتى يندفع عند دعوى المدعي عند اقامة البينة ولما قبلت بينة ذي اليد على الدفع صارت هنا بينة ذي اليد بذكر التاريخ الاقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى انها لا تصح الا بعد اثبات التلقي من قبله فتقبل لكونها للدفع كذا في النهاية والعناية وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما اي لو كانت الدار في ايديهما كان صاحب الوقت الاول اولى في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وفي قول محمد رح لا يعتبر الوقت وكانهما قامتا على مطلق الملك فيكون بينهما كذا في النهاية نقلا عن الايضاح والمعنى ما بيناه وهو ما ذكره من الدليل في الطرفين ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق اي من غير ذكر سبب ووقت احدهما اي احدى البينتين دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الخارج اولى وقال ابو يوسف رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح صاحب الوقت اولى انما قيد بالتوقيت لان الخارج وذو اليد اذا اقاما بينة على الملك المطلق بلا ذكر تاريخ لا تقبل بينة ذي اليد عند علمائنا كلهم وانما وقع الاختلاف بين علمائنا في دعوى الملك المطلق بين الخارج وذي اليد عند ذكر التاريخ كذا في النهاية ومعراج الدراية لانه اقدم دليل على ما قاله ابو يوسف رح اي لان صاحب الوقت اقدم وصار كما في دعوى الشراء اي فصار الجواب في هذه المسئلة كالجواب في دعوى الشراء اذا ارخت احدهما اي اذا ارخت احدى البينتين هناك كان صاحب التاريخ اولى فكذا هنا والجواب ان الشراء معنى حادث فاذا لم يؤرخ حكم بوقوعه في الحال فكان اولى منه والملك ليس بمعنى حادث فلا يحكم بوقوعه في الحال كذا في غاية البيان ولهما اي ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه اي لتضمن البينة بتاويل الشاهد معنى الدفع لما مر آنفا ولا دفع هنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته اي من جهة ذي اليد لان بذكر تاريخ احدهما لا يحصل اليقين بان الآخر تلقاه من جهته لاحتمال ان الاخرى لو وقت كان اقدم تاريخا بخلاف ما اذا ارخا وكان تاريخ ذي اليد اقدم كما تقدم قال صاحب العناية قيل الاستدلال لقوله ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد رح لانه لا يقول بذلك والا لزمه المسئلة الاولى واجيب بان ذلك يجوز ان يكون على قول الاول انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء على هذا الجواب حيث قال فيه بحث فان اولوية الخارج على قوله الآخر الذي لا يعتبر فيه التاريخ نص عليه العلامة الاتقاني في غاية البيان في رحلته انتهى اقول هذا الاعتراض ليس بشيء اذ ليس مراد المجيب ان قول محمد رح في مسئلتنا هذه اعني اولوية الخارج فيما اذا وقت احدهما دون الاخرى يجوز ان يكون قوله الاول حتى ينافيه نص العلامة الاتقاني على انه قوله الآخر بل مراده ان قول المص ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع بصدد الاستدلال على قول ابي حنيفة رح ومحمد رح في مسئلتنا هذه يجوز ان يكون بناء على محمد رح الاول في المسئلة الاولى فلا يلزمه المسئلة الاولى على قوله الثاني هناك وتوضيح المقام ان لمحمد رح في مسئلتنا هذه قولين قوله الاول انه يقضي للذي لم يوقت وهذا مبني على اعتبار التاريخ حالة الانفراد على خلاف ما عليه ابو حنيفة رح ووجهه ان غير الموقت اسبقهما تاريخا باعتبار المعنى وهو دعوى اولية الملك وقوله الآخر ان الخارج اولى وهذا مبني على انه لا عبرة للتاريخ فكان الموقت لم يوقت فتكون بينة الخارج اولى لكونها اكثر اثباتا على ما هو المعروف من مذهبنا وهو في قوله الآخر في هذه المسئلة مع ابي حنيفة رح كما انه في قوله الاول في المسئلة الاولى معه وهذا كله مما يفصح عنه ما ذكر في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فاذا عرفت هذا فنقول الوارد الاستدلال على قول محمد الثاني في هذه المسئلة مع رعاية قوله الثاني في المسئلة الاولى لم يحتج الى ذكر المقدمة المقابلة ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع بل كفى ان يقال ان بينة ذي اليد لا تقبل عنده اصلا في غير النتاج وما في معناه لما مر له من الدليل في المسئلة الاولى ولكن المص رح لما قصد الجمع بين ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله في دليل واحد استغنى عن ذكر دليل آخر لمحمد رح استدل على قول ابي حنيفة رح وقول محمد رح الآخر في هذه المسئلة بما يجمعهما مرا اعني قول ابي حنيفة رح وقول محمد رح الاول في المسئلة الاولى فلا يحتاج الى ذكر تلك المسئلة وهذا هو المراد بالجواب الذي ذكره صاحب العناية فاين هذا مما فهمه ذلك المعترض عليه وقال ذلك البعض ويجوز ان يكون النكتة لابي حنيفة رح ووجه محمد رح غير مذكور هنا وقوله لهما من قبيل يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة

وعلى هذا اذا كانت الدار في يد احدهما وكانت في يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سواء عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح الاولى وقت ابي وقت
غيره ترجيح الاطلق اولى لانه ادعى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض كما لو ادعيا الشراء ولابي حنيفة رح ان التاريخ يوجب الملك
في ذلك الوقت بيقين والاطلاق لا يحتمل غير الاولية والترجيح باليقين كما لو ادعيا الشراء ولابي حنيفة رح ان التاريخ بضاعة احتمال عدم التقدم فسقط
اعتباره فصار كما اذا اقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ليترجح جانب صاحب التاريخ قال ابو
قام خارج وصاحب يد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد اولى لان البينة قامت على الاصل والاصل عليه اليد فيستوي ان ترجحت بينة ذي اليد اليد فيقضى له

ان شيئا في التوجيه في مثل هذا المقام امر مستبعد جدا من وجوه شتى فتصير وعلى هذا اي على الخلاف المذكور اذا كانت الدار في ايديهما واقاما البينة على الملك المطلق
فوقت بينة احدهما دون بينة الآخر يعني لا عبرة للتاريخ عندهما والدار للمورخ عند ابي يوسف رح ولو كانت في يد ثالث اي وان كانت الدار المدعاة في يد ثالث
والمسئلة بحالها اي وقت بينة احد الخارجين في الملك المطلق دون الآخر فهما سواء اي فالخارجان سواء يعني يقضى بينهما نصفين عند ابي حنيفة رح وقال
ابو يوسف رح الاول وقت اولى وقال محمد رح الذي اطلق اي لم يوقت اولى لانه اي الاطلاق دعوى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد كالاولاد والاكساب
ورجوع الباعة بعضهم على بعض اي وبدليل رجوع الباعة بعضهم على البعض فان من اقام بينة على مطلق الملك في جارية مثلا واستحقها وادعى رجوع باعها بعضهم على
بعض فكان مدعي مطلق الملك كان مدعيا للملك من الاصل وملك الاصل اولى من التاريخ ولابي يوسف رح ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين
والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالمتيقن يعني ان العمل بالمتيقن راجح على العمل بالمحتمل كما لو ادعيا الشراء اي ادعياه من بائع واحد وارخ احدهما دون
الآخر كان صاحب التاريخ اولى كما مر ولابي حنيفة رح ان التاريخ بضاعة اي يزاحمه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره اي اعتبار التاريخ يعني انه يحتمل
ان يكون تاريخ الذي ارخ سابقا على تاريخ صاحبه ويحتمل ان يكون متأخرا عنه فنزلناه مقارنا له رعاية للاحتمالين كذا في شرح تاج الشريعة وغيره فصار
اي فصار حكم هذه المسئلة كما لو اقاما البينة على ملك مطلق اي بدون ان يذكر التاريخ اصلا بخلاف الشراء جواب عن قول ابي يوسف رح كما لو ادعيا الشراء
لانه اي الشراء امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات وهو الحال فيترجح جانب صاحب التاريخ لكون شراء صاحب التاريخ سابقا على شراء الآخر
من زمان التاريخ لا محالة اقول الان صحيح الحق من المص فانه قد كان استدل على مسئلة الشراء فيما مر بما هو في سمت دليل ابي يوسف رحمه الله هنا وكنت استشكله
هناك واخبرت ما ذكره صاحب الكافي هناك موافقا لما ذكره المص في خاتمة الكتاب هنا فتذكر قال اي القدوري في مختصره وان اقام الخارج وصاحب اليد
كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد اولى سواء اقام صاحب اليد بينة على دعواه قبل القضاء بها للخارج او بعده وهذا جواب الاستحسان واما جواب القياس
فالخارج اولى وبه اخذ ابن ابي ليلى ووجهه ان بينة الخارج اكثر استحقاقا من بينة ذي اليد لان الخارج ببينته كما يثبت استحقاق اولية الملك بالنتاج تثبت
استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذا اليد ببينته لا يثبت استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه فكان بينة الخارج اولى بالقبول كما في دعوى
الملك المطلق كذا في النهاية وكثير من الشروح ووجه الاستحسان ما اشار اليه المص بقوله لان البينة اي بينة ذي اليد قامت على ما لا يدل عليه اليد وهو اولية
الملك بالنتاج كبينة الخارج فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له اي لذي اليد سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج او بعده اما قبله فظاهر
واما بعده فلان ذا اليد لم يصر مقضيا عليه لان بينته في نفس الامر دافعة لبينة الخارج لان النتاج لا يتكرر فاذا تكررت بينة دافعة تبين ان الحكم لم يكن مستندا
الى حجة فلا يكون معتبرا كذا قرر في العناية واكتفى به اقول يرد عليه ان وجه الاستحسان بهذا التقرير لا يدفع ما ذكره من وجه القياس لان تساوي البينتين
من جهة دلالة كل واحدة منهما على اولية الملك بالنتاج لا ينافي ان تكون بينة الخارج اكثر اثباتا للاستحقاق من بينة ذي اليد من جهة اثبات بينة الخارج
استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وعدم اثبات بينة ذي اليد استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما على ما صرح به في وجه القياس فينبغي ان يكون
بينة الخارج اولى بناء على زيادة الاثبات وقد كان صاحب النهاية والكفاية تداركا ذلك قرارا في تقريرهما ثانيا لدفعه حيث قال واما قوله ان بينة الخارج اكثر استحقاقا
قلنا نعم كذلك الا ان في بينة ذي اليد سبق التاريخ لانها تثبت اولية الملك على وجه لا يحتمل التملك من جهة الغير فكان اولى الا يرى انها لو ادعيا ملكا مطلقا وارخا
وذو اليد استهما تاريخا يقضى لذي اليد وان كانت في بينة الخارج زيادة استحقاق على ذي اليد انتهى اقول ويرد عليه ان كون بينة ذي اليد مثبتة لاولية الملك

وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن ابان انه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق القضاء

على وجه لا يحتمل التملك من جهة الغير انما نشأ من اثباتها النتاج الذي لا ينكر وهذا المعنى بعينه موجود في بينة الخارج ايضا لان كلا منافيا اذا اقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد بينة على النتاج كما هو صريح مسئلة الكتاب ههنا وفيما اذا لم يذكرا تاريخا فان ما اذا ذكرا تاريخا مسئلة اخرى لها اقسام واحكام آخر كما سيجيء في آخر هذا الباب فاذن لا معنى لسبق التاريخ في بينة ذي اليد في مسئلتنا هذه فلا تمشية للتوجيه الذي ذكره ههنا واعلم انه وجه الاستحسان الذي لا يحوم حوله شائبة استشكال ههنا ما روى ابو حنيفة رحمه الله عن الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله رضي الله تعالى عنه ان رجلا ادعى ناقة في يد رجل واقام البينة انها ناقته نتجها واقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها للذي هي في يده ثم اعلم انه ذكر في الشروح اقتدا من الذخيرة ان بينة ذي اليد على النتاج انما ترجح على بينة الخارج اذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلا نحو الغصب والوديعة او الاجارة او الرهن او ما اشبه ذلك واما اذا ادعى ذلك فبينة الخارج اولى لان ذا اليد ببينته يثبت ما هو ثابت بظاهر يده من رجحه والخارج ببينته يثبت الفعل وهو غير ثابت اصلا فكانت بينة الخارج اكثر اثباتا فهي اولى انتهى ولكن قال عماد الدين رحمه في فصوله بعد نقل ما في الشروح عن دعوى الذخيرة وذكر الفقيه ابو الليث رحمه في باب دعوى النتاج من المبسوط ما يخالف المذكور في الذخيرة فقال دابة في يدي رجل اقام آخر بينة انها دابته اجرها من ذي اليد او اعارها منه او رهنها اياه وصاحب اليد اقام بينة انها دابته نتجت عنده فانه يقضى بها لصاحب اليد لانه يدعي ملك النتاج والآخر يدعي الاعارة او الاجارة او الرهن والنتاج اسبق من الاعارة والاجارة والرهن فيقضى لذي اليد وهذا خلاف ما ذكر في الذخيرة انتهى وهذا هو الصحيح اي ما ذكر من القضاء لذي اليد هو الصحيح واليه ذهب عامة المشائخ خلافا لما يقوله عيسى بن ابان انه تتهاتر البينتان ويترك في يده اي يترك المتنازع فيه في يد ذي اليد لا على طريق القضاء اي لا على طريق قضاء الاستحقاق بل على طريق قضاء الترك وجه قوله ان القاضي تيقن بكذب احد الفريقين اذ لا يتصور نتاج دابة من دابتين وفي مثل هذا يتهاتر البينتان كما في مسئلة كوفة ومكة على ما مر في اول هذا الباب ووجه صحة ما ذهب اليه العامة ان محمدا رحمه ذكر في الخارجين اقاما البينة على النتاج انه يقضى به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يدي ذي اليد وكذلك قال لو كانت الشاة المذبوحة في يد احدهما وسواء قطعاها يد الآخر واقام كل واحد منهما البينة على النتاج فيها يقضى بها بالسوا قطعا لمن في يده اصل الشاة ولو كان الطريق تهاتر البينتين لكان يترك في يد كل واحد منهما ما في يده والجواب عن قوله ان القاضي تيقن بكذب احد الفريقين ما ذكرنا في شهادة الفريقين على الملكين بان كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا لاداء الشهادة وهذا لان الشهادة على النتاج لا يلزم فيها معاينة الانفصال من الام بل يكفي رؤية الفصيل يتبع الناقة فكل من الفريقين في شهادته على النتاج يجوز ان يعتمد سببا ظاهرا لاداء الشهادة فيجب العمل بها دفعا لايصالها الى التهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين حيث لا تتهاتر البينتان مع ان العين الواحد لا يتصور ان يكون مملوكا لشخصين في زمان واحد لكل واحد منهما بكماله ولكن لما وجد القاضي لشهادة كل واحد من الفريقين محملا يطلق له اداء الشهادة بان عاين احد الفريقين احد الشخصين باشر سبب الملك وعاين الفريق الآخر الخصم الآخر تصرف فيه تصرف الملاك قبل شهادة الفريقين كذا ههنا وعن هذا خرج الجواب عن مسئلة مكة وكوفة لان القاضي لم يجد لشهادة الفريقين هناك محملا يطلق لكل واحد منهما اداء الشهادة لان المطلق بالشهادة بالطلاق والعتاق معاينة الشهود ايقاع الطلاق والعتاق ولا يتصور سماع الفريقين ايقاع الطلاق والعتاق في يوم واحد من شخص واحد بمكة وكوفة لان الشخص الواحد في يوم واحد من شخص واحد بمكة وكوفة لان الشخص الواحد في يوم واحد لا يكون في مثل ذينك المكانين عادة فتهاترت البينتان هناك لذلك اما ههنا فخلافه ثم ان ثمرة الخلاف انما تظهر في حق تحليف ذي اليد وعدمه فعند عيسى بن ابان يحلف ذو اليد للخارج لان البينتين لما تهاترتا صار كان البينتين لم تقوما بالشهادة اصلا فيقضى لذي اليد قضاء

ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه ولو اقام احدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان لان بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت الملك للآخر الا بالتلقي من جهته وكذلك اذا كان الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له لان اليد دليل الملك والثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج يقبل وينقض القضاء لانه بمنزلة النص ولا اولية

ترك بعد ما حلف للخارج وعند العامة لا يحلف كذا في المبسوط والذخيرة ولو تلقى كل واحد منهما اي ولو اخذ كل واحد من الخارج وذي اليد الملك من رجل على حدة فكان هناك ملكان واقاما البينة على النتاج عنده اي واقام كل واحد منهما البينة على النتاج عند من تلقى الملك منه فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه فيقضي به لذي اليد لان كل واحد منهما خصم عمن تلقى الملك منه فكان الملكين قد حضرا واقاما على ذلك بينة فانه يقضي ثم لصاحب اليد كذلك ههنا ولو اقام احدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان اي خارجا كان صاحب النتاج او ذا اليد لان بينته اي لان بينة صاحب اليد قامت على اولية الملك فلا يثبت اي فلا يثبت الملك للآخر الا بالتلقي من جهته اي من جهة صاحب النتاج والفرض ان الآخر لم يتلق منه وكذا اذا كان الدعوى بين خارجين بان ادعى احدهما الملك والآخر النتاج فبينة النتاج اولى لما ذكرنا من ان بينته تدل على اولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي من جهته ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له اي للثالث الا ان يعيدها اي البينة ذو اليد فحينئذ يقضى له لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية لان المقضي به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقتضي ثبوته في حق آخر فان عاد ذو اليد ببينة قضى له بها تقديما لبينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج وان لم يعد قضى بها للثالث قال في البدائع فرق بين الملك وبين العتق ان القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس كافة والقضاء بالملك على شخص لا يكون قضاء على غيره وان كانت بينة النتاج توجب الملك بصفة الاولية وانه لا يحتمل التكرار كالعتق وجه الفرق ان العتق حق الله تعالى الا ترى ان العبد لا يقدر على البطالة حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه ولو كان حق العبد لما يقدر على البطالة واذا كان حق الله تعالى فالناس في اثبات حق الله تعالى خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل لاستوائهم في العبودية بمنزلة الورثة لما قاموا مقام الميت في اثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفا قام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم في الخلافة بخلاف الملك فانه خالص حق العبد فالحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب الا بالنيابة حقيقة او بثبوت النيابة شرعا او اتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ما عرف ولم يوجد شيء من ذلك فالقضاء على غيره يكون قضاء على الغائب من غير ان يكون عنه خصم حاضر وهذا لا يجوز انتهى وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل اي تقبل بينته وينقض القضاء اي وينقض القضاء الاول صورته اما اذا اقام الخارج البينة على ذي اليد في دابة معينة بالملك المطلق فقضى القاضي لها له ثم اقام ذو اليد البينة على النتاج يقضى بها له وينقض القضاء الاول كذا في النهاية والكفاية لانه بمنزلة النص اي لان اقامة البينة على النتاج بمنزلة النص في الدلالة على الاولية قطعا فكان القضاء الواقع على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص والقضاء ينقض هناك كذا هذا وهذا استحسان وفي القياس لا تقبل بينته لانه صار مقضيا عليه بالملك فلا تقبل الا ان يدعي تلقي الملك من جهة المقضي له وجوابه انه لم يصر مقضيا عليه لان باقامة البينة على النتاج تبين ان الدافع لبينة المدعي كان موجودا والقضاء كان خطأ فلا يكون مقضيا عليه كذا في العناية وغيرها اقول فيه شيء وهو ان ظاهر هذا الجواب خروج عن المسألة التي نحن بصددها فان عبارة المسألة هكذا وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء وقد صرح فيها بكونه مقضيا عليه وينقض القضاء فانكار كونه مقضيا عليه ينافيه ظاهرا فالاولى في الجواب ان يقال ان كونه مقضيا عليه لا يضر بقبول البينة لان قبول البينة على النتاج تبين ان الدافع لبينة المدعي كان موجودا في نفس الامر ولكن لم يكن ظاهرا عند القاضي فاذا ظهر تبين خطأ القضاء الاول فلم يكن معتبرا فينقض كالقضاء الظاهر في خلافه نص قول الشراح فان قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج يجتهد فيه فان ابن ابي ليلى يرجح بينة الخارج فينبغي ان لا ينقض قضاء القاضي لمعاد فيه موضع الاجتهاد قلنا انما يكون قضاؤه عن اجتهاد اذا كانت بينة ذي اليد قائمة عنده وقت القضاء فترجح باجتهاده بينة الخارج عليها وهذه البينة

قال وكذلك النسج في الثياب اي لانه تنسج الامة كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرغزى وجز الصوف وان كان يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق

ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن قضاؤه عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذي اليد فاذا اقام ما يدفع به انتقض القضاء الاول انتهى اقول لا يتوجه السوال راسا لان كلامنا في ان المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء وترجح ابن ابي ليلى بينة الخارج فيما اذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد النتاج على ما بين فيما قبل وذلك غير ما نحن فيه اما ترجيح بينة الخارج فيما اذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد النتاج كما نحن فيه فغير ثابت وقد تتبعت الكتب ولم اظفر بالتصريح بذلك من احد قط وما ذكروا فيما مر من وجه جواب القياس الذي اخذ به ابن ابي ليلى لا يساعد ذلك جدا كما لا يخفى على المتامل قال اي القدوري في مختصره وكذلك النسج اي النسج كالنتاج في انه لا يتكرر وكل حكم عرفته في النتاج فهو في النسج كذلك وصورة المسئلة اذا ادعى رجل ثوبا في يد رجل انه ملكه بانه نسجه في ملكه واقام على ذلك بينة واقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك قضي بالثوب لصاحب اليد كذا في النهاية في الثياب التي تنسج الامرة واحدة كغزل القطن هذا احتراز عن الثياب التي تنسج مرة بعد اخرى كالخز وفي المبسوط النسج في الثوب موجب لاولية الملك فيه وهو مما لا يتكرر كالنتاج في الدابة الا ان يكون الثوب بحيث ينسج مرة بعد اخرى كالخز ينسج ثم ينكث فيغزل وينسج ثانيا فحينئذ يقضي للخارج وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج قد تقدم ان القياس في دعوى النتاج ما ذهب اليه ابن ابي ليلى من ان بينة الخارج اولى وان ما ذهبنا اليه من كون بينة ذي اليد اولى استحسان تركنا القياس فيه بالسنة وهي حديث جابر رضي الله عنه كما رويناه من قبل فلا يلحق بالنتاج الا ما كان في معناه من كل وجه وكل ما لا يتكرر من اسباب الملك فهو في معناه من كل وجه فيلحق به بدلالة النص كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد اي واتخاذ اللبن والمرغزى اي وجز المرغزى اذا شدوت الزاء قصرت واذا خففت مددت والميم والعين مكسورتان وقد يقال مرغز بفتح الميم مخففا ممدودا وهي كالصوف تحت شعر القنز كذا في المغرب جز الصوف فاذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد لبنا انه ملكه حلبه من شاته او ادعى جبنا اي ملكه صنعه في ملكه او ادعى لبدا انه ملكه صنعه في ملكه او ادعى مرغزى انها ملكه جزها من غنمه او ادعى صوفا انه ملكه جزه من غنمه واقاما على ذلك بينة فانه يقضي بذلك لذي اليد في هذه الصورة كلها لان اسباب الملك فيها لا يكون الا مرة واحدة فكانت في معنى النتاج من كل وجه فالحقت به وان كان يتكرر اي وان كان سبب الملك يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق قال صاحب النهاية والمعنى فيه ان الثوب الذي ينسج مرة بعد مرة يجوز ان يصير لذي اليد بالنسج ثم ينتقضه الخارج وينقضه وينسجه مرة اخرى فيصير ملكا له بهذا السبب بعد ما كان ملكا لذي اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه بخلاف الفصل الاول فان الثوب الذي لا ينسج الا مرة اذا صار لذي اليد بنسجه لا يتصور ان يكون للخارج بنسجه فكان في معنى النتاج انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث اما اولا فلان السبب يراد بحكمه كما سيجيء بعد اسطر واما ثانيا فلانه يلزم نقض اليد الثابتة بالشك انتهى اقول كلا البحثين ساقط جدا اما الاول فلانه لا يقتضي هنا بالبينتين بناء على اعتبار السببين حتى يقال ان السبب يراد بحكمه وهو الملك ولم يثبت الملك بالنسبة الى ذي اليد حتى يكون المدعي للخارج بل انما يقضي هنا ببينة الخارج فقط بناء على كونها اكثر اثباتا كما في الملك المطلق فلم يعتبر الا سبب واحد هو للخارج بخلاف ما سيجيء بعد اسطر حيث يقضي هناك على قول محمد رحمه الله بالبينتين على اعتبار السببين ويكون المدعي للخارج فتحتاج اليه من قبل الامامين ان يقال ان السبب يراد بحكمه وهو الملك وحيث لم يثبت الملك لذي اليد لم يكن السبب مفيدا لحكمه بالنسبة اليه فلم يعتبر وسيتضح لك الامر هناك ان شاء الله تعالى واما الثاني فلان ما ذكره صاحب النهاية من المعنى ليس علة للقضاء للخارج فيما يتكرر من الاسباب حتى يقال كيف ينقض اليد الثابتة بالمحتمل المشكوك بل هو مجرد بيان كون دعوى الملك سببا يتكرر في معنى دعوى الملك المطلق دون معنى دعوى النتاج حيث لا يدل السبب الذي يتكرر على اولية الملك كالنتاج بل يحتمل ان يثبت به الملك اولا وثانيا كالملك المطلق وانما علة القضاء للخارج بعد تقرر ذلك المعنى كون بينة الخارج اكثر اثباتا من بينة ذي اليد كما تحقق في مسئلة

وهو مثل الكرم والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة اي هم اعرف به فان اشكل عليهم قضى به للخارج
كان بالقضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال وان اقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد
البينة على الشراء منه كان صاحب اليد اولى لان الاول وان كان يثبت اولية الملك فقد تلقى منه وهذا تناقض فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه

دعوى الملك المطلق فلا حاجة الى بيانه هنا ومفاسد قلة التامل مما يضيق عن الاحاطة به نطاق البيان وقد تشكل ذلك لبعض قول المص وان كان يتكرر قضى به
للخارج حيث قال فيه ان الشراء سبب يتكرر مع ان بينة ذي اليد اولى فلا بد من الفرق اقول اذا ادعى الخارج الشراء من رجل وادعاه ذو اليد من رجل
آخر فالحكم فيه كحكم ما اذا ادعيا الملك المطلق بلا تفاوت بينهما على ما صرح به في عامة المعتبرات وذكره الشارح الاتقاني فيما نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فلا اشتباه
هناك واما اذا ادعيا الشراء من واحد فبينة ذي اليد اولى كما مر في الكتاب فوجه الفرق بينه وبين ما نحن فيه هو ان كلا من الخارج وذي اليد هناك اثبت بينته
الاستحقاق على ثالث حيث ادعيا تلقي الملك من جهته كما صرحوا به وكان ما ادعياه بسبب الاستحقاق على الغير لا سبب الملك وحده فلم يكن في معنى الملك المطلق
بخلاف ما نحن فيه ولعل في كلام المص ايماء الى ذلك حيث قال وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر ثم قال وان كان يتكرر قضى به للخارج فاعتبر اختلاف
حكمي ما يتكرر وما لا يتكرر في سبب الملك احترازا عن سبب الاستحقاق وهو اي السبب المتكرر في الملك مثل النتج اي مثل نتج الخز وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ
من وبره خزا كذا في المغرب قيل هو منسوج فاذا بلي يغزل مرة اخرى وينسج والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب اي وزراعة الحنطة وسائر الحبوب فاذا
ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ثوبا انه ملكه نسجه من خزه او ادعى دارا انها ملكه بناها بماله او ادعى غرسا انه ملكه غرسه او ادعى حنطة انها ملكه زرعها او حبا
آخر من الحبوب كذلك واقاما على ذلك بينة قضى بذلك الخارج في هذه الصور كلها لان اسباب الملك فيها ليست في معنى النتاج لتكررها اما الخز فلما تقلنا
واما البناء فلانه يكون مرة بعد اخرى واما الغرس فكذلك واما الحنطة والحبوب فلانها تزرع ثم يغير التراب فيتغير الحنطة والحبوب ثم تزرع ثانية فاذا لم تكن في
معناه لم تلحق به بل صارت بمنزلة الملك المطلق فان اشكل اي فان اشكل شيء لا يتيقن بالتكرار وعدمه فيه يرجع الى اهل الخبرة اي يسال القاضي اهل العلم عن ذلك يعني
العدول منهم ويبتني الحكم على قولهم لانهم اعرف به قال الله تعالى فاسالوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون الواحد منهم يكفي والاثنان احوط كذا في النهاية نقلا
عن المبسوط والذخيرة فان اشكل ذلك على اهل الخبرة ايضا قضى به اي بالمشكل للخارج لان القضاء ببينة اي بينة الخارج هو الاصل لان القياس والعدول
عنه بخبر النتاج اي والعدول عن الاصل كان بخبر النتاج اي بحديث النتاج وهو حديث جابر رضي الله عنه كما رويناه من قبل في وجه الاستحسان
فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل الذي هو القياس قال اي القدوري في مختصره وان اقام الخارج البينة على الملك وصاحب اليد البينة على الشراء منه اي
من ذلك الخارج كان صاحب اليد اولى لان الاول اي الخارج وان كان يدعي اولية الملك وفي بعض النسخ ان كان يثبت اولية الملك فهذا اي فصاحب
اليد تلقى منه اي تلقى الملك من ذلك الخارج وفي هذا تناقض كما لا يخفى فصار اي فصار حكم هذه المسئلة كما اذا اقر بالملك له اي كما اذا اقر صاحب اليد بالملك
الخارج ثم ادعى اي صاحب اليد الشراء منه اي من الخارج قال صاحب النهاية ذكر في الفصول والحاصل ان الخارج مع ذي اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا
ففي كل الصور الخارج اولى الا اذا اقام صاحب اليد بينة على النتاج او ارخا وتاريخ صاحب اليد اسبق وفي هذه الصورة التي ذكرها في الكتاب ترجح بينة
صاحب اليد ايضا وهي فيما اذا اقام الخارج البينة على الملك واقام صاحب اليد البينة على انه اشتراه من المدعي لان المدعي ان كان اثبت اولية الملك فهذا
تلقى منه فحصل من هذا ان بينة ذي اليد ترجح على بينة الخارج في هذه الصور الثلث التي ذكرناها انتهى اقول لا مساس لهذه الصورة التي ذكرت في الكتاب بما ذكر في الفصول
لانه فيما اذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ملكا مطلقا على ما هو مدلول صريح قول صاحب الفصول والحاصل ان الخارج مع ذي اليد اذا ادعيا
ملكا مطلقا الخ وما ذكر في الكتاب فيما اذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد الملك المقيد بالشراء فضم هذه الصورة الى الصورتين المذكورتين في الفصول
بطريق الاستثناء وجعل ما ترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج صورا ثلثا كما فعله صاحب النهاية مما لا اصل له لانه ان اراد ان ما ترجح فيه بينة ذي اليد

قال وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معها تهاترت البينتان ويترك الدار في يد ذي اليد قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وعلى قول محمد رحمه الله يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع ولم يسلم
لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع
فصار كانهما اقاما على الاقرار بينه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد لانه لا يملك مستحق
فيبقى القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا بالوجود قبض مضمون من كل جانب
وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد لان الوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين

على بينة الخارج فيما اذا ادعيا الملك المطلق بهذه الصور الثلث فليس بصحيح كما لا يخفى وان اراد ان ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج فيما اذا ادعيا الملك
المطلق او غيره هذه الصورة الثلث فليس بتام لان ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج مطلقا غير منحصر في هذه الصور الثلث بل متحقق في غيرها كما اذا ادعيا
الشراء من واحد ولم يكن تاريخ احدهما اسبق على ما سبق في الكتاب قال اي القدوري في مختصره وان اقام كل واحد منهما اي الخارج وذي اليد البينة على
الشراء من الآخر اي اقام الخارج البينة على انه اشترى هذه الدار مثلا من ذي اليد واقامها ذو اليد على انه اشتراها من الخارج ولا تاريخ معهما تهاترت
البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد بغير قضاء وقال رضي الله عنه اي قال المصنف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعلى قول محمد رحمه الله يقضى بالبينتين
وتكون اي وتكون الدار للخارج لان العمل بهما اي بالبينتين ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع اي ثم باع ذو اليد من الخارج ولم يقبض الخارج لان
القبض دلالة السبق اي لان قبض ذي اليد دليل سبقه في الشراء كما مر اشارة الى قوله وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى لان يمكنه عن قبضه
يدل على سبق شرائه انتهى ولا يعكس الامر اي لا يجعل كان الخارج اشتراها من ذي اليد اولا ثم باعها اياه لان البيع قبل القبض لا يجوز يعني ان العكس يستلزم البيع
قبل القبض وذلك لا يجوز وان كان اي وان كان البيع في العقار عنده اي عند محمد رحمه الله ولهما اي ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان الاقدام على الشراء
اقرار منه اي من المشتري بالملك للبائع فصار اي فصار امر هذه المسألة كانهما اي البينتين اقاما على الاقرارين اي على الاقرارين من الطرفين وفيه التهاتر بالاجماع فكذا
ههنا اي فيما نحن فيه ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك هذا دليل آخر لهما متضمن للجواب عما قاله محمد رحمه الله ان العمل بالبينتين ممكن يعني ان السبب لا يراد لنفسه وانما
يراد لحكمه فاذا كان مفيدا لحكمه كان معتبرا والا فلا لكونه غير مقصود بالذات وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد لانه لا يملك مستحق اي مستحق للخارج لانا اذا قضينا
ببينة ذي اليد فانما يقضى ليزول ملكه الى الخارج فلم يكن السبب الذي هو البينة ههنا مفيدا لحكمه بالنسبة اليه فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده فلم يكن
معتبرا فلم يكن العمل بالبينتين اقول لمطالب ان يطالب بالفرق بين مسئلتنا هذه على قولهما وبين ما اذا اقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة على النتاج و
لا تاريخ معهما حيث لم تتهاتر البينتان هناك عند ائمتنا الثلثة على ما هو الصحيح بل قضي ببينة ذي اليد له بناء على ان البينتين استويا في الاثبات وترجحت بينة ذي
اليد باليد كما مر وتهاترتا ههنا عندهما مع الاشتراك في العلة المذكورة هناك فتامل في الفرق ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص
عندهما اذا استويا اي اذا استوى الثمنان لوجود قبض مضمون من كل جانب لعدم الفضل بشيء من النقدين عندهما وان كان احد الثمنين اكثر رجح بالزيادة
كذا في شرح الكنز للزيلعي ثم ان هذا اي القصاص اذا كان المقبوض هالكا وان كان قائما وجب رده كذا في الكافي فان قلت تهاترت البينتان في الشراء عندهما
فينبغي ان يكون كذلك في حق النقد لانه في ضمنه قلت امكن ان لا تقبل البينة في حق شيء وتقبل في حق شيء آخر كالمرأة اذا اقامت البينة على وكيل وجها بنطقها
على تطليق زوجها لا تقبل في حق الطلاق وتقبل في حق تصريد الوكيل كذا في شرح تاج الشريعة وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رح
للوجوب عنده اي لوجوب الثمن عند محمد رح فان البينتين لما تهاترتا عنده كان كل واحد منهما موجبا للثمن عند مشتريه فيتقاصان لوجوب بالوجوب ولو شهد الفريقان بالبيع
والقبض تهاترتا اي البينتان بالاجماع لكن على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار ان دعواهما مثل هذا البيع اقرار من كل واحد منهما بالملك لصاحبه وفي مثل
هذا الاقرار يتهاتر الشهود فكذلك ههنا وعند محمد رح باعتبار ان بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس في البينتين ذكر تاريخ ولا دلالة تاريخ حتى يجعل
احدهما سابقا والآخر لاحقا فاذا جاز البيعان لم يكن احدهما اولى من الآخر في القبول فساقطا للتعارض فبقي العين على يد صاحب اليد كما كانت وهو معنى قول المصنف لان الجمع غير ممكن عند محمد رح اي لان
العمل بهما غير ممكن عنده لجواز كل واحد من البيعين مع عدم اولوية احدهما على الآخر لعدم ذكر التاريخ ولا دلالة فكانت شهادة الفريقين بمنزلة تعارض النصين

بخلاف الاول وان وقتت البینتان فی العقار ولم یثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق یقضی لصاحب الید عندہما فیجعل کان الخارج اشتری
اولا ثم باع قبل القبض من صاحب الید فهو جائز فی العقار عندہما وعند محمد رح یقضی للخارج لانه لا یصح بیعه قبل القبض فبقی علی ملکه وان اثبتا قبضا یقضی لصاحب الید
لان البیعین جائزان علی القولین واذا کان وقت صاحب الید اسبق یقضی للخارج فی الوجهین فیجعل کانه اشتراه ذو الید وقبض ثم باع ولم یسلم وسلم ثم
وصل الیه بسبب آخر **قال** وان اقام احد المدعیین شاهدین والآخر اربعة فهما سواء لان شهادة کل شاهدین علة تامة کما فی حالة الانفراد
والترجیح لا یقع بکثرة العلل بل بقوة فیها علی ما عرف **قال** واذا کانت دار فی ید رجل ادعاها اثنان احدهما جمیعها والآخر نصفها واقاما البینة فلصاحب
الجمیع ثلثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابی حنیفة رح اعتبارا لطریق المنازعة فان صاحب النصف لا ینازع الآخر فی النصف فیسلم له بلا منازعة واستوت منازعتهما فی النصف الآخر فینصف

بحیث متی لم یکن الترجیح ولا الحمل علی الحالتین سقط العمل بهما فبعد ذلک کان العمل بما بعدهما من الحجة علی ما عرف وههنا ایضا لما سقطت شهادتهما بالتعارض بقی
العین فی ید صاحب الید کما کانت بخلاف الاول ای بخلاف ما اذا لم یذکر القبض فی شهادتهما حیث یجعل هناک شراء صاحب الید سابقا وبیعه لاحقا لدلالة القبض
علی السبق اذ لو جعل شراء الخارج سابقا لزم البیع قبل القبض کما مر مزیدا فی حلة الشروح فی حل هذا المقام اقول لقائل ان یقول لم لا یجوز الجمع بینهما وان
بجعل العین المدعاة بین المدعیین نصفین کما جعلناها کذلک فیما اذا ادعی اثنان عینا فی ید آخر کل واحد منهما انه له واقاما البینة ولا تاریخ معهما حیث قضینا
هناک بالعین بینهما نصفین کما مر فی صدر هذا الباب وایضا قلنا اذا ادعی اثنان عینا فی ید ثالث کل واحد منهما یدعی انه اشتراها منه واقاما بینة ولا تاریخ معهما
فکل واحد منهما بالخیار ان شاء اخذ نصف العین بنصف الثمن وان شاء ترک وقد مرت هذه المسئلة ایضا فی هذا الباب ومرت فیه ایضا مسائل اخری مشترکة فی
هذا الحکم اعنی التنصیف بلا خلاف بین ائمتنا ولا یخفی ان ما ذکروا ههنا التخریج محمد رحمه الله ینتقض لکل واحدة منها فتدبر وفی الکافی وما ذکر فی الهدایة من انه لو شهد
الفریقان بالبیع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غیر ممکن عند محمد رح بجواز کل واحد من البیعین بخلاف ما ذکر فی المبسوط والجامع الکبیر وغیرهما من انه لو شهدوا بالبیع والقبض یقضی للبینتین عند محمد رح فیقضی
بالدار لذی الید لان البینات حجج الشرع فیجب العمل بها ما امکن وقد امکن بهما اثبات العقدین والقبضین فیجعل کان ذا الید باعها وسلمها ثم الخارج باعها وسلمها انتهی وان وقت البینتان فی العقارین
قید بالعقار لیظهر ثمرة الخلاف کما ذکر کذا فی النهایة ومعراج الدرایة ولم یثبتا قبضا ای لم یثبت البینتان قبضا وفی بعض النسخ ولم یثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق ای والحال ان وقت الخارج
اسبق یقضی لصاحب الید عندهما ای عند ابی حنیفة رح وابی یوسف رح فیجعل کان الخارج اشتری اولا ثم باع قبل القبض من صاحب الید فانه جائز فی العقار عندهما وعند محمد رح یقضی للخارج لانه
لا یصح بیعه ای بیع العقار قبل القبض عنده فبقی علی ملکه ای فاذا لم یصح بیعه قبل القبض بقی علی ملک الخارج وان اثبتا قبضا ای وان اثبتت البینتان قبضا
وباقی المسئلة علی حاله وفی بعض النسخ وان بینتا قبضا یقضی لصاحب الید ای بالاجماع فیجعل ان الخارج باع ذلک من بائعه بعد ما قبضه لان البیعین ای
بالوجه المزبور جائزان علی القولین ای علی قولهما وقول محمد رح وان کان وقت صاحب الید اسبق وباقی المسئلة علی حاله یقضی للخارج فی الوجهین
ای سواء اثبت البینتان القبض او لم تثبتاه فیجعل کانه اشتراه ذو الید وقبض ثم باع ولم یسلم ای ثم باع ذو الید من الخارج ولکن لم یسلم
الیه هذا باعتبار عدم اثبات القبض او سلم ای سلم ذو الید الی الخارج ثم وصل الیه ای الی ذی الید بسبب آخر من اجارة او اعارة او غیرهما وهذا باعتبار اثبات
القبض فقد جمع المص الوجهین فی تقریره هذا کما تری فان قلت بقیت من اقسام المسئلة المارة صورتان لم تذکرا فی الکتاب احدهما ان توقت البینتان وقتا
واحدا وثانیهما ان توقت احدی البینتین وقتا ولم توقت الاخری فما حکمهما قلت حکم کل واحدة منهما کحکم ما اذا لم توقتا اصلا نص علیه فی غایة البیان نقلا عن
مبسوط شیخ الاسلام قال ای القدوری فی مختصره وان اقام احد المدعیین شاهدین والآخر اربعة فهما سواء ای الاثنان والاربعة من الشهود سواء لان
شهادة کل شاهدین علة تامة لوصولها الی احد النصابین الکامل کما فی حالة الانفراد فی غیر الشهادة فی الزنا والترجیح لا یقع بکثرة العلل بل یقع بقوة فیها ای فی
العلة الا یری ان الخبر لا یترجح بخبر آخر والآیة لا ترجح بآیة اخری لان کل واحد منهما علة بنفسه والمفسر یترجح علی النص والنص علی الظاهر باعتبار القوة علی ما عرف ای فی علم اصول الفقه
وکذلک الشهادتان اذا تعارضتا واحدهما مستورة والاخری عادلة ترجحت العادلة علی المستورة بالعدالة لانها صفة الشهادة ولا یترجح بزیادة عدد الشهود
لانها لیست بصفة لما هو حجة من الشهادة بل هی مثلها وشهادة کل عدد رکن مثل شهادة الآخر الا ان یکون بعضها صفة للبعض الی هذا اشار فی التقویم کذا فی
النهایة قال ای القدوری فی مختصره واذا کانت دار فی ید رجل ادعاها اثنان احدهما جمیعها والآخر نصفها واقاما البینة فلصاحب الجمیع ثلثة ارباعها ولصاحب
النصف ربعها عند ابی حنیفة رح اعتبارا لطریق المنازعة فان صاحب النصف لا ینازع الآخر فی النصف فیسلم له بلا منازعة وتستوی منازعتهما فی النصف الآخر فینصف

بينهما اثلاثا على عند طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف بسهم والمدعي بسهم
اثلاثا ولهذه المسئلة نظائر واضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرنا ما في الزيادات **قال** وان كانت يد مسلم لصاحب الجميع نصفها على
وجه القضاء نصفها لا على وجه القضاء كانت خارج النصف يقضى ببينته والنصف الذي في يده يجعله بينهما لا يدعيه الا ان يدعي النصف فهو بينهما سالم له

بينهما تجعل الدار على اربعة لحاجتنا الى حساب النصف والنصف نصف واقله اربعة كذا في الكافي وقالا اي ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هي اي الدار بينهما اي بين
المدعيين اثلاثا فاعتبر طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين اي يأخذ بحسب كل حقه سهمين وفي المغرب وقال الفقهاء
فلان يضرب فيه بالثلث اي يأخذ منه شيئا بحكم ماله من الثلث كذا في النهاية ومعراج الدراية وصاحب النصف بسهم واحد اي وصاحب النصف يضرب بكل حقه
ايضا وهو سهم واحد اذ الدار تجعل سهمين لحاجتنا الى عدد النصف صحيح واقله اثنان فيضرب صاحب الجميع بذلك وصاحب النصف بسهم واحد فتقسم بينهما اثلاثا
اي فيقسم الدار بين المدعيين اثلاثا ثلثها بالمدعي الجميع وثلثها المدعي النصف واعلم ان اصل ابي حنيفة رح ان المدلي بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من
غير انضمام معنى آخر اليه يضرب بجميع حقه كاصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرماء الميت اذا ضاقت التركة عن ديونه والمدلي بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما يصيبه حال المزاحمة كمسئلتنا هذه
والموصى له باكثر من الثلث واصل ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان قسمة العين متى وجبت بسبب حق كان في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين كانت القسمة
على طريق المنازعة كالفضولي اذا باع عبد رجل بغير امره وفضولي آخر باع نصفه واجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين لم تثبت بطريق المنازعة اربعا فعلى هذين
الاصلين امكن الاتفاق بين الائمة الثلثة على العول وعلى المنازعة وامكن الافتراق فما اتفقوا على العول فيه العول على التركة اما على اصله فلان السبب لا يحتاج
الى ضم شيء واما على اصلهما فلانها وجبت بسبب حق في العين لان حق الورثة يتعلق بعين التركة ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولي اما على اصله
فلانه ليس بسبب صحيح لاحتياجه الى انضمام الاجازة اليه واما على اصلهما فلان حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن فتحول بالشراء الى المبيع ومما افترقوا فيه
مسئلتنا هذه فعلى اصله سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة وهي تحتاج الى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة
كما بين في الكتاب وعلى اصلهما حق كل واحد من المدعيين في العين بمعنى ان حق كل منهما شائع فيها فما من جزء الا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا
كانت القسمة فيه بطريق العول كما ذكر في الكتاب ثم اعلم ان اصلهما ينتقض بحق الغرماء في التركة فان قسمة العين بينهم بسبب حق كان في الذمة لا في العين ومع
ذلك كانت القسمة عولية كذا في المبسوط قال المصنف ولهذه المسئلة نظائر واضداد اي للمسئلة المذكورة اشباه حكم فيها ابو حنيفة رح بالمنازعة وصاحباه بالعول
كما في هذه المسئلة واضداد حكم فيها ابو حنيفة رح بالعول وصاحباه بالمنازعة على عكس ما في هذه المسئلة لا يحتملها اي النظائر والاضداد هذا المختصر يعني الهداية قال
وقد ذكرنا ما في الزيادات فمن نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة والموصى له بالعين مع الموصى له بنصفه لكذا اذا لم يكن للميت مال سواه ومن اضدادها العبد المأذون
المشترك اذا اذن احد المولين بمائة درهم واجنبي بمائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى للدين والاجنبي عند ابي حنيفة رح بطريق العول اثلاثا وعندهما
بطريق المنازعة اربعا وكذا المدبر اذا قتل رجلا خطأ وفقأ عين آخر وغرم المولى قيمته لهما كذا في الكافي والشروح فتذكر الاصلين المذكورين يسهل عليك استخراج
هذه الصورة قال اي القدوري في مختصره ولو كانت في ايديهما اي ولو كانت الدار في ايدي المدعيين المسئلة بحالها سالم لصاحب الجميع اي لمدعي الجميع نصفها على وجه القضاء وهو الذي كان
بيد الآخر ونصفها لا على وجه القضاء وهو الذي كان بيد نفسه لانه خارج في النصف اي لان صاحب الجميع وهو مدعي الجميع خارج في نصف الذي باع مدعي النصف فيقضى ببينة صاحب الجميع
في حق ذلك النصف بناء على ان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد فتم دليل قوله نصفها على وجه القضاء وبقي دليل قوله ونصفها لا على وجه القضاء وهو قوله
فالنصف الذي في يديه اي في يدي صاحب الجميع صاحبه لا يدعيه اي صاحب الجميع اي خصمه وهو مدعي النصف لا يدعي ذلك النصف لان مدعاه اي مدعى صاحبه
وهو مدعي النصف اي النصف وهو في يده سالم له توضيحه ان دعوى مدعي النصف منصرفة الى ما في يده ليكون يده يدا محقة في حقه لان حمل امور المسلمين على
الصحة واجب فمدعي النصف لا يدعي شيئا مما في يد صاحب الجميع لان مدعاه النصف وهو في يده فسلم النصف

بخلاف الاول وان وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما بجعل كان الخارج اشتراه
او كانه باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد رح يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فيبقى على ملكه وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد
لان البيعين جائزان على القولين واذا كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين بجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم وسلم ثم
وصل اليه بسبب آخر **قال** وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد
والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل يقع بقوة فيها على ما عرف **قال** واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب
الجميع ثلثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة رح باعتبار الطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فيسلم له بلا منازعة وانما منازعته في النصف الآخر فيقتسمان

بحيث متى لم يكن الترجيح ولا الحمل على الحالتين سقط العمل بهما فبعد ذلك كان العمل بما بعدهما من الحجة على ما عرف وههنا ايضا لما سقطت شهادتهما بالتعارض بقي
العين في يد صاحب اليد كما كانت بخلاف الاول اي بخلاف ما اذا لم يذكر القبض في شهادتهما حيث يجعل هناك شراء صاحب اليد سابقا وبيعه لاحقا لدلالة القبض
على السبق اذ لو جعل شراء الخارج سابقا لزم البيع قبل القبض كما مر زبدة ما في نهاية الشروح في حل هذا المقام اقول لقائل ان يقول لم لا يجوز الجمع بينهما والحمل بهما
بجعل العين المدعاة بين المدعيين نصفين كما جعلناها كذلك فيما اذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما زعم انها له واقاما البينة ولا تاريخ معها حيث قضينا
هناك بالعين بينهما نصفين كما مر في صدر هذا الباب وايضا قلنا اذا ادعى اثنان عينا في يد ثالث كل واحد منهما يدعي انه اشتراها منه واقاما بينة ولا تاريخ معها
فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العين بنصف الثمن وان شاء ترك وقد مرت هذه المسئلة ايضا في هذا الباب ومرت فيه ايضا مسائل اخرى مشتركة في
هذا الحكم اعني التنصيف بلا خلاف بين ائمتنا ولا يخفى ان ما ذكروا ههنا لترجيح محمد رحمه الله ينتقض لكل واحدة منهما فتدبر وفي الكافي وما ذكر في الهداية من انه لو شهدوا
الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد رح بجواز كل واحد من البيعين يخالف ما ذكر في المبسوط والجامع الكبير وغيرهما من انه لو شهدوا بالبيع والقبض يقضى للبينتين عند محمد رح فيقضى
بالدار لذي اليد لان البينات حجج الشرع فيجب العمل بها ما امكن وقد امكن لان بينتهما اثبتا العقدين والقبضين فيجعل كان ذا اليد باعها وسلمها ثم الخارج باعها وسلمها انتهى وان وقتت البينتان في العقارين
قيد بالعقار لظهور ثمرة الخلاف كما ذكر كذا في النهاية ومعراج الدراية ولم تثبتا قبضا اي لم تثبت البينتان قبضا في بعض النسخ ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق اي والحال ان وقت الخارج

اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما اي عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح فيجعل كان الخارج اشترى ولم يقبض ثم باع قبل القبض من صاحب اليد فانه جائز في العقار عندهما وعند محمد رح يقضى للخارج لانه
لا يصح بيعه اي بيع العقار قبل القبض عنده فيبقى على ملكه اي فاذا لم يصح بيعه قبل القبض بقي على ملك الخارج وان اثبتا قبضا اي وان اثبتت البينتان قبضا
وباقي المسئلة على حاله وفي بعض النسخ وان بينتا قبضا يقضى لصاحب اليد اي بالاجماع فيجعل ان الخارج باع ذلك من بائعه بعد ما قبضه لان البيعين اي
بالوجه المزبور جائزان على القولين اي على قولهما وقول محمد رح وان كان وقت صاحب اليد اسبق وباقي المسئلة على حاله يقضى للخارج في الوجهين
اي سواء اثبتت البينتان القبض او لم تثبتاه فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم اي ثم باع ذو اليد من الخارج ولكن لم يسلم
اليه هذا باعتبار عدم اثبات القبض او سلم اي سلم ذو اليد الى الخارج ثم وصل اليه اي الى ذي اليد بسبب آخر من اجارة او اعارة او غيرهما وهذا باعتبار اثبات
القبض فقد جمع المصنف الوجهين في تقريره هذا كما ترى فان قلت بقيت من اقسام المسئلة المارة صورتان لم تذكرا في الكتاب احدهما ان تؤقت البينتان توقيتا
واحدا وثانيهما ان توقت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى فما حكمهما قلت حكم كل واحدة منهما كحكم ما اذا لم توقتا اصلا نص عليه في غاية البيان نقلا عن
مبسوط شيخ الاسلام قال اي القدوري في مختصره وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء اي الاثنان والاربعة من الشهود سواء لان
شهادة كل شاهدين علة تامة لوصولها الى حد النصاب الكامل كما في حالة الانفراد في غير الشهادة في الزنا والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل يقع بقوة فيها اي في
العلة الا يرى ان الخبر لا يترجح بخبر آخر والآية لا ترجح بآية آخرى لان كل واحد منهما علة بنفسه والمفسر يترجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة على ما عرف اي في علم اصول الفقه
وكذلك الشهادتان اذا تعارضتا واحدهما مستورة والاخرى عادلة ترجحت العادلة على المستورة بالعدالة لانها صفة الشهادة ولا يترجح بزيادة عدد الشهود
لانها ليست بصفة لما هو حجة من الشهادة بل هي مثلها وشهادة كل عدد ركن مثل شهادة الآخر الا ان يكون بعضها صفة للبعض الى هذا اشار في التقويم كذا في
النهاية قال اي القدوري في مختصره واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلثة ارباعها ولصاحب
النصف ربعها عند ابي حنيفة رح اعتبارا لطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فيسلم له بلا منازعة وانما منازعته في النصف الآخر فيقتسمان

قال واذا كان العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بالغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما **فصل** في التنازع بالايدي
قال واذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اظهر فانه يختص بالملك وكذا اذا كان احدهما راكبا
في السرج والآخر رديفه فالراكب في السرج اولى بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل
لاحدهما والآخر كوز معلق فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف وكذا اذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى
لانه اظهر تصرفا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما معناه على طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا

عن محمد رحمه الله قال اذا كان سن الدابة مشكلا يقضى بينهما نصفين وان كان مخالفا للوقتين لا يقضى اما بشيء ويترك في يدي ذي اليد قضاء ترك فكانهما لم يقيما البينة
ولعل هذا هو الاصح وقوله ينظر الى مقصودهما ليس بشيء لان مقصود المدعي ليس بمعتبر في الدعاوى بلا حجة واتفاق الفريقين على استحقاقها على ذي اليد غير معتبر لانه ليس
بحجة مع وجود المكذب انتهى اقول يمكن ان يجاب عن قوله وقوله ينظر الى مقصودهما ليس بشيء في قوله لانه ليس بحجة مع وجود المكذب بان الموجود مكذب الوقتين
لا مكذب اصل البينتين فاللازم منه سقوط اعتبار ذكر الوقت لا سقوط اعتبار اصل البينتين وهو اثبات استحقاق للمدعيين على
ذي اليد فلا قادح لما في المبسوط ويرشد الى هذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وان خالف بينهما الوقتين جميعا سقط الوقت كذا ذكر في ظاهر الرواية لانه
ظهر بطلان التوقيت فكانهما لم يوقتا فبقيت البينتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت وذكر الحاكم في مختصره ان في رواية ابي الليث تهاترت
البينتان قال وهو الصحيح ووجهه ان سن الدابة اذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البينتين فالتحقتا بالعدم فيترك المدعى في يد صاحب اليد كما كان
والجواب ان مخالفة السن الوقتين توجب كذب الوقتين لا كذب البينتين اصلا وراسا انتهى كلامه فتامل شد قال اي محمد رح في الجامع الصغير في كتاب القضاء
واذا كان العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بالغصب والآخر بوديعة فهو بينهما اي العبد بين المدعيين لاستوائهما لان الدعوى لما اتحد الوديعة
صار غاصبا فصار دعوى الوديعة والغصب سواء والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق فيكون العبد بينهما نصفين
فصل في التنازع بالايدي لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع في بيان وقوعه بظاهر اليد في هذا الفصل لما ان الاول اقوى ولهذا اذا
اقامت البينة لا يلتفت الى اليد قال اي القدوري في مختصره واذا تنازعا اي تنازع اثنان في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى
لان تصرفه اي تصرف الراكب اظهر فانه اي الركوب يختص بالملك يعني غالبا قال الامام الزيلعي في شرح الكنز بخلاف ما اذا اقاما البينة حيث يكون بينة الخارج
اولى لانها حجة مطلقة وبينة الخارج اكثر اثباتا على ما بيناه واما التعلق فليس بحجة وكذا التصرف لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على انه كان في يده
واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك في يده حتى يقوم الحجة والترجيح انتهى وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه
فالراكب اي في السرج اولى لان العادة جرت بان الملاك يركبون في السرج وغيرهم يكون رديفا كذا في الكافي وغيره واعلم ان ما ذكر في الكتاب
من ان كون الراكب في السرج اولى من رديفه على رواية نقلها الناطفي رح في الاجناس عن نوادر المعلى واما في ظاهر الرواية فالدابة بينهما نصفان
كذا في غاية البيان والعناية بخلاف ما اذا كانا راكبين يعني في السرج حيث تكون اي الدابة بينهما قولا واحدا لاستوائهما في التصرف اما اذا كان
احدهما ممسكا بلجام الدابة والآخر متعلقا بذنبها قال مشائخنا ينبغي ان يقضى للذي هو ممسك بلجامها لانه لا يتعلق باللجام غالبا الا المالك اما
الذنب فانه كما يتعلق به المالك يتعلق به غيره كذا في النهاية نقلا عن الذخيرة وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى لانه هو
المتصرف فهو ذو اليد واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهر تصرفا ولهذا يصير به غاصبا كذا في الشروح
ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما وكذا لو كانا جالسين عليه وادعياه فهو بينهما كذا في الشروح قال المص رح معناه لا على
طريق القضاء اي معنى قوله فهو بينهما انه بينهما لا على طريق القضاء وعلل المسئلة بقوله لان القعود ليس بيد عليه اي على البساط حتى لا يصير غاصبا بقعوده فاستويا
اي فاستوى المتنازعان فيه فيجعل في ايديهما لعدم المنازع لهما بذا وقال صاحب النهاية في حل هذا المقام لان اليد على البساط لا يثبت الا باحد
الطريقين اما باثبات اليد عليه حسا بالنقل والتحويل واما بكونه في يده حكما بان كان في بيته ولم يوجد شيء من ذلك في البساط فانا نراه موضوعا على

التعليق

وكذا اذا

ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده **قال** واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى لان الحال تشهد له فيترجح وان اشكل ذلك وكانت بينهما لانه سقط التوقيت فصار كانهما لم يذكرا تاريخا وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم الشهيد لانه ظهر كذب الفريقين فتترك في يد من كان في يده

لمدعي الجميع بلا منازعة كذا في الكافي ولو لم ينصرف اليه دعواه اي ولو لم ينصرف دعوى مدعي النصف الى النصف الذي في يده كان ظالما بامساكه اي كان مدعي النصف ظالما بامساكه ما في يده وقضية وجوب حمل امر المسلم على الصحة قاضية بخلافه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده اي واذا لم يدع مدعي النصف النصف الذي في يدي مدعي الجميع ولا قضاء بدون الدعوى فيترك ذلك النصف في يدي مدعي الجميع بلا قضاء فتم دليل قوله ونصفها لا على وجه القضاء ايضا فثبت المدعى بشقيه قال صاحب العناية الاصل في هذه المسئلة ان دعوى كل واحد من المدعيين منصرف الى ما في يده كيلا يكون في امساكه ظالما حملا لامور المسلمين على الصحة وان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد انتهى اقول فيه نظر وهو ان انصراف دعوى مدعي الجميع من المدعيين الى ما في يده غير معقول لانه ان جعل الذي في يده الكل لا يبقى للمقدرة القابلة وان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد محل في هذه المسئلة والاصح قول المص ره لانه خارج في النصف ولا قول صاحب العناية في اثناء الشروح ومدعي الكل يدعي عليه النصف وهو خارج عن النصف وان جعل الذي في يده النصف كما هو الظاهر الحق فلا معنى لانصراف دعواه الى ما في يده لانه يدعي الكل وهو ليس في يده وايضا لا يتم قوله كيلا يكون في امساكه ظالما بالنسبة اليه لان الانسان لا يكون ظالما بامساكه حقه وان كان في يد غيره ومدعي الكل يدعي ان جميع ما في ايديهما حقه فالحق ان الذي ينصرف دعواه الى ما في يده انما هو مدعي النصف منهما كما هو المذكور في الكافي وغيره وقد مر منا في اثناء شرح كلام المص ره قال اي القدوري في مختصره واذا تنازعا اي تنازع اثنان في دابة واقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى اي الذي يوافق سن الدابة تاريخه اولى من الآخر لان الحال تشهد له يعني ان علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له فيترجح اي فيترجح من يوافق سن الدابة تاريخه واعلم انه لا فرق في هذا بين ان يكون الدابة في ايديهما او في يد احدهما او في يد ثالث لان المعنى لا يختلف بخلاف ما اذا كانت الدعوى في النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها لذي اليد ان كانت في يد احدهما او لهما ان كانت في ايديهما او يد ثالث كذا ذكره الامام الزيلعي في شرح الكنز وان اشكل ذلك اي سن الدابة كانت بينهما اي كانت الدابة بينهما نصفين لانه سقط التوقيت وصار كانهما لم يذكرا تاريخا هذا الجواب في الخارجين فان كان احدهما صاحب اليد ودعواهما في النتاج ووقتت البينتان وقتين فان كانت الدابة على وقت بينة الخارج قضيت بها لظهور علامة الصدق في بينته وعلامة الكذب في بينة ذي اليد وان كانت الدابة على وقت بينة ذي اليد او كانت مشكلة قضيت بها لذي اليد اما لظهور علامة الصدق في بينته او سقوط اعتبار التوقيت اذا كانت مشكلة كذا في المبسوط ولم يذكر فيه ما اذا كان سن الدابة بين الوقتين وذكر في الذخيرة في ذلك تهاترت البينتان عند عامة المشايخ وتترك الدابة في يد صاحب اليد كذا في النهاية ومعراج الدراية وان خالف سن الدابة الوقتين قال الشراح اي في دعوى الخارجين اقول لم يظهر لي فائدة هذا التقييد كما سابين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم لانه ظهر كذب الفريقين وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع ايضا فتترك اي الدابة في يد من كانت في يده والظاهر ان هذا الحكم الصور الثلث اعني ما اذا كانت الدابة في يد ثالث وما اذا كانت في ايديهما وما اذا كانت في يد احدهما اذ لا فارق بينهن في الوجه الذي ذكره من قبل الحاكم فلا فائدة في التقييد المار وفي المبسوط من مشايخنا من قال تبطل البينتان والاصح ما قاله محمد رح من الجواب وهو ان يكون الدابة بينهما في الفصلين يعني فيما اذا كان سن الدابة مشكلا وفيما اذا كان على غير الوقتين في دعوى الخارجين اما اذا كان مشكلا فلا اشكال فيه وكذلك اذا كان على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لتحققها وفي هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت اصلا وينظر الى المقصود بهما وهو اثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين وهذا لو انا اعتبرنا التوقيت لبطلت البينتان وهي في يد ذي اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذي اليد فكيف تترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق كذا ذكر في اكثر الشروح قال صاحب العناية بعد نقل ذلك وهذه الرواية مخالفة لما روى ابو الليث

الوقت

قال واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه ولو قال انا عبد لفلان فهو في يد الذي في يده
لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده لانه لا يد له على نفسه
لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة متاع بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره
قال واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه فالآخر عليه هو اولى فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهراوي ليست بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال

قوله لا يد له عليه والا فلا فاثبت في هذه المسائل ان صاحب اليد انما يعتبر يده وان كانت في المنقولات عند دلالة الدليل على ان ذلك له عادة والا
فلا كذا في النهاية ومعراج الدراية قال اي محمد رح في الجامع الصغير في كتاب القضاء واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه اي يعقل فجرى
ما يجري على لسانه كذا في الكافي وفي معناه قول الشراح اي يتكلم ويعقل ما يقول فقال اي الصبي انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه فكان هو صاحب اليد
وكان المدعي خارجا والقول قول صاحب اليد وهذا لان الاصل ان يكون لكل انسان يد على نفسه ابانة لمعنى الكرامة اذ كونه في يد غيره دليل الاهانة
مع قيام يده على نفسه لا يثبت يد الغير عليه للتنافي بين اليدين الا اذا اسقط اعتبار يده شرعا فحينئذ يثبت يد الغير عليه وسقوط اعتبار يده قد يكون لعدم
اهليته بان كان صغيرا لا يعبر عن نفسه اي لا يعقل ان يقول وقد يكون لثبوت الرق عليه لان الرق عبارة عن عجز حكمي واليد عبارة عن القدرة وبينهما تنافي فاذا
ثبت الرق انتفت القدرة كذا في الكافي ولو قال انا عبد لفلان اي لو قال الصبي الذي يعبر عن نفسه انا عبد لفلان غير ذي اليد وقال
الذي في يده انه عبدي فهو عبد للذي في يده لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق وكان يد صاحب اليد عليه معتبرة شرعا فكان القول لذي اليد
انه له ولا يقطع يده الا بحجة وشهادة العبد ليست بحجة كذا في الكافي فان قيل الاقرار بالرق من المضار لا محالة فيه او اقوال الصبي فيما غير موجبة وان
كان عاقلا كالطلاق والعتاق والهبة والاقرار بالدين فان الصبي ابدا يبعد من المضار ويقرب من المبار قلنا الرق هنا لا يثبت باقراره بل بعجز
ذي اليد الا ان معارضته اياه بدعوى الحرية لا تقرر يده عليه وعند عدمها يتقرر كما في الصبي الذي لا يعقل فيكون القول قوله في رقه كذا في الشرح
وان كان اي الصبي لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها اي عن نفسه وهو بمنزلة متاع في انه لا يكون له
يد على نفسه فكان يد صاحب اليد ثابتة عليه شرعا فيكون القول قوله انه ملكه بخلاف ما اذا كان يعبر اي بخلاف الصبي
يعبر عن نفسه ولم يقر بالرق لما مر فان قيل ما الفرق بين هذا وبين اللقيط الذي لا يعبر عن نفسه فان الملتقط هناك وهو صاحب اليد لو ادعى انه عبده
لا يصدق وهنا يصدق قلنا الفرق هو ان صاحب اليد انما يصدق في دعوى الرق باعتبار يده ويد الملتقط على اللقيط ثابتة من وجه دون وجه
لانها ثابتة حقيقة وليست ثابتة حكما لان الملتقط امين في اللقيط ويد الامين في الحكم يد غيره فاذا كانت ثابتة من وجه دون وجه فلا يصدق
مع الشك فان قيل وجب ان لا يصدق في دعوى الرق لان الحرية ثابتة بالاصل اذ الاصل في بني آدم الحرية لانهم اولاد آدم وحواء عليهما السلام
وهما كانا حرين فكان ما يدعيه من الرق امرا عارضا فلا يقبل قوله الا بحجة قلنا ما هو الاصل اذا عرض عليه ما يدل على خلافه يبطل والسيد على من يده
شاهد دليل على خلاف ذلك الاصل لانها دليل الملك فيبطل به ذلك الاصل كذا في النهاية وغيرها نقلا عن الفوائد الظهيرية فلو كبر وادعى الحرية
لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره فلا ينقض الامر الثابت ظاهرا بلا حجة قال اي محمد رح في الجامع الصغير في كتاب القضاء
واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه فالآخر عليه اي على الحائط هو اولى الهراوي بفتح الهاء جمع هراوة بضمها
وفي المشرب الهروية عن الليث قصبات تضم بلونه لطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم وقال ابن السكيت هو الخردي والنقس بروسي
انتهى وفي الصحاح الخردي من القصب بنطي معرب ولا يقال الهردي انتهى وصحح في الديوان الهاء والحاء جميعا وكذا في القاموس قال في غاية البيان
الرواية في الاصل والكافي للحاكم الشهيد بالحاء وفي الجامع الصغير وشرح الكافي وقعت بالهاء لا غير انتهى فهو اي الحائط لصاحب الجذوع والاتصال
والهراوي ليس بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال اي هو صاحب استعمال للحائط لوضع الجذوع عليه لان الحائط انما بني للتسقيف والتحصين

قال واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة في الاستحقاق

قارعة الطريق ولما علم انه ليس في يد غيرهما ولا في يديهما وما يدعيان يقضى بينهما لاستوائهما في الدعوى انتهى اقول يرد عليه ان هذا الشرح لا يطابق المشروح لان المص رح قال معناه لا على طريق القضاء وهو يقول يقضى بينهما فبينهما تدافع ظاهر فان قلت يجوز ان يكون مراد المص رح لا على طريق قضاء الاستحقاق ومراد الشارح يقضى بينهما قضاء الترك ايضا اذ لا بد في قضاء الترك فلا تدافع بينهما قلت لا مجال لان يكون المراد بالقضاء بينهما ههنا قضاء الترك ايضا اذ لا بد في قضاء الترك من ان يعرف كون المدعى في يد المدعى كما يفصح عنه ما ذكره صاحب الغاية انفا هنا كما صاحب النهاية نقلا عن الذخيرة فيما سيجيء في مسئلة التنازع في الحائط حيث قال ومعنى القضاء بينهما اذا عرف كونه في ايديهما قضاء بينهما قضاء ترك وان لم يعرف كونه في ايديهما وادعى كل واحد منهما انه ملكه وفي يديه يجعل في ايديهما لانه لا منازع لهما الا انه يقضى بينهما انتهى فانه يظهر منه الفرق بين قضاء الترك بينهما وبين الجعل في ايديهما من جهة ان الاول فيما عرف كون المدعى في ايديهما والثاني فيما لم يعرف ذلك وفيما نحن فيه لم يتحقق يد لواحد من المدعيين على ما تقرر انفا فلم يعرف كون المدعى في ايديهما فلم يتصور القضاء بينهما قضاء الترك ايضا فافهم التوفيق المذكور فكان صاحب الغاية تنبه لهذا فقال لان اليد على البساط اما بالنقل والتحويل او بكونه في بيته والجلوس عليه ليس لشيء من ذلك فلا يكون يدا عليه فليس بايديهما ولا في يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء فيترك في ايديهما انتهى حيث ترك ذكر القضاء بينهما وذكر الترك في ايديهما لكن هذا ايضا لا يخلو عن قصور لان استعمال الترك في اليد يقتضي سبق تحقق اليد وههنا ليس كذلك كما تبين فحق الكلام في هذا المقام ان يجعل في ايديهما اي يوضع فيها لعدم المنازع لهما كما ذكره فيما قبل لانه حينئذ يطابق الشرح المشروح ويطابق المقام ما يظهر مما سيجيء في مسئلة التنازع في الحائط من الفرق بين محل القضاء بينهما قضاء ترك وبين محل الجعل في ايديهما بلا قضاء وايضا لا تبقى الحاجة الى ما ذكره صاحب النهاية والغاية وغيرهما من الفرق بين مسئلتنا هذه وبين مسئلة الدار اذا تنازعا فيها وكانا قاعدين فيها حيث لا يقضى بها بينهما والا الى ما ارتكبوا في وجه الفرق بينهما من التكلف على ما لا يخفى على الفطن الناظر في كلامهم اذ يظهر ان حكم كل واحدة من هاتين المسئلتين ان لا يقضى بين المدعيين بالمدعى بناء على ان ليس لاحد منهما يد حتى تصير دليل الملك وسبب القضاء بل ان يجعل المدعى في ايديهما بلا قضاء لعدم المنازع لهما واستوائهما في الدعوى فتدبر قال ابو محمد رح في كتاب القضاء من الجامع الصغير واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فان كل واحد منهما استمسك بالبعض الا ان احدهما اكثر استمساكا فلا توجب زيادة في الاستحقاق يعني ان مثل تلك الزيادة لا توجب الرجحان اذ لا ترجح بكثرة العلل كما في قضاء كما لو تنازعا في بعير ولاحدهما عليه خمسون منا وللآخر مائة من كان بينهما نصفين ولا يعتبر التفاوت بالقلة والكثرة وكما لو اقام احدهما الاثنين من الشهود والآخر الاربعة وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين مسئلة القميص التي ذكرت من قبل لان الزيادة هناك ليست من جنس الحجة فان الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال كذا في العناية ثم ان هذا يدل على ان جميع الثوب لو كان في يد رجل وادعى انه له كان القول قوله لكن هذا اذا عرف ان مثل هذا الثوب كان له في العادة والا فلا لانه ذكر في المحيط والذخيرة لو خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فان كان هذا الرجل الذي على عاتقه هذا المتاع يعرف ببيعه وحمله فهو له وان لم يعرف بذلك فهو لرب الدار وفي القدوري لو ان خياطا يخيط ثوبا في دار رجل وتنازعا في الثوب فالقول قول صاحب الدار وفي نوادر ابن سماعة عن ابي يوسف رح رجل دخل دار رجل فوجد معه مال فقال رب الدار هذا مالي اخذته من منزلي قال ابو حنيفة رح القول قول رب الدار ولا يصدق الداخل في شيء ما خلا ثيابه التي عليه ان كانت الثياب مما يلبسه وقال ابو يوسف رح ان كان الداخل رجلا يعرف بصناعة شيء من الاشياء بان كان مثلا حاملا لاكيل الزيت فدخل وعلى رقبته زق زيت او كان ممن يبيع ويطوف بالمتاع في الاسواق فالقول قوله ولا اصدق

قال واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه ولو قال انا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة متاع بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره

قال واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه آخر عليه جذوع فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليست بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال

قول لب الدار عليه والا فلا فاثبت في هذه المسائل ان صاحب الدار انما يعتبر يده وان كانت في المنقولات عند دلالة الدليل على ان ذلك له عادة والا فلا كذا في النهاية ومعراج الدراية قال اي محمد رح في الجامع الصغير في كتاب القضاء واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه اي يعقل مجرى ما يجري على لسانه كذا في الكافي وفي معناه قول الشراح اي يتكلم ويعقل ما يقول فقال اي الصبي انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه فكان هو صاحب اليد وكان المدعي خارجا والقول قول صاحب اليد وهذا لان الاصل ان يكون لكل انسان يد على نفسه ابانة لمعنى الكرامة اذ كونه في يد غيره دليل الاهانة مع قيام يده على نفسه لا يثبت يد الغير عليه للتنافي بين اليدين الا اذا اسقط اعتبار يده شرعا فحينئذ يعتبر يد الغير عليه وسقوط اعتبار يده قد يكون لعدم اهليته بان كان صغيرا لا يعبر عن نفسه اي لا يعقل ان يقول وقد يكون لثبوت الرق عليه لان الرق عبارة عن عجز حكمي واليد عبارة عن القدرة وبينهما تنافي فاذا ثبت العجز انتفت القدرة كذا في الكافي ولو قال انا عبد لفلان اي لو قال الصبي الذي يعبر عن نفسه انا عبد لفلان غير ذي اليد وقال الذي في يده انه عبدي فهو عبد للذي في يده لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق فكان يد صاحب اليد عليه معتبرة شرعا فكان القول لذي اليد انه له ولا يقطع يده الا بحجة وشهادة العبد ليست بحجة كذا في الكافي فان قيل الاقرار بالرق من المضار لا محالة فيها واقوال الصبي فيها غير موجبة وان كان عاقلا كالطلاق والعتاق والاقرار بالدين فان الصبي ابدا يبعد من المضار ويقرب من المبار قلنا الرق هنا لا يثبت باقراره بل بدعوى ذي اليد الا ان معارضته اياه بدعوى الحرية لا تعتبر يده عليه وعند عدمها يتقرر كما في الصبي الذي لا يعقل فيكون القول قوله في رقه كذا في الشرح وان كان اي الصبي لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها اي عن نفسه وهو بمنزلة متاع في ان لا يكون له يد على نفسه فكان يد صاحب اليد ثابتة عليه شرعا فيكون القول قوله انه له بخلاف ما اذا كان يعبر اي بخلاف ما اذا كان الصبي يعبر عن نفسه ولم يقر بالرق لما مر فان قيل ما الفرق بين هذا وبين اللقيط الذي لا يعبر عن نفسه فان الملتقط هناك وهو صاحب اليد لو ادعى انه عبده لا يصدق وهنا يصدق قلنا الفرق هو ان صاحب اليد انما يصدق في دعوى الرق باعتبار يده ويد الملتقط على اللقيط ثابتة من وجه دون وجه لانها ثابتة حقيقة وليست بثابتة حكما لان الملتقط امين في اللقيط ويد الامين في الحكم يد غيره فاذا كانت ثابتة من وجه دون وجه فلا يقبل دعواه مع الشك فان قيل وجب ان لا يصدق في دعوى الرق لان الحرية ثابتة بالاصل اذ الاصل في بني آدم الحرية لانهم اولاد آدم وحوا عليهما السلام وهما كانا حرين فكان ما يدعيه من الرق امرا عارضا فلا يقبل قوله الا بحجة قلنا ما هو الاصل اذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل واليد على من هذا شانه دليل على خلاف ذلك الاصل لانها دليل الملك فيبطل به ذلك الاصل كذا في النهاية وغيرها نقلا عن الفوائد الظهيرية فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره فلا ينقض الامر الثابت ظاهرا بلا حجة قال اي محمد رح في الجامع الصغير في كتاب القضاء واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه آخر اي او هو متصل ببنائه ولا آخر عليه اي على الحائط هرادي الهرادي بفتح الهاء جمع هروية بالضم وفي المغرب الهروية عن الليث قصبات تضم بلوية لطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم وقال ابن السكيت هو الخردي ولا يقال هروي انتهى وفي الصحاح الخردي من القصب بنطي معرب ولا يقال الهروي انتهى وصحح في الديوان الهاء والحاء جميعا وكذا في القاموس قال في غاية البيان الرواية في الاصل والكافي للحاكم الشهيد بالحاء وفي الجامع الصغير وشرح الكافي وقعت بالهاء لا غير انتهى فهو اي الحائط لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال اي هو صاحب استعمال للحائط بوضع الجذوع عليه لان الحائط انما يبنى للتسقيف وذا بوضع الجذوع

للآخر صاحب تعلق فصار كدارة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق والمراد بالاتصال
المداخلة لبن جداره فيه لبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض هذا الحائط

عليه والآخر يعني صاحب الهرادي صاحب تعلق لا صاحب استعمال لان الحائط لا يبنى لوضع الهرادي عليه والاستعمال يد وعند تعارض الدعويين القول
قول صاحب اليد فصار اي فصار الحائط في مسئلتنا هذه كدارة تنازعا فيها ولاحدهما عليه حمل وللآخر كوز معلق فانها تكون لصاحب الحمل دون صاحب الكوز
كذا ههنا والمراد بالاتصال اي المراد بالاتصال المذكور في قوله او متصل ببنائه مداخلة لبن جداره اي جدار صاحب البناء فيه اي في الحائط المتنازع فيه
ولبن هذا اي مداخلة لبن هذا اي الحائط المتنازع فيه في جداره اي في جدار صاحب البناء وقد يسمى اتصال تربيع اي ويسمى اتصال مداخلة لبن اتصال تربيع وتفسير التربيع اذا كان
الحائط من مدر او آجر ان يكون انصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في انصاف لبن غير المتنازع فيه وانصاف لبن غير المتنازع فيه داخلة في انصاف
فيه وان كان من خشب فالتربيع ان يكون ساحة احدهما مركبة في الاخرى واما اذا ثقب فادخل لا يكون تربيعا كذا في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام
وفي النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة قال صدر الشريعة وانما سمي هذا اتصال التربيع لانهما انما يثبتان ليحيطا مع جدارين آخرين بمكان مربع انتهى وكان
الكرخي يقول صفة هذا الاتصال ان يكون الحائط المتنازع فيه متصلا بحائطين لاحدهما من الجانبين جميعا والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط
المتنازع فيه حتى يصير مربعا شبه القبة فح يكون الكل في حكم شيء واحد والمروي عن ابي يوسف رح ان اتصال جانبي الحائط المتنازع فيه بحائطين لاحدهما
يكفي ولا يشترط اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه وعليه اكثر مشائخنا لان الرجحان يقع بكون ملكه متصلا بالحائط المتنازع فيه
من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبي الحائط المتنازع فيه كذا في شرح الكنز للامام الزيلعي وفي شرح الهداية لتاج الشريعة وهذا اي اتصال التربيع
شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه اي بعض بناء صاحبه على بعض هذا الحائط اي على بعض هذا الحائط المتنازع فيه فصار الكل في حكم حائط واحد بهذا النوع
من الاتصال وبعضه متفق عليه لاحدهما فيرد المختلف فيه الى المتفق عليه ولان الظاهر انه هو الذي بناه مع حائطه فمداخلة انصاف اللبن لا يتصور الا عند
بناء الحائطين معا فكان هو اولى كذا ذكره صاحب النهاية وعزاه الى المبسوط اقول بقي لي ههنا كلام وهو ان المص رح حمل المراد بالاتصال المذكور في
مسئلتنا هذه على اتصال التربيع وتبعه في هذا عامة ثقات المتاخرين كصاحب الكافي والامام الزيلعي وشراح الهداية وغيرهم حتى ان كثيرا من اصحاب
المتون صرحوا بتقييد الاتصال ههنا بالتربيع منهم صاحب الوقاية حيث قال والحائط لمن جذوعه عليه او متصل ببنائه اتصال تربيع لا لمن عليه هرادي انتهى ولكن الظاهر
لي وجه هذا التقييد ههنا لان معنى مسئلتنا هذه ان صاحب الجذوع اولى من صاحب الهرادي وكذا صاحب الاتصال اولى من صاحب الهرادي وفي الحكم يكون صاحب الحكم
اولى من صاحب الهرادي لا احتياج الى تقييد الاتصال بالتربيع بل كل واحد من ضربي الاتصال اعني اتصال التربيع واتصال الملازقة مشتركان في هذا الحكم فان الهرادي مما لا اعتبار
له اصلا بل هي في حكم المعدوم حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للآخر شيء فهو بينهما على ما سياتي في الكتاب وقد ذكر في معتبرات الفتاوى انه
اذا كان لاحدهما اتصال الملازقة ولم يكن للآخر اتصال ولا جذوع فهو لصاحب الاتصال قال في الذخيرة وذكر هذا ايضا في النهاية نقلا عن الذخيرة واما اذا كان الحائط المتنازع فيه متصلا بينهما
ان كان اتصالهما اتصال تربيع او اتصال ملازقة فانه يقضى بينهما نصفين لانهما استويا في الدعوى والاتصال واما اذا كان اتصال احدهما اتصال تربيع
واتصال الآخر اتصال ملازقة فصاحب التربيع اولى لان صاحب التربيع مستعمل الحائط المتنازع فيه لان قوام حائطه بقدر التربيع بالحائط المتنازع فيه لما ذكرنا
من تفسير التربيع [illegible] التفسير مع الاتصال نوع استعمال [illegible] الآخر مجرد اتصال من غير استعمال فيكون الاتصال مع الاستعمال اولى فكان بمنزلة
الراكب على الدابة المستحق بالهبة ولو كان لاحدهما اتصال بناء الملازقة او اتصال ملازقة او اتصال تربيع وليس للآخر اتصال ولا له عليه جذوع فانه يقضى لصاحب الاتصال
لانهما استويا في حق الاتصال [illegible] الاتصال من [illegible] الاول وهو الاتصال بالبناء فيترجح على الآخر انتهى وقال في البدائع ولو كان

وقوله الهرادي ليست بشيء يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لهما اصلا حتى لو تنازعا في حائط فادعى
هرادي وليس الآخر عليه شيء فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة فهو بينهما لاستواء الاكثر والاكثر معتبر
بالاكثر منهما بعد الثلثة وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو لصاحب الثلثة والآخر موضع جذعه في رواية وفي رواية لكل واحد منهما
ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب الى الخشب بينهما وقيل على قدر خشبهما والقياس ان يكون بينهما نصفين لا الاكثر معتبر بالكثرة في نفس الحجة

الحائط مستعملا بناء احدى الدارين اتصال التراق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لانه كالتغيير به ولو كان لاحدهما اتصال التراق وللآخر جذوع فصاحب
الجذوع اولى لانه مستعمل للحائط والاستعمال من صاحب الاتصال ولو كان لاحدهما اتصال تربيع وللآخر جذوع فالحائط لصاحب التربيع ولصاحب الجذوع
حق وضع الجذوع انتهى فيتضح من هذا كله ان فائدة تقييد الاتصال بالتربيع انما تظهر لو كان للآخر اتصال ملازقة كما ذكر في الذخيرة او كان للآخر جذوع كما ذكر في
البدائع واما اذا كان للآخر هرادي كما فيما نحن فيه فلا فائدة في ذلك التقييد بل فيه اخلال لعموم جواب المسألة كما تبين مما ذكرناه فتنبه فان كشف القناع عن وجه
هذا المقام مما تفردت به بعون الملك العلام وقوله الهرادي ليس بشيء اي قول محمد رح في الجامع الصغير الهرادي ليس بشيء لانه يدل على انه لا اعتبار للهرادي
اصلا بل هي في الحكم المعدوم وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لهما اصلا اي ان الحائط لا يبنى لاجل الهرادي والبواري لانه انما يبنى للاستيفاء وذلك
بوضع الجذوع عليه لا بوضع الهرادي والبواري وانما يوضع الهرادي والبواري للاستظلال والحائط لا يبنى عليه حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي
وليس للآخر شيء فهو بينهما معناه اذا عرف كونه في ايديهما قضى بينهما قضاء ترك وان لم يعرف كونه في ايديهما وقد ادعى كل واحد منهما انه ملكه وفي يديه يجعل في ايديهما
لانه لا منازع لهما الا انه يقضى بينهما كذا في العناية وكذا في النهاية نقلا عن الذخيرة ويعرف منه الفرق بين قضاء الترك والجعل في اليد بلا قضاء كما بينا عليه
فيما مر فلا تغفل عنه ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة اي لو كان لكل واحد من المدعيين على الحائط جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما اي في اصل العلة
وهو ان يكون لكل واحد منهما حق مقصودة يبنى الحائط لاجله وفي نصاب الحجة وهو الثلثة لانها اقل الجمع ولا معتبر اي ولا اعتبار بالاكثر منها اي من الجذوع
بعد الثلثة لان الزيادة من جنس الحجة فان الحائط يبنى للجذوع الثلثة كما يبنى لاكثر منها قال في معراج الدراية قوله ولا معتبر بالاكثر منها اي من الثلثة اقول
تفسيره ليس بسديد اما اولا فلانه يقتضي ان يكون كلمة من في قوله منها تفضيلية فيلزم اجتماع لام التعريف ومن التفضيلية في اسم التفضيل وهو لا يجوز على
عرف في موضعه واما ثانيا فلانه يستلزم ان يكون قوله من الثلثة لغوا لان ما هو اكثر من الثلثة لا يكون الا بعد الثلثة فالصواب ان كلمة من ههنا تبعيضية لا تفضيلية
وان ضمير منها راجع الى الجذوع كما اشرنا اليه فيما مر آنفا لا الى الثلثة فيصير المعنى ولا اعتبار بالاكثر الكائن من جنس الجذوع بعد الثلثة فلا يلزم شيء من المحذورين
المذكورين وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو اي الحائط كله لصاحب الثلثة وللآخر اي ولصاحب الجذوع الواحد او الاثنين موضع جذعه في رواية وهي رواية
كتاب الاقرار من الاصل حيث قال فيه الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت خشبته قالوا يريد به حق الموضع وقال في النهاية ثم اعلم ان هذا
فيما اذا ثبت ملكه بسبب العلامة وهي الجذوع الثلثة لا بالبينة اما اذا ثبت بالبينة كان لصاحب الملك ان يمنع صاحب الجذوع الواحد من وضع جذعه على جداره
كذا في المبسوط وغيره انتهى وفي رواية وهي رواية كتاب الدعوى من الاصل لكل واحد منهما ما تحت خشبته حيث قال فيه ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع
وجعل في المحيط ما ذكر في كتاب الاقرار اصح وقال قاضيخان الصحيح ان ذلك الموضع يكون ملكا لصاحب الخشبة كما ذكر في الدعوى كذا في التبيين للامام الزيلعي
ثم قيل اي على هذه الرواية يعني اختلف المشايخ على رواية كتاب الدعوى في حكم ما بين الخشب فقيل ما بين الخشب بينهما اي يكون بين المدعيين نصفين لاستوائهما
في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب ابيات على ما سيذكر وقيل على قدر خشبتهما اي وقيل ما بين الخشب يكون على قدر خشبتهما اعتبارا لما بين الخشبات
بما هو تحت كل خشبة ثم ان هذين القولين موافقان لما ذكر في الذخيرة وقال في المبسوط في موضع القول الاول واكثرهم على انه يقضى به لصاحب الكثير لان
الحائط يبنى للخشاب لا لخشبة واحدة والقياس ان يكون بينهما نصفين هذا ناظر الى قوله فهو لصاحب الثلثة الى آخره يعني ان ذلك استحسان والقياس ان يكون الحائط
بين صاحب الجذوع والجذعين وبين صاحب الثلثة نصفين وهو رواية عن ابي حنيفة رح كما ذكر في الكافي وغيره لانه لا معتبر اي لا اعتبار بالكثرة في نفس الحجة

ووجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ثم قيل ما بين الخشب بينهما وقيل على قدر الجذوع والقياس ان يكون
بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فالاول
اولى ويروى ان الثاني اولى وجه الاول ان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد
والتصرف اقوى ووجه الثاني ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله

يعني انه استدلال على ما قال الاستعمال الزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها انتهى ولكن يشعر تحقيقها الرواية بين المذكورين وجعلها بينهما نصفين في رواية فيه روايتان الثانية انه له جميع الرواية في يده وله لكل واحد منهما تحت خشبته ولكن ذكر الشارح الاتقاني ان ما يعلم الذي هو الرواية بالنقل وان كان هو المشهور لكنها مرجوحة من حيث الرواية النقل والقول الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته والاستحقاق بحسب الاستعمال قال بعض الفضلاء لم يظهر منه جواب عن القياس الاول لم يذكره بالتفصيل فيه ان المراد من الاستعمال من كل واحد مختص بقدر خشبته وما تحت خشبته لا بيده والغير فلم يكونا مستعملين في شيء واحد مع زيادة الاستعمال في احدهما بل كان كل واحد منهما الا كان في شيء على حدة كان على كل واحد قائمة على حق على حدة الآخر فلم يكن الامر من قبيل الترجيح بالكثرة في نفس الحجة ان هذا فيما اذا اتحد محل الحجتين يرشد اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال واما وجه رواية كتاب الدعوى ان الحائط اذا كان يستحق بوضع الجذع فذلك الموضع الذي هو مشغول بجذعه في يده حقيقة باعتبار الاستعمال وقد انعدم دليل الاستعمال في الباقي فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق في ذلك الموضع فصار كالدار الواحدة اذا كان فيها احد عشر بيتا لاحدهم عشرة منها وفي يد الآخر بيت واحد في يد رجل تنازعا في الدار فانه يقضي لكل واحد منهما بما في يده انتهى وجه الاول انه وجه الرواية الاولى وهي قوله هو لصاحب الثلاثة وتذكير الاول باعتبار ما ذكرنا في الثاني ان الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان بمعنى ان الحائط يبنى للتسقيف والتسقيف لا يحصل بخشبة والخشبتين بل انما يحصل بالخشبة والخشبتين اسطوانة او اسطوانتان فكان الحائط في يد لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع اي يبقى لصاحب الاقل حق وضع جذعه لان الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق يعني انا حكمنا بالحائط لصاحب الاكثر بالظاهر وهو يصلح حجة للدفع دون الاستحقاق فلا يستحق به لصاحب الاكثر رفع صاحب الاقل حتى يرفع خشبته الموضوعة ومن الجائز ان يكون اصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا ثم اعلم ان ما اختاره المص من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول بعض المشايخ باعتبار ان التسقيف بهما نادر كجذع واحد وقال بعضهم الجذعان بمنزلة الثلث لامكان التسقيف بهما كذا في العناية وغيرها ولو كان لاحدهما اتصال وللآخر جذوع وفي بعض النسخ لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فعلى الاول وقع في الدليل وجه الاول وعلى الثانية وقع فيه وجه الثاني كذا في العناية وقال صاحب النهاية ومن بعده من الشراح اي النسخة الاولى هو الصحيح ليكون الدليل موافقا للمدعى وما في الثانية ليس بصحيح لان الدليل لا يوافق ذلك الترتيب فكانهم لم يصلوا الى النسخة وقع في ذكر الدليل فيها وجه الثاني فتتبع فالاول اولى ويروى ان الثاني اولى وجه الاول ان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى لان المتصرف باليد كذا في الكافي ولان التصرف لا يكون بدون اليد فاليد ان اذا تعارضا سلم التصرف عن المعارض فصلح مرجحا كذا في شرح تاج الشريعة ورجح هذه الرواية شمس الائمة السرخسي وجه الاول في بعض النسخ ووجه الثاني وذلك ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله اقول يرد عليه منع قوله ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله لجواز ان يقضي بعض الشيء لرجل وبعضه الآخر لرجل آخر اما بالتجربة او قبل القسمة وبالشيوع ان لم يقبلها كبيت ولو اثبت صاحب الجذوع بالبينة كون الحائط المتنازع فيه ملكا له يقضي له بها مع كون الحائط الآخر في ملك صاحب الاتصال فلزمت تلك المنع لما جاز بعض القضاء وقد ذكر صاحب النهاية هذا السؤال وقصده فعلل قول المص ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله بقوله لعدم القائل بالاشتراك [illegible] عدم القائل به من المتنازعين فهو مسلم لان صاحب الجذوع قائل بانه يعني ان الحائط المتنازع فيه له [illegible] فصاحب الاتصال فيه البناء المركب من هذين الحائطين مشتركا بينهما عنده وان اراد بذلك عدم القائل من المجتهدين فهو ايضا ممنوع فان من يقول بكون الحائط المتنازع فيه لصاحب الجذوع على ما هو موجب احدى الروايتين يقول بكون البناء المركب من الحائطين

ثم يبقى الآخر موضع جذوعه كما قلنا وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني قال واذا كانت دار منتصفة بيد رجل عشر ابيات
في يد آخر بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها قال واذا ادعى الرجلان كل واحد منهما انها في يده
لم يقض انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في يديهما لان اليد فيها غير مشاهدة لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته

والحائط المتصل به مشترك بين صاحب الجذوع وصاحب الاتصال قطعا ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه اي على رواية ان الحائط المتنازع فيه لصاحب الاتصال
لما قلنا اشارة الى قوله لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يد يبقى قالوا لو ثبت ذلك بالبينة امر برفع الجذوع لكون البينة حجة مطلقة صالحة للدفع والاستحقاق
وهذه اي رواية ان صاحب الاتصال اولى رواية الطحاوي وصححها الجرجاني وهو الفقيه ابو عبد الله المرشد ورجحها بما سبق لان التربيع يكون حالة البناء وهو
سابق على وضع الجذوع وكان يده ثابتا قبل وضع الآخر الجذوع فصار نظير سبق التاريخ كذا ذكره الامام الزيلعي في التبيين ثم اعلم ان الاتصال الذي وقع الاختلاف
في ترجيح صاحبه على صاحب الجذوع او على العكس هو الاتصال الذي وقع في احد طرفي الحائط المتنازع فيه واما اذا وقع اتصال التربيع في طرفيه فصاحب الاتصال
اولى وعلى هذا عامة المشايخ كذا في النهاية نقلا عن الفوائد الظهيرية وقال في الذخيرة وان كان الاتصال في طرف واحد ذكر شيخ الاسلام ان صاحب الاتصال
اولى وبه اخذ الطحاوي وشيخ الفقيه ابو عبد الله المرشد وذكر شمس الائمة السرخسي ان صاحب الجذوع اولى وقال فيما قبل هذا فان كان الاتصال في طرفي
الحائط المتنازع فيه فصاحب الاتصال اولى به وعليه عامة المشايخ وهكذا روي عن ابي يوسف رحمه الله في الامالي كذا في النهاية وغيرها قال اي محمد رحمه الله
في الجامع الصغير واذا كانت دار منها في يد رجل عشر ابيات وفي يد الآخر بيت فالساحة بالحصة المعلقة وهي عرصة الدار وبين يديها كذا في معراج الدراية
نصفان لاستوائهما في استعمالها اي استعمال الساحة وهو المرور فيها ووضع الامتعة وصب الوضوء وكسر الحطب وما اشبه ذلك فلما كانا في ذلك سواء كانا
في استحقاق الساحة ايضا سواء ولعل مرور صاحب القليل اكثر من مرور صاحب الكثير لزمانه صاحب الكثير وكون صاحب القليل ملاجا وخراجا على لنا نقول
الترجيح لا يقع بكثرة ما هو من جنس العلة وصار هذا كالطريق يستوي فيه صاحب الدار والمنزل والبيت وان كان لبعضها اكثر من بعض وهذا لان الاستحقاق
باعتبار اصل اليد كذا في النهاية ومعراج الدراية اخذا من الكافي وطولب بالفرق بين ما اذا تنازعا في ثوب في يد احدهما جميع الثوب وفي يد الآخر بقية
حيث بلغ صاحب الهدب وما اذا تنازعا في مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الاراضي وبين منهج فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة اجيب بان
الهدب ليس بثوب لكون الثوب اسما للمنسوج فكان جميع المدعى في يد احدهما والآخر كالاجنبي عنه فالمدعي والشرب يحتاج اليه الاراضي دون الارباب
فبكثرة الاراضي كثر الاحتياج الى الشرب فيستدل به على كثرة حق له فيه واما في الساحة فالاحتياج للارباب بها فيه سواء فاستويا في الاستحقاق فصار هذا
نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار كذا في العناية والى هذا اشار الامام المحبوبي والامام التمرتاشي كما صرح به في النهاية
ومعراج الدراية قال اي محمد رحمه الله في كتاب القضاء من الجامع الصغير واذا ادعى الرجلان ارضا يعني يدعي كل واحد منهما انها في يده لم يقض انها في يد واحد منهما
حتى يقيما البينة انها في ايديهما اقول في عبارة الكتاب ههنا مسامحة وكان الظاهر ان يقال حتى يقيم البينة انها في يده لان القضاء بانها في يد واحد منهما
انما يتوقف على اقامة واحد منهما البينة انها في يده لا على اقامتهما البينة انها في ايديهما وانما التوقف عليها القضاء بانها في ايديهما معا كما لا يخفى وسيجيء
من التفصيل الآتي في الكتاب ولقد احسن صاحب الكافي ههنا حيث قال لم يقض بانها في يد احدهما الا بالبينة انتهى فان هذه كلمة جامعة ههنا لان اليد فيها اي
الارض غير مشاهدة لتعذر احضارها فقد غاب عن علم القاضي وما غاب عن علم القاضي اي والذي غاب عن علمه فالبينة تثبته فلا بد من اقامة البينة عليه حتى
يمكن القضاء به ولانه جاز ان تكون في يد غيرهما او لو قضى لهما او لاحدهما باليد لابطل حق صاحب اليد بلا حجة وانه لا يجوز كذا في الكافي قال في الفوائد الظهيرية
ههنا مسئلة تغفل عنها القضاة وهي انه لو ادعى ارضا والمدعى عليه يزعم انها في يده واقام المدعي بينة على الملك فالقاضي لا يقضي ببينته بجواز ان تكون الارض في يد ثالث
والمدعي والمدعى عليه تواضعا على ذلك وهذه حيلة يحتالها القاضي في يد احدهما فاذا ثبت كون الارض في يد المدعى عليه بالبينة لا يقضي الا انه يمنع المتمرد من ان يزرعها

ن القضاص

وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة لان اليد حق مقصود وان اقاما البينة جعلت في ايديهما لما بينا فلا تستحق
لاحدهما من غير حجة وان كان احدهما قد لبن في الارض او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها

باب دعوى النسب

قال واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع فهو ابن البائع وامه ام ولده
وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله لا تصح دعوته بالولد لان فيه اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا

فيها لان اليد حجة في حقه كذا في معراج الدراية وان اقام احدهما البينة اي على انها في يده وجعلت في يده لقيام الحجة ويحيل الآخر خارجا كذا في الكافي وغيره
فان قيل البينة قيام على الخصم واذا ثبت كونها في يد الآخر لا يكون خصما فكيف يقضى للذي اقام البينة قلنا هو خصم باعتبار منازعته في اليد ومن كان خصما لغيره
باعتبار منازعته في شيء شرعا كانت بينته مقبولة كذا في خاتمة الشروح وقال صاحب العناية وقد اشار الى ذلك بقوله لان اليد حق مقصود يعني فيجوز ان يكون عينه
خصما انتهى وان اقاما البينة اي على انها في ايديهما جعلت في ايديهما لما بينا اشارة الى قوله لقيام الحجة وذكر الامام التمرتاشي فان طلب كل واحد منهما يمين صاحبه
ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض لهما باليد وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار الى ان
يظهر حقيقة الحال وان نكلا قضى لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل احدهما قضي عليه بكما للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي
كان بيد صاحبه لنكوله كذا في الشروح فلا يستحق بصيغة المجهول اي فلا يستحق اليد لاحدهما من غير حجة قال بعض الفضلاء لا يخفى عليك ان هذا الكلام في غير محله
اقول انما يكون كذلك لو كان متفرعا على قوله وان اقاما البينة الخ اذ لا ارتباط بينهما او على قوله لان اليد حق مقصود اذ يلزم الفصل بينهما باجنبي واما اذا
كان متفرعا على مجموع ما ذكر في مستثناه من قوله واذا ادعى الرجلان ارضا الى هنا بان كان فذلكة الكلام في هذا المقام فقد كان في محله كما لا يخفى
فان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر يعني اذا ادعى كل واحد منهما ارضا شجرا انها في يده واحد منهما لبن فيها او بنى او حفر فهي في يده لوجود
التصرف والاستعمال ومن ضرورة ذلك اثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس في الثياب كذا ذكره فخر الاسلام

باب دعوى النسب لما فرغ عن بيان دعوى الاموال شرع في بيان دعوى النسب وقدم الاول لانه اكثر وقوعا وكان اهم ذكرا قال
اي القدوري في مختصره واذا باع جارية بولد فادعاه البائع اعلم ان صاحب العناية قصد بيان ضابطة جنس هذه المسائل في ابتداء الكلام فقال
اخذا من غاية البيان اعلم ان البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة او المشتري فاما ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين او
لما بين المدتين وكل وجه على اربعة اوجه اما ان ادعى البائع وحده او المشتري وحده او ادعياه معا او على التعاقب انتهى اقول يرى فيه اختلال من
وجهين الاول انه قسم ادعى البائع او المشتري ولد الجارية المبيعة الى ثلثة اوجه وهي ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين
او لما بين المدتين وقسم كل وجه منها الى اربعة اوجه وهي ان ادعى البائع وحده او المشتري وحده او ادعيا معا او على التعاقب فيلزم منه ان يكون
الشيء قسم قسمه حيث جعل ادعى البائع او المشتري مقسما ثم جعله قسما من كل واحد من اقسامه الثلثة والثاني ان كلمة او الداخلة على المشتري في قوله ان
البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة او المشتري تابى دخول ادعائهما معا او على التعاقب في المقسم فكيف يجعل هذان الوجهان داخلين في اقسام اقسامه
ويمكن ان يتحيل عن الاول بان المقسم ادعى البائع او المشتري مطلقا اي اعم من ادعى احدهما منفردا ومن ادعى بانضمامه الى الآخر بالمعية او التعاقب وقسم المقسم هو
ادعى احدهما وحده او ادعائهما معا او على التعاقب فتكون قسمة المقسم اخص من المقسم لا عينه وعن الثاني بان يحمل كلمة او المذكورة على منع الخلو دون منع الجمع والاولى
عندي في بيان الضابطة هنا ان يقال اعلم ان الجارية اذا بيعت فجاءت بولد فاما ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين او
لما بين المدتين وكل وجه من الاوجه الثلثة على اربعة اوجه اما ان ادعى ذلك الولد البائع وحده او المشتري وحده او ادعياه معا او على التعاقب فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم
باع وقد ادعاه البائع وحده كما مر في الكتاب فهو اي الولد ابن البائع وامه اي ام الولد ام ولده اي للبائع وفي القياس وهو قول زفر رح والشافعي رح دعوته
اي دعوة البائع باطلة لان البيع اعتراف منه اي من البائع بانه اي الولد عبد وكان اي البائع في دعواه مناقضا والتناقض يبطل الدعوى فلا تسمع دعواه

ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا و
وعلى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد
لا يجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع او بعده فدعوة البائع اولى لانها اسبق استنادها الى وقت العلوق
وهذه دعوة استيلاد وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم يصح دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد
والحجة الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه

اما لو قال كنت اعتقتها او دبرتها قبل ان ابيعها ولا نسب بدون الدعوى اي ولا ثبوت النسب بدون الدعوى الصحيحة وجه الاستحسان اي وجه الاستحسان الذي
تعمل به في هذه المسئلة ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه يعني انا تيقنا باتصال العلوق بملك البائع وهذا شهادة ظاهرة على كون الولد
من البائع لان الظاهر عدم الزنا فنزل ذلك منزلة البينة في ابطال حق الغير عنها وعن ولدها وبقي النسب على الخفاء هذا جواب عن التناقض وبيانه ان
الانسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم تبين انه منه فيعفى فيه التناقض اي لا يمنع صحة الدعوى كما ان الزوج اذا اكذب نفسه بعد قضاء القاضي
بنفي النسب باللعان يثبت منه النسب ويبطل حكم الحاكم ولا ينظر الى التناقض لمكان الخفاء في امر العلوق وصار كالمكاتب اذا اقام البينة ان مولاه كان
اعتقه قبل الكتابة فانه تقبل بينته وتبطل الكتابة ولا يعتبر التناقض لخفاء الاعتاق حيث ينفرد المولى به وكالمختلعة اذا اقامت البينة ان الزوج كان طلقها
ثلثا قبل الخلع فان بينتها تقبل مع التناقض لخفاء الطلاق حيث ينفرد الزوج به بخلاف دعوى البائع الاعتاق او التدبير بعد البيع فان كل واحد من
الاعتاق والتدبير فعل نفسه فلا يخفى عليه كذا حققوا واذا صحت الدعوى استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد
لا يجوز ويرد الثمن اي وان كان منقودا لانه قبضه بغير حق فان سلامة الثمن مبنية على سلامة المبيع كذا في الكافي وان ادعاه المشتري وحده صحت دعوته
وثبت النسب منه لان دعوته دعوة تحرير والمشتري يصح منه التحرير فكذا دعوته لحاجة الولد الى النسب والى الحرية ويثبت له امومية الولد باقراره ثم لا يصح من
البائع دعوته لان الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول صحة التحرير من المشتري ظاهرة لان
الجارية مملوكته في الحال فيملك اعتاقها واعتاق ولدها كما صرح به في النهاية وغيرها واما صحة دعوته لحاجة الولد الى النسب فمشكلة بما مر في وجه الاستحسان
من ان تيقنا باتصال العلوق بملك البائع شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع فان مجرد حاجة الولد الى النسب كيف تفيد ثبوت النسب من المشتري
عنده بتحقق الشهادة الظاهرة على خلاف ذلك ويمكن ان يجاب بان تيقنا باتصال العلوق بملك البائع انما يكون شهادة ظاهرة على كون الولد من
البائع اذا ادعاه البائع واما اذا لم يدعه البائع فلا يجوز ان يكون الولد من غيره بالنكاح فاذا ادعاه المشتري وحده يحمل على كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء
لحاجة الولد الى النسب فصارت علة صحة دعوة المشتري وثبوت النسب منه في هذه الصورة حاجة الولد الى النسب مع امكان كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء
ويؤيد هذا ما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال حتى لو ادعى المشتري قبل دعوة البائع يثبت النسب من المشتري ويحمل على ان المشتري نكحها واستولدها
ثم اشتراها انتهى وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع او بعده اي بعد دعوة البائع ذكر الضمير بتاويل الادعاء فدعوة البائع اولى لانها اسبق اما اذا كانت
قبل دعوة المشتري فالامر ظاهر واما اذا كانت مع دعوة المشتري فلما اشار اليه بقوله لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد يعني ان دعوة البائع
مستندة الى وقت العلوق لانها دعوة استيلاد ودعوة المشتري مقتصرة على الحال لانها دعوة تحرير فكانت دعوة البائع سابقة معنى فكانت اولى ثم انه
ضمن قوله وهذه دعوة استيلاد الجواب عن دخل مقدر تقريره كيف تصح دعوة البائع وهو غير مالك في الحال وجه الجواب ان دعوته دعوة استيلاد وهي لا تقتصر
الى قيام الملك في الحال لانها تستند الى زمان الملك بخلاف دعوة التحرير على ما سيجيء وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم يصح دعوة البائع لانه لم
يصح اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة يعني ان الشاهد على كون الولد منه انما هو اتصال العلوق بملكه تيقنا ولم يوجد ذلك ههنا فلم يصح دعوته الا اذا
صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لامره على الصلاح حول المشتري على الصدق ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه
فلا يثبت حقيقة العتق اي للولد ولا حقه اي ولا يثبت حق العتق وهو امومية الولد للام فيبقى الولد عبدا للمشتري ولا تصير الام ام ولد للبائع كما اذا ادعاه اجنبي

وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع
فيه الا ان يصدقه المشتري لان احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه واذا لم يصدقه يثبت النسب ويبطل
البيع والولد حر والام ام ولد له كما في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في ملكه **قال** فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت
به لاقل من ستة اشهر لم يثبت لاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد
الام وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر ثبت النسب في الولد واخذه البائع لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره
فوات التبع وانما كان الولد اصلا لانها تضاف اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية

آخر كذا في الكافي وغيره وهذه اي دعوة البائع ههنا دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله اي ليس من اهل التحرير والبائع ليس بمالك فلا يصح دعوة التحرير منه اعلم
ان الدعوة نوعان دعوة استيلاد ودعوة تحرير فدعوة الاستيلاد هي ان يكون علوق المدعي في ملك المدعي وهذه الدعوى يستند الى وقت العلوق ومتضمن الاقرار
بالوطي فيتبين انه علق حرا ودعوة التحرير ان يكون علوق المدعي في غير ملك المدعي وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الاقرار بالوطي لعدم تصور الاستيلاد
لعدم الملك وقت العلوق كذا في البدائع وان ادعاه المشتري وحده في هذا الوجه صحت دعوته وان ادعياه معا او متعاقبا صح دعوة المشتري دون البائع لانه
كالاجنبي كذا في العناية وغيرها وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه اي في هذا الوجه الا ان يصدقه المشتري
لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه اي في ملك البائع فلم توجد الحجة وهي اتصال العلوق بملكه تيقنا فلا بد من تصديقه اي من تصديق المشتري اياه واذا
صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد كما في المسئلة الاولى وهي ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع لتصادقهما واحتمال العلوق
في الملك والاجاءت المشتري وحده في هذه الوجه دعوته لان دعوته صحيح حالة الانفراد وفيما لا يحتمل العلوق في ملكه ففيما يحتمله اولى ويكون دعوته دعوة استيلاد حتى يكون
الولد حرا لاصل ولا يكون له ولا على الولد لان العلوق في ملكه ممكن وان ادعياه معا او متعاقبا فالمشتري اولى لان البائع في هذه الحالة كالاجنبي وهذا الذي
ذكر كله اذا كانت مدة الولادة بعد البيع معلومة اما اذا لم تعلم انها جاءت بالولد لاقل من اقل مدة الحمل او لاكثر من اكثرها او لما بينهما فالمسئلة على اربعة اوجه ايضا
فان ادعاه البائع وحده لا يصح دعوته الا ان يصدقه المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه وان ادعاه المشتري وحده صح دعوته لان اكثر ما في الباب كون
العلوق في ملك البائع بان جاءت به لاقل من ستة اشهر ولكن هذا لا يمنع دعوة المشتري وان ادعياه معا لم يصح دعوة واحدة منهما ويكون الولد عبدا للمشتري
لانها ان جاءت به لاقل المدة كان النسب للبائع وان جاءت به لاكثر من اقل المدة كان النسب للمشتري فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت وان ادعياه متعاقبا
فان سبق المشتري صحت دعوته وان سبق البائع لم يصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما كذا في غاية البيان نقلا عن مبسوط
شيخ الاسلام خواهر زاده وكذا في العناية قال في الكافي ولو تنازعا فالبينة للمشتري اي اذا باع امة فولدت عند المشتري فقال البائع بعتها منك منذ
شهر والولد مني وقال المشتري بعتها مني لاكثر من ستة اشهر والولد ليس منك فالقول للمشتري بالاتفاق لان البائع يدعي انتقاض البيع والمشتري
ينكر فان اقاما البينة فالبينة للمشتري ايضا عند ابي يوسف رح لانه اثبت زيادة مدة في الشراء وعند محمد رح البينة للبائع لانه يثبت نسب الولد واستيلاد
الامة وانتقاض البيع فكان اكثر اثباتا انتهى فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر اي والحال انها جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر
لم يثبت الاستيلاد في الام هذا لفظ القدوري في مختصره قال المص رح في تعليله لانها اي لان الام تابعة للولد اي في هذا الباب على ما يجيء بيانه ولم يثبت النسب
اي نسب الولد بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك اي لعدم حاجة الولد الى النسب بعد الموت فلا يتبعه استيلاد الام لعدم تصور ثبوته الحكم في التبع بدون
ثبوته في المتبوع وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر ثبت النسب في الولد واخذه البائع ايضا لفظ القدوري في مختصره قال
المص رح في تعليله لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع يعني ان الولد لما كان هو الاصل كان احتياجه لبقائه وحاجته الى ثبوت النسب لا يضره
فوات البيع لان تعذر الفرع لا يبطل الاصل بخلاف العكس وانما كان الولد اصلا لانها اي لان الام تضاف اليه اي الى الولد حيث يقال ام الولد والاضافة
الى الشيء امارة اصالة المضاف اليه ويستفيد الحرية من جهته عطف على تضاف اليه اي ويستفيد الام الحرية من جهة الولد لقوله عليه السلام اعتقها ولدها قال
حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم الا تعتقها والثابت للام حق الحرية وهو امومية

له حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة رح وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين انه باع ام ولده وبيعها غير
متقوم عنده في العقد والغصب ولا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها قال في الجامع الصغير واذا حبلت الجارية في ملك الرجل
فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد فقد اعتق المشتري الام فهو ابنه فيرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري اعتق الولد فدعوته باطلة
وجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على ما مر وفي الوجه الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد
وهو العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد وليس من ضروراته كما في ولد المغرور فانه حر وامه امة لمولاها وكما ثبت ولد الام

الولد وله اي والثابت للولد حقيقتها اي حقيقة الحرية والادنى يتبع الاعلى دائما دون العكس فحق الحرية التي هو الادنى تتبع حقيقة الحرية التي هي الاعلى دون
العكس ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام وهذا من تمام لفظ القدوري الذي ذكر فيما مر آنفا قال المص ره لانه تبين
انه باع ام ولده اي تبين بثبوت نسب الولد من البائع انه باع ام ولده وبيعها باطل وما لتيتها اي ولكن مالية ام الولد غير متقومة عنده اي عند ابي حنيفة رح
في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما اي عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله متقومة فيضمنها اي فيضمنها المشتري فاذا رد الولد ودونها يجب على
البائع رد حصته لما سلم له وهو الولد كيلا يجتمع البدل والمبدل ولا يجب عليه رد ما سلم له وهي الام قال الامام الزيلعي رح في التبيين بعد ما بين المقام بهذا الاجمال
هكذا ذكروا الحكم في قولهما وكان ينبغي ان يرد البائع جميع الثمن عندهما ايضا ثم يرجع بقيمة الام لانه كما ثبت نسب الولد منه تبين انه باع ام ولده وبيع ام
الولد غير صحيح بالاجماع فلا يجب فيه الثمن ولا يكون لاجر المبيع منه حصة بل يجب على كل واحد من المتعاقدين رد ما قبضه ان كان باقيا والا فبدله انتهى قال
وفي الجامع الصغير فكر رواية الجامع الصغير اعلاما بان حكم الاعتاق فيما نحن فيه حكم الموت واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد
اعتق المشتري الام فهو ابنه اي فالولد ابن البائع ويرد عليه بحصته من الثمن اي يرد على البائع بحصة الولد من الثمن الذي كان نقده البائع فيقسم الثمن
على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الولد يوم الولادة فما اصاب الام يلزم المشتري وما اصاب الولد سقط عنه ولا تصير الجارية ام ولد للبائع لانه ثبت
فيها للمشتري ما لا يحتمل الابطال وهو الولاء كذا في الشروح وسائر المعتبرات ولو كان المشتري انما اعتق الولد فدعوته اي دعوة البائع باطلة اي اذا لم يصدقه
المشتري في دعواه كذا في الشروح ووجه الفرق انما ذكره استظهارا اذ قد كان معلوما من مسئلة الموت ان الاصل في هذا الباب الولد قال صاحب النهاية اي
الاصل في باب ثبوت حق العتق للام بطريق الاستيلاد وهو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب انتهى وقد اقتفى اثره في هذا التفسير صاحب معراج الدراية
وصاحب العناية اقول لا يخفى ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ والمعنى فالاوجه في التفسير ان يقال اي الاصل في باب الدعوة والاستيلاد هو الولد
والام تابعة له على ما مر في مسئلة الموت آنفا وفي الفصل الاول وهو ما اذا ادعى البائع الولد وقد اعتق المشتري الام وفي بعض النسخ وفي الوجه الاول قام
المانع من الدعوة والاستيلاد وهو اي المانع منهما العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته اي ثبوت ما ذكره من الدعوة والاستيلاد في الاصل وهو الولد
لان امتناع الحكم في التبع لا يوجب امتناعه في الاصل فان قيل اذا لم يمتنع ثبوت الدعوة والاستيلاد للبائع في الولد ثبت نسب الولد من البائع لكون
العلوق في ملكه يقينا لان الكلام فيما اذا حبلت الجارية في ملك البائع ومن حكم ثبوت نسب الولد صيرورة امه ام ولد للبائع فينبغي ان يبطل البيع واعتاق
المشتري اجاب بقوله وليس من ضروراته اي وليس ثبوت الاستيلاد في حق الام من ضرورات ثبوت نسب الولد وحريته يعني ان ذلك وان كان من
احكامه الا انه ليس من ضروراته بحيث لا ينفصل عنه لجواز انفكاكه عنه كما في ولد المغرور وهو ولد من يطأ امرأة معتقدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم
تستحق كذا ذكره المص ره فيما سيجيء في آخر هذا الباب فانه اي ولد المغرور حر اي حر الاصل ثابت النسب من المستولد وامه امة لمولاها فلا تصير ام ولد للمستولد
بل يكون رقيقا حتى تباع في السوق وكما في المستولدة بالنكاح يعني اذا تزوج جارية الغير فولدت له يثبت نسب الولد ولا يثبت امية الولد كذا في غاية البيان
ويطابقه ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وكما في المستولدة بالنكاح فانه اذا استولد امة الغير بنكاح يثبت نسبه ولا تصير الامة ام ولده انتهى وكذا ما ذكره
صاحب البدائع حيث قال كمن استولد جارية الغير بالنكاح يثبت نسب الولد منه ولا تصير الجارية ام ولد له للحال الا ان يملكها لوجه من الوجوه قال صاحب النهاية
والعناية في شرح قول المص ره وكما في المستولدة بالنكاح بان تزوج امرأة على انها حرة فولدت فاذا هي امة انتهى اقول هذا المعنى ههنا غير صحيح لان الصورة

وفي الفصل الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض كحق استحقاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه

التي ذكرها قسم من قسمي ولد المغرور كما سيظهر ما ذكره المص في آخر هذا الباب ونبهت عليه فيما مر آنفا فلا وجه لان يذكرها المص في مقابلة ولد المغرور كما لا يخفى فان قلت ان صاحبي النهاية والعناية فسرا ولد المغرور في قول المص رح كما في ولد المغرور بقولهما وهو ما اذا اشترى الرجل امة من رجل يزعم انها ملكه فاستولدها ثم استحقت انتهى فح يكون المراد بولد المغرور في كلام المص احد قسميه وهو ما حصل بالاعتماد على ملك اليمين وبالمذكور في مقابلته قسمه الآخر وهو ما حصل بالاعتماد على ملك النكاح فلا محذور قلت ذلك التفسير منهما تقصير آخر فانه مع كونه تقييدا للكلام المطلق بلا مقتضى له مؤد الى تقليل الاشتات في مقام يناسبه التكثير فلا يندفع به المحذور بل يتاكد وفي الفصل الثاني وهو ما اذا اعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته اي ثبوت ما ذكر من الدعوة والاستيلاد فيه اي في الاصل وفي التبع لان امتناع الحكم في الاصل يوجب امتناعه في التبع ايضا وانما كان الاعتاق مانعا قال متقدمو الشراح اي وانما كان اعتاق المشتري الولد مانعا لدعوة البائع اياه وقال صاحب العناية اخذا منهم قوله وانما كان الاعتاق مانعا بيان لمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع انتهى اقول بل هذا بيان لمانعية عتق الام عن ثبوت الاستيلاد في حقها بدعوة البائع ولمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب في حقه بدعوة البائع ايضا والمعنى انما كان اعتاق المشتري الام او الولد مانعا عن دعوة الاستيلاد او دعوة النسب فيشتمل الفصلين معا كما ينادي عليه عبارات المص في اثناء البيان على ما ترى وفيما ذهب اليه الشراح تخصيص البيان بالفصل الثاني وهو تقصير في حق المقام وشرح الكلام لانه اي لان الاعتاق لا يحتمل النقض كحق استحقاق الولد وحق الاستيلاد يعني ان الاعتاق من المشتري كحق استحقاق النسب من البائع في الولد وحق الاستيلاد من البائع في الام في ان كل واحد منهما لا يحتمل النقض فاستويا اي استوى اعتاق المشتري وحق البائع استحقاقا واستيلادا من هذا الوجه اي من حيث انهما لا يحتملان النقض فليس لفعل احدهما ترجيح على فعل الآخر من هذا الوجه قال صاحب العناية وربما اذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لاقل من ستة اشهر فاعتق المشتري احدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشتري وذلك نقض العتق كما ترى واجيب بان التوامين في حكم ولد واحد فمن ضرورة ثبوت نسب واحد منهما والحكم بصيرورة ام الاصل ثبوت النسب للآخر ولقائل ان يقول اذا كان كذلك وقد ثبت العتق في احدهما فمن ضرورة ثبوت العتق في احدهما ثبوته في الآخر والا لزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والفرض خلافه ويمكن ان يجاب عنه بانه ان ثبت العتق في الآخر لزمه ضمان قيمته وفي ذلك ضرر زائد انتهى اقول السوال الاول وجوابه ما ذكره بعض الشراح ايضا ولهما وجه وجيه واما السوال الثاني وجوابه فمن مخترعاته وليسا بشيء اما السوال فلان مراد المجيب عن السوال الاول ان التوامين في حكم ولد واحد في باب النسب بناء على ان مدار النسب على العلوق وعلوقهما واحد لكونهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر وليس مراده انهما في حكم ولد واحد في جميع الاحوال حتى يتوجه السوال كيف ومدار العتق على القربة ولا شك ان رقبتهما معا متغايرتان فما يترتب على احدهما لا يلزم ان يترتب على الآخر كما لا يخفى واما الجواب فلانه ان اراد انه ان ثبت العتق في الآخر لزم الآخر ضمان قيمته كما اذا اعتق المولى بعض عبده على قول ابي حنيفة رح حيث يلزم العبد عنده ضمان قيمة بعضه الآخر اي السعاية في بقية قيمته لمولاه فلا نم ان في ذلك ضررا زائدا اذ الضمان في مقابلة العتق لا يعد ضررا اصلا ولو سلم ذلك فيعارض بالنسب فانه اذا ثبت النسب في الآخر لزم البائع ضمان ثمنه اي رد حصته من الثمن على المشتري فيلزم ان يتحقق هناك ايضا ضرر زائد وان اراد انه ان ثبت العتق في الآخر لزم المشتري ضمان قيمته اي اتلاف قيمته فتعارض بالنسب ايضا قطعا فانه اذا ثبت النسب في الآخر لزم البائع ضمان حصته من الثمن كما يلزم المشتري على تقدير ثبوت العتق في الآخر ضمان قيمته فيلزم ان يتحقق هناك ايضا ضرر زائد فلا يتصور الترجيح في صورة التوامين ايضا والفرض خلافه ثم اقول بدل السوال الثاني وجوابه ولقائل ان يقول اذا كان الحكم

استحقاق

نعم الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة ولكن لا يعارض الحقيقة لانه يثبت الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قوله هنا وعند ابي يرد بكل الثمن يعني كما ذكرنا في فصل الموت قال ومن باع عبدا ولد عنده فباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لان البيع يحتمل النقض وما له من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض البيع لاجله وكذا اذا كاتب الولد او رهنه او آجره او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان الاعواض تحتمل النقض

في التواءين كذلك كان عتق المشتري مما يحتمل النقض وهو المطلوب والغرض خلافه ويمكن ان يجاب عنه بان مرادنا من قولنا العتق لا يحتمل النقض انه لا يحتمله قصدا والا لزم في مسئلة التواءين احتماله النقض ضمنا وكم من شيء لا يثبت قصدا ويثبت ضمنا ويجيء في الكتاب هذا الفرق بين المسئلتين ثم ان صاحب العناية قال بعد ما سبق من سؤاله الثاني وجوابه فان عورض بان البائع اذا ادعى النسب في الذي عنده كان ذلك سببا في نقض ما تم من جهته اجيب بانه غير مقصود فلا معتبر به انتهى اقول فيعارض بان الضرر الزائد الذي يلزم على تقدير ثبوت العتق في الآخر غير مقصود ايضا فلا معتبر به ايضا فلا يخلو الجواب عن معارضة ثم الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق يريد بيان رجحان ما في جانب المشتري الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة لان الحقيقة اقوى من الحق قال صاحب العناية ونوقض بالمالك القديم مع المشتري من العدو فان المالك القديم ياخذه بالقيمة وان كان لحق الملك وللمشتري حقيقة واجيب بانه ليس ترجيح بل هو جمع بينهما وفيه نظر لان الغرض ان الحقيقة اولى فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ويمكن ان يجاب عنه بان هذه الحقيقة فيها شبهة لان بناءها على تملك اهل الحرب ما استولوا عليه من اموالنا بدار اهم وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق فقلنا ياخذه بالقيمة جمعا بينهما انتهى اقول النقض مع جوابه بما ذكره الشارح تاج الشريعة قولهما صحيح واما النظر مع جوابه فمن عند نفسه وليسا بصحيحين اما النظر فلانا لا نسلم ان مجرد الجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح الا يرى انا نجمع وبين الفرائض والواجبات والمستحبات في العمل مع تقرر تقدم الرجحان البعض على البعض بحاله وانما يظهر اثر الرجحان عند تعارض الراجح والمرجوح بان لا يمكن العمل بهما والجمع بينهما كما لا يخفى واما الجواب فلان المجتهد مخلا فنا في مسئلة تملك اهل الحرب ما استولوا عليه من اموالنا بدار اهم هو الشافعي رح وهو متاخر الزمان عن اجتهاد ائمتنا فكيف يوقع اجتهاده شبهة فيما اجتهدوا فيه حتى تنحط بهذه الشبهة عن درجة الحقائق عند ائمتنا فيصح بناء الجواب عليه والتدبير بمنزلة الاعتاق اي في الحكم المذكور وكذا الاستيلاد بمنزلته في ذلك الحكم على ما صرح به صاحب النهاية ومعراج الدراية في صدر مسئلتنا هذه نقلا عن الامام التمرتاشي لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وهو عدم جواز النقل من ملك الى ملك وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما يعني ان ما ذكر في الجامع الصغير من قوله وقد اعتق المشتري الام فهو انه يرد عليه بحصته من الثمن هو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وعنده اي عند ابي حنيفة رح يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت قوله هو الصحيح احتراز عما ذكره شمس الائمة في المبسوط والامام قاضيخان والامام الحبوبي في الجامع الصغير انه يرد بما يخص الولد من الثمن لا بكل الثمن عند ابي حنيفة رح ايضا بخلاف فصل الموت وذكروا الفرق بينهما بان في الاعتاق كذب القاضي البائع فيما يزعم انها ام ولده حين جعلها معتقة المشتري او مدبرته فلم يبق لزعمه عبرة واما في فصل الموت فبموتها لم يجز الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقي زعمه معتبرا في حقه فرد جميع الثمن ثم علم ان الذي اختاره المص رح وصححه هو ما ذكره شمس الائمة في الجامع الصغير بناء على ان ام الولد لا قيمة لها ولكن قالوا انه مخالف لرواية الاصول وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل في الجارية ولهذا لم يبطل اعتاق المشتري فان قيل ينبغي ان لا يكون للولد حصة من الثمن لحدوثه بعد قبض المشتري لا حصة للولد الحادث بعد القبض قلنا الولد انما حدث بقبض بعض بحيث الصورة واما من حيث المعنى فهو حادث قبل القبض لثبوت علوقه في ملك البائع ولهذا كان للبائع سبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة وان قبضه المشتري وما هو كذلك فله حصته من الثمن اذا استهلكه البائع وقد استهلكه هنا بالدعوة كذا في الشروح قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن باع عبدا ولد عنده اي كان اصل العلوق في ملكه باعه المشتري اي ثم باعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه اي الولد ابن البائع الاول ويبطل البيع اي يبطل البيع والثاني لان البيع يحتمل النقض وما له اي وما للبائع من حق الدعوة لا يحتمله اي لا يحتمل النقض فينتقض البيع لاجله اي لاجل ما للبائع من حق الدعوة قال المص رح وكذلك اي وكحكم المسئلة السابقة الحكم اذا كاتب الولد اي اذا كاتب المشتري الولد او رهنه او آجره او كاتب الام اي كاتب المشتري الام فيما اذا اشتراها مع ولدها او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة اي ثم وجدت دعوة البائع لان هذه الاعواض تحتمل النقض

فيتنقض ذلك كله اي فينتقض تلك العوارض كما ذكر اسم الاشارة والضمير تاويل ذكر وتصحيح الدعوة لكونها مما لا يحتمل النقض واعلم ان هذه المسائل من مسائل المبسوط
ذكرها المص تفريعا على مسئلة الجامع الصغير بخلاف الاعتاق والتدبير فانهما لا يحتملان النقض على ما مر آنفا بخلاف ما اذا ادعاه اي الولد المشتري او الام ثم ادعاه البائع
حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه اي كاعتاق المشتري قال صاحب العناية ولقائل ان يقول الثابت
بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فانى يتساويان واما الدعوة من المشتري ومن البائع فيتساويان في ان الثابت بهما حق الحرية فاين المرجح ويمكن ان يجاب
عنه بان التساوي بين العتق والدعوة في عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة وترجيح دعوة المشتري على دعوة البائع من حيث ان الولد قد استغنى بالاول
عن ثبوت النسب في وقت لا فراحم فلا حاجة الى الثانية انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله في السوال الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها بان
قال فيه بحث فان الثابت بهما في حق الولد حقيقة الحرية اليضا بل حرية الاصل كما سيجيء انتهى اقول هذا مندفع لان حقيقة حرية الاصل انما تثبت بالدعوة للولد
ومراد صاحب العناية ان الثابت بالدعوة للبائع حقها لان مدار الكلام في جنس ما نحن فيه من المسائل على ان الترجيح هل هو في جانب البائع او في جانب المشتري
ولا شك ان الثابت بالدعوة للبائع على كل حال انما هو الحق وهو حق استلحاق النسب في الولد وحق الاستيلاد في الام كما مر في الكتاب وتقرر وقد عبر
صاحب العناية ههنا بحق الحرية لتادية الى الحرية وكذا الحال بالنظر الى دعوة المشتري فافهم السوال والجواب وان كان في تقريره نوع ضيق واضطراب
قال اي القدوري في مختصره ولو ادعى نسب احد التوامين التوام اسم للولد اذا كان معه آخر في بطن واحد يقال هما توامان
كما يقال هما زوجان وقولهم هما توام وهما زوج خطاء ويقال للانثى توامة كذا في المغرب ولكن الامام شمس الائمة السرخسي ذكر في المبسوط ان ذكر التوام مكان
التوامين صحيح في اللغة حتى لو قال غلامان توام وغلامان توامان كلاهما صحيح عند اهل اللغة كذا في النهاية وغيرها ثبت نسبهما منه اي ثبت نسب التوامين
معا ممن ادعى نسب احدهما لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر وهذا اي كونهما من ماء واحد لان التوامين ولدان بين ولادتهما
اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا اي بعد ولادة الاول لانه لا حبل اقل من ستة اشهر لان اقل مدة الحمل ستة اشهر ولا يتصور علوق الثاني على
علوق الاول لانهما اذا حبلت بهما فهم الرحم كذا في الكافي وغيره وكان المص لم يتعرض لدفع هذا الاحتمال لكونه امرا معلوما في غير هذا الفن وفي الجامع الصغير قال
في العناية ذكر في رواية الجامع الصغير لانهما لهما على صورة بيع احدهما ودعوى النسب في الآخر بعد اعتاق المشتري انتهى وقال في معراج الدراية انما اعاد لفظ
الجامع لما فيه زيادة وهو قوله ولدا عنده وفيه اشارة الى كون العلوق في ملك المدعي انتهى اذا كان في يده غلامان توامان ولدا عنده فباع احدهما واعتقه
المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري ان كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الاعتاق وان كانت بالفتح فلا حاجة الى التاويل
كذا في العناية قال المص في التعليل لانه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسالة مفروضة فيما اي في ان يصادف العلوق
والدعوة ملكه فان في قوله ولدا عنده اشارة الى مصادفة العلوق ملكه وفي قوله ثم ادعى البائع الذي في يده تصريح بمصادفة الدعوة ملكه ثبت حرية الاصل جواب
لما ثبت نسب الولد الذي عنده اي ثبت حرية الاصل في هذا الوجه فيثبت نسب الآخر اي فيثبت نسب الولد الآخر الذي كان باعه واعتقه المشتري وحرية الاصل
فيه اي وثبت حرية الاصل في ذلك الولد ايضا ضرورة لانهما توامان وهما من ماء واحد فتبين ان عتق المشتري وشراءه لاقي حر الاصل فبطل اي فبطل كل واحد من عتقه
وشرائه قال في الكافي وكان هذا النقض للاعتاق بامر فوقه وهي الحرية الثابتة باصل الخلقة انتهى بخلاف ما اذا كان الولد واحدا حيث لا يبطل فيه اعتاق المشتري
بدعوى البائع نسبه كما مر لان هناك اي في مسئلة الولد الواحد يبطل العتق فيه اي في الولد مقصودا يعني لو صحت الدعوة من البائع هناك لبطل العتق في الولد مقصودا

دعوة البائع وههنا ثبت تبعا لحريته فيه حريته الاصل فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد الذي
عنده ولا ينقض البيع فيما باع لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته

دعوة البائع وانه لا يجوز لما تقدم ان حق الدعوة لا يعارض حقيقة الاعتاق وههنا اي في مسئلة التوامين يثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل اي يثبت بطلان اعتاق
المشتري فيما اشتراه تبعا لحرية حرية الاصل لا حرية التحرير فالضمير في حريته راجع الى المشتري بالفتح وقوله فيه متعلق بقوله يثبت والضمير راجع الى المشتري كذلك
وقوله حرية الاصل بدل من قوله حريته وانما ابدل به اشارة الى سبقها ليتبين بذلك ان البيع لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف محله فكان خلفيا بالرد والابطال
كذا في العناية اقول هذا شرح صحيح الا انه يكون في كلام المص حينئذ تعقيد لفظي بالتقديم والتاخير حيث كان حق الاداء على هذا المعنى ان يقال وههنا يثبت فيه
تبعا لحريته حرية الاصل كما لا يخفى وكان متقدمي الشراح هربوا عنه حيث قال صاحب النهاية والكفاية في بيان معنى كلام المص وههنا اي يثبت بطلان
اعتاق المشتري بطريق التبعية لحرية المشتري الذي كانت الحرية فيه حرية الاصل انتهى وقال صاحب غاية البيان يعني فيما نحن فيه يثبت بطلان اعتاق المشتري
لا مقصودا بل تبعا لثبوت الحرية الاصلية الثابتة في الذي باعه انتهى فان الظاهر مما بينوا من المعنى ان لا يكون قول المص فيه متعلقا بقوله يثبت بل ان
يكون متعلقا بمقدر وهو الكائنة او الثابتة على انه صفة لحرية فلا يلزم التقييد اقول لعل المحذور فيه اشد من الاول فان الحرية بعد ان تضاف الى الضمير الراجع
الى المشتري لا يبقى احتمال ان لا يكون ولا تثبت فيه فيلزم ان يكون قول المص فيه على المعنى الذي ذكروه لغوا من الكلام وانما يتم ذلك المعنى ان لو كان كلام
المص وههنا يثبت تبعا لحريته فيه بدون الاضافة كما لا يخفى فافترقا اي فافترق ما نحن فيه من مسئلة التوامين وما اذا كان الولد واحدا حيث لزم بطلان العتق هنا
اصالة وقصدا وفيما نحن فيه ضمنا وتبعا وكم من شيء يثبت ضمنا وتبعا ولا يثبت اصالة وقصدا قال في معراج الدراية الى هذا اشار قاضيخان والمرغيناني في فوائده
والسرخسي في جامعه وقال في النهاية بعد شرح كلام المص على هذا المنوال او نقول في مسئلتنا لا يبطل عتق المشتري الذي يثبت منه بل يظهر بدعوة البائع لما في
يده من احد التوامين ان اعتاق المشتري لم يلاق محله لانه ظهر انه كان حرا لاصل وتحرير الحر باطل لان فيه اثبات الثابت وذلك لا يصح كما ذكرناه من الفوائد الظهيرية
ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه يعني ان الذي ذكر من قبل اذا كان اصل العلوق في ملك المدعي ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه والمسئلة بحالها ثبت نسب الولد الذي
عنده اي ثبت نسب الولد الذي عند البائع بمصادقة الدعوة ملكه فيثبت النسب للولد الآخر ايضا ضرورة لان التوامين لا ينفكان نسبا ولا ينقض البيع فيما باع
ولا يبطل عتق المشتري فيه لانه اي لان دعوة البائع ههنا دعوة تحرير لا دعوة استيلاد لانعدام شاهد الاتصال اي لانعدام شاهد اتصال العلوق بملك المدعي حيث لم يكن اصل العلوق
في ملكه ومن شرط دعوة الاستيلاد اتصال العلوق بملك المدعي فيقتصر على محل ولايته اي اذا كانت هذه دعوة تحرير فيقتصر على محل ولاية المدعي وصار كان البائع
اعتقها فيعتق من غير ملكه عليه فيجب وليس من ضرورة حرية احد التوامين بعتق عارض حرية الآخر فلهذا لا يعتق الذي عند المشتري على البائع كذا في الكافي وقال
كثير من الشراح في شروح قول المص لان هذه دعوة تحرير انتهى لانه لما لم يكن اصل علوقها في ملك البائع كانت دعوته دعوة تحرير فكان قوله هذا ابني مجازا عن
قوله هذا حر ولو قال لاحد التوامين هذا حر كان تحريرا مقتصرا على محل ولايته فكذا دعوة التحرير اقول يرد على قولهم فكان قوله هذا ابني مجازا عن قوله هذا حر انه لا يكون
كذلك لما ثبت نسب احد من الولدين منه لان المصير الى المجاز عند تعذر اعمال الحقيقة وقد صرحوا بثبوت نسبهما منه وتفصيل المقام انه قد صرح في كتاب العتاق
انه قال لعبد يولد مثله لمثله هذا ابني فان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت منه
واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق فان كان للعبد نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر اعماله في
حقيقته وان قال الغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي رح لهم انه كلام محال فيرد ويلغو ولابي حنيفة رح انه محال
بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته واطلاق السبب وارادة المسبب مجاز في اللغة تجوزا والان الحرية

قال اذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون ابنه
وصدقه فلان حينئذ ولا ان جحد العبد كفر بن المولى على هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان الذي اقر به ثم ادعاه لنفسه ثم ان الاقرار
من العبد فصار كان لم يكن اقراره الاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان يحتمل النقض الا ترى انه يحلف به اكراه والهزل فصار كما اذا اقر المشتري
على البائع باعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال الا ان عتقه يحتمل الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يحتمل بعد ذلك نسبه اثباته من الغير وبخلاف

ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرف المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء انتهى فلقد تلخص من ذلك كله ان ثبوت النسب فيما اذا قال
لغلام هذا ابني انما يكون في صورة واحدة من الصور الثلث المذكورة وهي ان يكون الغلام ممن يولد مثله لمثله ولا يكون معروف النسب ولكن يجري اللفظ في هذه
الصورة على حقيقته واما في الصورتين الاخريين فيسير اللفظ محمولا على مجازه لكن لا يثبت النسب فيهما فلم توجد صورة تثبت فيها النسب ويكون اللفظ مجازا ثم
ما قاله هؤلاء الشراح قال ابي محمد في الجامع الصغير واذا كان الصبي في يد رجل قال اي ذلك الرجل هو ابني الصبي ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن
ابنه اي لم يكن ذلك الصبي ابن ذلك الرجل ابدا قال صاحب النهاية ومعراج الدراية يعني سواء صدقه العبد الغائب او كذبه او لم يعرف منه تصديق ولا تكذيب
وقال تاج الشريعة يعني وان جحد العبد ان يكون ابنه اقول لا يخفى على الفطن انه يلزم على هذا المعنى استدراك قول المص وان جحد العبد ان يكون ابنه
سيما على ما قاله تاج الشريعة اللهم الا ان يحمل على التاكيد تقريرا لكون المعنى هذا لكن فيه ما فيه وقد اشار صاحب العناية الى كون المعنى لم يكن ابنه ابدا اي في وقت
من الاوقات لا حالا ولا مستقبلا حيث قال في تقرير المسئلتين واذا كان الصبي في يد رجل اقر انه ابن عبده فلان او ابن فلان الغائب وولد على فراشه ثم ادعاه
لنفسه لم تصح دعوته في وقت من الاوقات لا حالا ولا مستقبلا انتهى اقول الحق ان المراد ههنا هذا المعنى لوجوه احدها اندفاع الاستدراك المذكور به وهو ظاهر
وثانيها ان الابد على هذا المعنى يكون على اصل معناه وهو عموم الاوقات وعلى المعنى الاول يصير مصروفا عنه الى عموم الاحوال كما ترى وثالثها انه يظهر حينئذ
فائدة تقييد فلان بالغائب في وضع مسئلتنا دون المعنى الاول فان المقر له الحاضر والغائب سيان بالنظر الى الاحوال المذكورة في المعنى الاول اعني
التصديق والتكذيب والسكوت عنهما اذ يتصور من كل واحد منهما كل واحدة من تلك الاحوال في وقت ما فلا فائدة في التقييد بالغائب على ارادة عموم الاحوال
واما بالنظر الى الاوقات المذكورة في هذا المعنى اعني الحال والاوقات المستقبلة فهما اي المقر له الحاضر والغائب متفاوتان حيث لا يتصور الجحود من الغائب في
الحال لعدم علمه فيها اي ما اقر به المقر ويتصور ذلك منه في الاستقبال بان يعلمه بعد ان يحضر بخلاف الحاضر فانه يتصور منه الجحود في الحال والاستقبال بلا فرق
بينهما فاحتمل في حق الغائب اختصاص الحكم لعدم كون الصبي ابن المقر بوقت لا يتصور فيه الجحود من المقر له وهو الحال ولم يحتمل ذلك في حق الحاضر فلو اطلق
فلانا ولم يقيد بالغائب على ارادة عموم الاوقات لتبادر الى الفهم كون الحكم المذكور عند كون المقر له حاضرا فقط ولما قيد بالغائب علم ثبوت الحكم المذكور عند
كون المقر له غائبا عبارة وثبوته عند كونه حاضرا ايضا دلالة فظهر فائدة التقييد بالغائب على هذا المعنى ثم اعلم انه لا يشترط لهذا الحكم ان يكون الصبي في يده
وذكره في الكتاب وقع اتفاقا نص عليه الامام الزيلعي في التبيين وهذا عند ابي حنيفة رح اي حكم المسئلة المذكورة على اطلاقه انما هو عند ابي حنيفة رحمه الله وفي المبسوط
لكن يعلق عليه وان لم يثبت نسبه من المولى كذا في النهاية ومعراج الدراية وقال اذا جحد العبد فهو اي الصبي ابن المولى يعني اذا ادعى المولى لنفسه بعد جحود العبد
نسبه كذا في النهاية قال المص وعلى هذا الخلاف اذا قال اي اذا قال الذي في يده الصبي هو ابن فلان وولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه هذه من مسائل المبسوط
ذكرها المص تفريعا كذا في غاية البيان لهما ان الاقرار اي الاقرار بالنسب هو قوله هو ابن عبدي فلان الغائب ارتد برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار اي فصار
كانه لم يقر احد وادعاه لنفسه الاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض اي وان كان النسب لا يحتمل النقض الا يرى انه اي الاقرار بالنسب يعمل فيه الاكراه
والهزل حتى لو اكره بنبوة عبد فاقر بها لا يثبت النسب وكذا لو اقر بها هازلا فصار اي فصار حكم هذه المسئلة كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق المشتري بفتح
الراء فكذبه البائع ثم قال اي المشتري انا اعتقته يحتمل الولاء اليه اي فانه يتحول الولاء الى المشتري وهما كانه لم يقر مولى اصلا بخلاف ما اذا صدقه اي بخلاف ما اذا صدق
المقر له المقر في مسئلتنا حيث لا يصح فيه دعوة المولى بالاتفاق لانه اي المقر يحتمل بعد ذلك اي بعد تصديق المقر له اياه نسبا ثابتا من الغير وهو الصحيح وبخلاف

ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه
ولابي حنيفة رح ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي مع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته
لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه حتى لو صدقه بعد التكذيب ثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له
مسئلة الولاء على فصل الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف وهو الاقوى وهو دعوى المشتري وبطلان بتحقق النسب على ما مر

ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه بل سكت عن التصديق والتكذيب حيث الاصح فيه انه دعوة المولى بالاتفاق لانه تعلق به اي بالصبي حق المقر له على اعتبار تصديقه اي على اعتبار
احتمال تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه يعني ان الاحتمال جانب التصديق تاثيرا فيما نحن فيه كما ان الاحتمال جانب
التكذيب تاثيرا في ولد الملاعنة ولابي حنيفة رح ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهذا بالاتفاق والاقرار بمثله اي بمثل ما لا يحتمل النقض بعد ثبوته لا يرتد بالرد
يعني فيما كان كذلك فالاقرار به لا يرتد بالرد اي لا يبطل بالتكذيب كمن اقر بحرية عبد انسان كذبه المولى لا يبطل اقراره حتى لو اشتراه بعد ذلك يعتق عليه كما ذكره الامام قاضيخان
وذكر في الشروح فبقي اي فبقي الاقرار في حق المقر وان لم يثبت في حق المقر له كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة فيمتنع دعوته اي بعد الرد ايضا كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت
شهادته لتهمة كالفسق والقرابة ثم ادعاه اي ثم ادعاه الشاهد لنفسه حيث لم يصح دعوته واعلم ان الامام فخر الاسلام ذكر هذه المسئلة في شرح الجامع الصغير على
هذا المنوال حيث قال وكذلك من شهد له على رجل بنسب صغير فردت شهادته بعذر ثم ادعاه الشاهد لم يصح انتهى فاقتفى اثره فاوردها هنا كذلك واما
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي فقد ذكرها ايضا على هذا الخلاف حيث قال في شرح الكافي للحاكم الشهيد وعلى هذا الخلاف اذا شهدا ان ابن فلان
فلم تقبل هذه الشهادة ثم ادعاه لنفسه لا يقبل عند ابي حنيفة رح خلافا لهما انتهى وهذا اشارة الى قوله الاقرار بمثله لا يرتد بالرد لانه تعلق به اي بالنسب حق المقر له
حتى لو صدق بعد التكذيب يثبت النسب منه اي من المقر له ولما جاز ان يثبت النسب منه بعد التكذيب بقي له حق الدعوة ومع بقائه حقه لا تصح دعوة المقر كما اذا
لم يصدقه ولم يكذبه وكذا تعلق به حق الولد من جهة احتياجه الى النسب فلا يرتد برد المقر له لتعلق حقه وحق الولد هكذا ينبغي ان يشرح هذا المقام ولا يلتفت
الى ما في النهاية وغيرها مما لا يساعده تقرير المص ولا يطابقه تحريره كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة ومسئلة الولاء على هذا الخلاف اشارة الى الجواب عن استشهاد
بمسئلة الولاء بانها ايضا على هذا الخلاف فلا تتوجه شاهدة لما قالاه وحجة على ما قاله ولو سلم اي ولو سلم كون مسئلة الولاء على الاتفاق قالوا لا قد يبطل باعتراض
الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب صورته معتقة تزوجت بعبد وولدت منه اولادا فجنى الاولاد وكان عقل جنايتهم على موالي الام لان الاب
ليس من اهل الولاء وكان الولد ملتحقا بقوم الام فان اعتق العبد جر ولاء الاولاد الى نفسه بهذا روي عن عمر رضي الله عنه ذكره قاضيخان كذا في النهاية و
معراج الدراية وقد اعترض على الولاء الموقوف وهو الولاء من جانب البائع وانما سماه موقوفا لانه على عرضة التصديق بعد التكذيب كذا في النهاية وغيرها
ما هو الاقوى وهو دعوى المشتري لان الملك له قائم في الحال فكان دعوى الولاء مصادفا للمحل لوجود شرطه وهو قيام الملك كذا في العناية واكثر الشروح وقال
بعض الفضلاء فيه بحث لانه كيف يقوم الملك وهو مقر بانه معتق قال في الكافي ان المشتري اذا اقر ان البائع كان اعتق ما باعه وكذبه البائع فانه لا يبطل ذلك
ولكنه يعتق عن المقر انتهى ولا يخفى دلالته على ما قلناه الى هنا كلام ذلك البعض اقول بحثه ظاهر السقوط لان المشتري انما اقر اولا بان ما اشتراه معتق البائع
لا بانه معتق نفسه وقد كذبه البائع وهذا لا ينافي قيام الملك له في الحال اي في حال دعوى الاعتاق لنفسه ثانيا وانما لا يقوم الملك له في الحال لو كان
اقر ابتداء بانه معتق نفسه او كان اقر بانه معتق البائع وصدقه البائع وليس فليس واما ذكره في الكافي فعلى تقدير تمامه يجوز ان يكون مبنيا على كون مسئلة الولاء
ايضا على هذا الخلاف كما ذكره المص اولا حيث قال ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولا يخفى ان مبنى الكلام ههنا على تسليم كون بطلان الاقرار وتحول الولاء
في مسئلة الولاء متفقا عليه كما يفصح عنه قول المص ولو سلم الخ وحينئذ لا شك في قيام الملك للمشتري الى حال دعوى الاعتاق لنفسه فلا وجه لاشتباه المقام
وخلط الكلام فبطلان اي بطلان الولاء الموقوف باعتراض ما هو الاقوى الذي هو دعوى المشتري بخلاف النسب يعني انه لا يبطل باعتراض شيء اصلا على ما مر اشارة
الى قوله ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وعليه اخذ اكثر الشراح قال في الكافي بخلاف النسب كما مر في ولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن

وهذا يصلح مخرجا على اصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعوته باقراره بالنسب لغيره

قال واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض لان نظر الصبي في هذا الوقت لانه نيال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها

لاحتمال ثبوته من الملاعن انتهى وحمل عليه صاحب الكفاية مراد المص ايضا والحاصل ان النسب الزم من الولاء فان الولاء يقبل البطلان في الجملة والنسب لا يقبله اصلا فالبيع قياس النسب على الولاء وهذا اي اقرار البائع بنسب باعه لغيره يصلح مخرجا اي حيلة على اصله اي على اصل ابي حنيفة رح فيمن يبيع الولد ويخاف عليه اي يخاف المشتري على الولد الدعوة بعد ذلك من البائع فيقطع دعواه اي فانه يقطع دعوى البائع باقراره بالنسب لغيره قال الامام الحبوبي صورته رجل في يده صبي ولد في ملكه وهو يبيعه ولا يامن المشتري ان يدعيه البائع يوما فينتقض البيع فيقر البائع بكون الصبي ابن عبده الغائب حتى يامن المشتري من انتقاض البيع بالدعوى عند ابي حنيفة رح فان هذا يكون حيلة عنده وفي الفوائد الظهيرية الحيلة في هذه المسئلة على قول الكل ان يقر البائع ان هذا ابن عبده ايست حتى لا يتاتى فيه تكذيب فيكون مخرجا على قول الكل كذا في النهاية قال اي محمد رح في الجامع الصغير واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر وفي الفوائد الظهيرية وغيرها هو ابن النصراني اذا كانت الدعوتان معا فكان قوله معا اشارة الى ان دعوى المسلم لو سبقت على دعوى النصراني يكون عبد المسلم كذا في النهاية قال المص لان الاسلام مرجح بكسر الجيم فيستدعي تعارضا يعني ان الاسلام مرجح اينما كان والترجيح يستدعي تعارضا ولا تعارض اي ولا تعارض ههنا لان التعارض انما يكون عند وجود المساواة ولا مساواة ههنا لان نظر الصبي ههنا اولى يعني ان النظر للصبي واجب ونظيره فيما ذكرناه اولى لانه نيال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه اي وفي عكس ما ذكرنا الحكم بالاسلام تبعا اي نيال الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها اي ليس في وسع الصبي اكتساب الحرية فانتفى المساواة كذا اي اكثر الشراح في حل هذا المقام وهو الحقيق عندي ايضا بان يراد من هذا الكلام قال صاحب العناية بعد شرح المقام بهذا المنوال ولقائل ان يقول هذا مخالف لما في الكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مومن خير من مشرك ودلائل التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الالف بالدين مانع قوي الا يرى الى كفر آبائه مع ظهور دلائل التوحيد وقد تقدم في الحضانة ان الامة احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يالف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله ولقائل ان يقول هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مومن خير من مشرك بان قال فيه بحث لانا لا نقول ان الايمان ليس خيرا من الاشراك حتى يخالف بل نقول كما ان ذلك خير كذلك شرف الحرية خير من ذل الرقية وكسب الاسلام في وسعه دون كسب الحرية فالنظر للصبي يقتضي الحكم بحريته انتهى اقول ليس مراد صاحب العناية ان هذا مخالف للكتاب بمجرد دلائل الباب على ان صفة الايمان خير من صفة الاشراك حتى يفيد ما ذكره ذلك البعض بل مراده انه مخالف للكتاب لدلالته على ان العبد المومن وان كان رقيقا خير من المشرك وان كان حرا اما على كون الامة والعبد في قوله تعالى ولامة مومنة خير من مشركة وقوله تعالى ولعبد مومن خير من مشرك محمولين على ظاهرهما اعني الرقيق والرقيقة كما يشعر به قول بعض كبار المفسرين في تفسير ذلك المقام من النظم الشريف يعني ان المومن لو كان معه خساسة الرق خير من الكافر ولو كان معه شرف الحرية فان شرفها لا يجدي نفعا مع الكفر ودناءة الرق لا يضر مع شرف الايمان انتهى فالامر ظاهر واما على كون الامة والعبد فيما بمعنى عبد الله وامته شاملين للحر والحرة ايضا كما ذهب اليه صاحب الكشاف واصراره حيث قال وفي تفسير الآيتين المذكورتين اي الامة مومنة حرة كانت او مملوكة وكذلك العبد مومن لان الناس كلهم عبيد الله وامائه انتهى فلان الرقيق المومن يندرج حينئذ في عبد مومن قطعا فيكون خيرا من مشرك وان كان حرا او دلالة ظاهر الدليل المذكور في مسئلتنا على ان الكافر النائل شرف الحرية مع كون كسب الايمان في وسعه خير من الرقيق المحكوم باسلامه تبعا مع حرمانه عن الحرية فظهر المخالفة للكتاب وهذا توجيه كلام صاحب العناية على وفق مرامه فلا يتوجه عليه البحث المذكور ثم قال صاحب العناية ويمكن ان يجاب عنه بان قوله تعالى ادعوهم لآبائهم لو يجب دعوة الاولاد لآبائهم ودعي النسب اب لان دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان وفي الاحاديث الدالة على الرحمة بالصبيان نظر لكثرة فكانت

وان كانت دعوتهما دعوة النبوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اولى النظرين **قال** واذا ادعت امرأة صبيا انه ابنها لم تجز دعوتها حتى تشهد امرأة على الولادة ومعنى المسئلة ان يكون امرأة ذات زوج لانها تدعى تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل

اقوى من المانع وكذا الاباحة والاصل عدمه الا يرى الى انتشار الاسلام بعد الكفر في الآفاق وترك الحضانة لا يلزم رق فيقلع منها بخلاف ترك النسب هنا فان الصبي بعده الى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة انتهى اقول فيه بحث لان كون مدعى النسب بالاول المسئلة فذكره هنا عود الى المصادرة وقوله لان دعوته لا تحتمل النقض ليس بشيء لان دعوته انما لا تحتمل النقض بعد ان كانت مقبولة بحسب الشرع راجحة على دعوى المسلم وهو اول المسئلة ايضا وقوله وفي الاحاديث الدالة على الرجحة بالصبيان نظر الهاكرة فكانت اقوى من المانع كلام خال عن التحصيل هنا لان وجوب الرجحة بالصبيان والنظر لهم مما لا شبهة فيه لاحد لكن الكلام فيما لا يؤدي الى الالف بالكفر المانع عن الاسلام مناف للرجحة بهم والنظر لهم فلا معنى لقوله وكانت اقوى من المانع كما لا يخفى ثم ان صاحب الكفاية وتاج الشريعة قالا في شرح قول المص ولا تعارض اي بين دعوى الرق ودعوى النسب بجواز ان يكون عبدا لواحد وابنا لآخر انتهى فكانهما اخذا هذا المعنى مما ذكره صاحب الكافي حيث قال ولو كان صبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو حر ابن النصراني ان ادعيا معا ولو كانت دعوتهما دعوة النبوة فالمسلم اولى والفرق انهما في دعوى النسب استويا فترجح المسلم بالاسلام لان القضاء بالنسب من المسلم قضاء باسلامه فيما نحن بصدده لا تعارض بين الدعوتين اعني دعوى الرق ودعوى النسب لانه يجوز ان يكون عبدا لواحد وابنا لآخر حتى يثبت الترجيح بالاسلام انتهى اقول فيه نظر لان الذي يدعيه النصراني في مسئلتنا هو بنوة الصبي له حرا لا مطلق بنوته له وان الذي يحكم به هو ثبوت نسب الصبي منه حرا كما صرح به في وضع المسئلة لا ثبوت نسبه منه عبدا للآخر والا لزم الجمع بين قوليهما والحكم لهما معا بل لما تصور النزاع بينهما راسا ولا شك ان بين دعوى الرق وبين دعوى النسب على الحرية تعارضا بينا فلا يتم التقريب ثم ان في تحرير المص مانعا آخر عن الحمل على هذا المعنى وهو ان قوله لان نظر الصبي في هذا او فرائح لا يصلح ان يكون دليلا على قوله ولا تعارض على تقدير كون مراده بوجه عدم التعارض بهذا المعنى فكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير تحرير المص فقال بعد كلامه المذكور على وجه التنوير الا يرى ان الترجيح بالاسلام واحد في النسب نظر الصغير ونظر الصبي في هذا او فرائح اما صاحب الكفاية فلم يرد على شرحه المذكور شيئا آخر وكانه غافل بالكلية واما تاج الشريعة فقد تنبه لهذا وتداركه ولهذا حيث قال على هذا يكون قوله لان نظر الصبي في هذا او فرائح دليلا على قوله فهو ابن النصراني لا دليلا على نفي المعارضة وقال كذا سمعته من الامام الاستاذ انتهى لكن يرد عليه ان المص قد ذكر الدليل على قوله فهو ابن النصراني وهو حر بقوله لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض فلو كان قوله لان نظر الصبي الخ دليلا على ذلك ايضا لكان دليلا ثانيا فكان حقه ان يذكره بالواو لا ان يحمل الثاني على تعليل المعلل فتامل **ولو كانت دعوتهما** اي دعوة المسلم والكافر دعوة النبوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اولى النظرين اي الصبي نقض هذا بغلام نصراني بالغ ادعى على النصراني وتصرانية انه ابنها وادعى مسلم ومسلمة انه ابنهما واقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعوتان مع ان بينة الغلام اولى ولم يترجح جانب الاسلام واجيب بان البينتين وان استويا في اثبات النسب بفراش النكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه يثبت حقا لنفسه لان معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لان الولد يعير بعدم الاب المعروف والوالدان لا يعيران بعدم الولد وبينة من تثبت حقا لنفسه اولى وفيه نظر لانه اضعف من الاسلام في الترجيح لا محالة والجواب انه يقوى بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي لانه اشبه المدعيين لكونه يدعي حقا لنفسه كذا في العناية اقول لقائل ان يقول ان تقوي هذا بذلك النص قد يقوي رجحان الاسلام بالف نص منها قوله صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى قال اي محمد رحمه الله في الجامع الصغير واذا ادعت امرأة صبيا انه ابنها لم تجز دعوتها حتى تشهد امرأة على الولادة قال المص اتفاقا اشار عامة المشايخ في تقييد هذه المسئلة ومعنى المسئلة ان تكون المرأة ذات زوج اي معنى هذه المسئلة ان يكون المرأة ذات زوج وادعت انه ابنها من هذا الزوج وانكر الزوج ذلك لانها تدعي تحميل النسب على الغير وهو الزوج فلا تصدق الا بحجة يعني ان المرأة تقصد الزام النسب على الزوج والالزام لا بد له من الحجة وسبب لزوم النسب وان كان قائما وهو النكاح لكن الحاجة الى اثبات الولادة والنكاح لا يوجب الولادة لا محالة ولا تثبت الولادة وتعيين الولد الا بحجة فلا بد لها من حجة كذا في الكافي وغيره بخلاف الرجل اي الزوج حيث يصدق في دعوى الولد

لانه يتحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد اما النسب يثبت بالفراش القائم
وقد صح ان النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت معتدة فكان من حجة تامة عند ابي حنيفة رح وقد مر في الطلاق وان لم تكن
منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها الزوج
فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة لان الزوج التزم نسبه فاغنى ذلك عن الحجة وان كان الصبي في ايديهما وزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنهما من غيره فهو ابنهما

من غير شهادة اصلا وان انكرت المرأة لانه يتحمل نفسه النسب وفي بعض النسخ يحمل على نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها اي في دعوة المرأة في المسألة المارة لان الحاجة
الى تعيين الولد بانه الذي ولدته تلك المرأة وشهادة القابلة حجة فيه لانه مما لا يطلع عليه الرجال فيقبل فيه قول النساء اما النسب يثبت بالفراش القائم يعني اما النسب فيثبت
بالفراش القائم في الحال فلا حاجة الى اثباته حتى يلزم الحجة التامة وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة فكانت حجة فيها ولو كانت معتدة
فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رحمه الله يعني هذا الذي ذكرناه فيما اذا كانت منكوحة اما اذا لم تكن منكوحة ولكن كانت معتدة وادعت النسب على الزوج احتاجت
الى حجة تامة عند ابي حنيفة رح وهي شهادة رجلين او رجل وامرأتين الا اذا كان هناك حبل ظاهر واعتراف من قبل الزوج وقالا يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة
وقد مر في الطلاق اي في باب ثبوت النسب من كتاب الطلاق فان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها اي من غير بينة اصلا لان فيها
الزاما على نفسها دون غيرها وفي هذا الفرق بين الرجل والمرأة هذا ما ذهب اليه عامة المشايخ واختاره المص ومنهم من اجرى المسألة على اطلاقها وقال لا يقبل
قولها سواء كانت ذات زوج او لم تكن عملا باطلاق ما ذكر محمد رحمه الله وفرق بين الرجل والمرأة حيث جازت دعوة الولد منه بلا بينة ولم تجز منها بدون
البينة وجه الفرق ان الاصل ان كل من ادعى معنى لا يمكنه اثباته بالبينة لان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعي معنى يمكنه اثباته بالبينة لا يقبل فيه قوله
الا بالبينة وبيان هذا ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق فادعت المرأة الدخول وكذبها لا تصدق الا ببينة لامكان اثباته بالبينة ولو علق
طلاقها بحيضها والمسألة بحالها يقبل قولها من غير بينة لمكان العجز عن الاثبات بالبينة ففي ما نحن فيه يمكن للمرأة اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد
منها مما يشاهد ويعاين فلا بد لها من بينة ولا كذلك الرجل لانه لا يمكنه اقامة البينة على الاعلاق والاحبال لمكان الخفاء والتغيب عن عيون الناظرين فلا يحتاج
اليها كذا في الشروح اقول فيه بحث اما اولا فلان الرجل وان لم يمكنه اثبات الاعلاق والاحبال الا انه يمكنه اثبات النسب اذ قد تقرر في كتاب الشهادة انه يجوز
للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه بالسماع ممن يثق به في مواضع عديدة منها النسب وليس من ضرورة ادعاء الرجل ولد امته وثبوت نسبه ثبوت وقوع
الاعلاق والاحبال منه البتة والا لما تيسر اثبات دعوة النبوة من الرجل اصلا اي لو كان هناك منازع شرعي اذ لا يمكنه اثبات الاعلاق والاحبال قطعا مع ان
مسائل التنازع بين الرجلين في بنوة ولد واثباتها منه عما اكثر من ان تحصى فظهر ان المقصود من ادعاء الرجل بنوة ولد نسبه منه دون ثبوت وقوع الاعلاق و
الاحبال منه فلما امكنه اثبات نسبه منه لزمه ايضا اقامة البينة على الاصل المذكور في وجه الفرق فلا يتم المطلوب واما ثانيا فلان الوجه المذكور للفرق المزبور مما لا يجري
في مسئلتنا لان كون المدعي حالا يمكن للمدعي اثباته بالبينة انما يقتضي احتياج المدعي الى اقامة البينة اذا وجد هناك من يكذبه فيكذبه ما ادعاه كما في الصورة المذكورة للبيان واما في مسئلتنا وان كان مما يمكنها اثباته بالبينة انما يقتضي احتياج المدعي الى اقامة البينة كما بين الا انه حالما ينكره احد لان كلامنا فيما اذا لم يوجد من يكذبها بان لم تكن
منكوحة ولا معتدة ولهذا قال المص في تعليل المسألة لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها انتهى فكيف يتصور القول باحتياجها الى اقامة البينة فتدبر وان كان لها
زوج وزعمت انه ابنهما منه اي ادعت ان الولد ابنهما من ذلك الزوج وصدقها اي وصدق الزوج اياها فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة اي وان لم تشهد امرأة على
الولادة يعني لا حاجة هنا الى شهادة القابلة لانه اي الزوج التزم نسبه اي نسب الولد فاغنى ذلك عن الحجة لان النسب يثبت بمجرد اقرار الزوج بلا دعوى المرأة اذ ليس
فيه تحميل النسب على الغير ومع دعوى المرأة اولى وهذه المسألة من مسائل الجامع الصغير وان كان الصبي في ايديهما اي في ايدي الزوجين فزعم الزوج انه ابنه من
غيرها اي زعم الزوج ان الصبي ابنه من امرأة اخرى لها وزعمت انه ابنهما من غيره اي وزعمت المرأة انه ابنهما من زوج آخر كان لها فهو ابنهما اي لان الصبي ابنهما معا
هذا اذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه وان كان يعبر عن نفسه فالقول لما يصدق تثبت نسبه منه بتصديقه كذا في علامة الشروح وعزاه صاحب الغاية الى شرح الطحاوي

جهان ظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما او لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب
في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة
وههنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها **قال** ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم خاصمه لان ولد المغرور
فان المغرور امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رض ولان النظر من الجانبين واجب

ثم ان هذه المسئلة المذكورة في الكتاب من مسائل الجامع الصغير ايضا قال المص رح في تعليلها لان الظاهر ان الولد منهما اي من الزوجين اللذين كان الولد في ايديهما
لقيام ايديهما او لقيام الفراش بينهما اقول فيه شيء وهو ان قيام الفراش بينهما لا يدل على تعيين الولد وانما يدل على ثبوت النسب بعد تعيين الولد اي بعد ثبوت
ولادته من تلك الزوجة ولهذا لم يجز دعوات امرأة ذات زوج صبيا انه ابنها اذا لم يصدقها الزوج ما لم تشهد امرأة على الولادة كما مر آنفا ففي مسئلتنا ايضا ينبغي ان
يكون كذلك فتامل ثم كل منهما اي من الزوجين يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه اي على صاحبه يعني لا يقبل قوله في حق صاحبه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول
كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه حيث لا يصدق واحد منهما في ابطال حق صاحبه بل يكون الثوب بينهما فكذا ههنا الا ان هناك يدخل المقر له في
نصيب المقر اي يصير ما حصل للمقر بينه وبين المقر له نصفان لان المحل وهو الثوب يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها اعلم ان المناقضة في دعوى النسب
غير مانعة لصحة الدعوى حتى ان الصبي اذا كان في يد امرأة فقال رجل هو ابني منك من زنا وقالت من نكاح ثم قال الرجل من نكاح يثبت النسب منه وكذا اذا قال هو ابني من
نكاح منك وقالت هو ابنك مني من زنا لم يثبت النسب منه لعدم اتفاقهما في النكاح فان قالت بعد ذلك هو ابنك مني من نكاح يثبت لما قلنا ان المناقضة
لا تبطل دعوى النسب كذا ذكره الامام التمرتاشي وذكر في الايضاح ان دعوى النسب انما لا يبطل بالتناقض لان التناقض انما يكون بين المتساويين والمساواة
فان دعوى النسب اقوى من النفي وذكر فيه ايضا اذا تصادق الزوجان على ان الولد من الزنا من فلان فالنسب ثابت من الزوج لان سبب ثبوت النسب قائم
وهو الفراش والنسب يثبت حقا للصبي فلا يقبل تصادقهما على ابطال النسب وكذلك لو كانت المنكوحة امته او كان النكاح فاسدا لان الفراش قد وجد كذا في النهاية
ومعراج الدراية اقول الذي نقل عن الايضاح اولا من تعليل عدم بطلان دعوى النسب بالتناقض محل نظر منا وتقصان فتامل قال اي محمد رح في الجامع الصغير
في كتاب القضاء ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده يعني ولدت ولدا من المشتري فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم الخصومة وكذا اذا ملكها بسبب
آخر غير الشرى اي سبب كان وكذا اذا تزوجها على انها حرة فولدت له ثم استحقت نص عليه الامام الزيلعي رح في شرح الكنز وسيفهم من نفس الكتاب لانه ولد المغرور فان
المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين باي سبب كان مثل الشرى والهبة والصدقة والوصية كذا في معراج الدراية وغيرها او نكاح عطف على يمين والمعنى اي
معتمدا على ملك نكاح فتلد منه اي تلد المرأة ممن يطأها ثم تستحق بان يظهر بالبينة كونها امة وههنا ثم تفسير ولد المغرور وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رض
عنهم فانه لا خلاف بين الصدر الاول وفقهاء الاقطار ان ولد المغرور حر الاصل ولا خلاف ايضا بين السلف انه مضمون على الاب الا ان السلف اختلفوا في كيفية
ضمانه فقال عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه ينكح الغلام بالغلام والجارية بالجارية يعني ان كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية
مثلها وقال علي بن ابي طالب رضي الله تعالى عنه عليه قيمة الولد واليه ذهب اصحابنا لانه قد ثبت بالنص ان الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل وتاويل حديث عمر رض
يفك الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية كذا في العناية اقول يرد على ظاهره ان اختلاف السلف في كيفية ضمان ولد المغرور وقول عمر رض بضمان مثله دون
قيمته ينافي ما ذكره المص من ان ولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة فكيف يصلح ما ذكر في العناية لان يكون شرحا وبيانا لما ذكره المص ويمكن الجواب عنه بان
يقال ان اختلافهم في كيفية ضمانه اختلاف بحسب الظاهر دون الحقيقة بناء على احتمال ان يكون المراد بحديث عمر رض يفك الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية
فحاصل الشرح والبيان ههنا ان السلف وان اختلفوا في كيفية ضمانه بحسب الظاهر من اقوالهم الا ان الخلاف مرتفع في الحقيقة بتاويل كلام عمر رض وتبين مراده
على وفق التقنين النص الدال على ان الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل ولان النظر من الجانبين واجب اذ المغرور بنى امره على سبب صحيح في الشرع فاستوجب النظر والاتم
ملك المستحق والولد منفرع عن ملكه فاستوجب النظر ايضا فوجب الجمع بين حقيهما بقدر الامكان وذا بان يحيي حق المستحق في معنى المملوك ويحيي حق المغرور في صورته

[illegible]

كذا في الكافي فيجعل الولد حرا لاصل في حق ابيه فيبقى في حق مدعيه نظرا لهما ودفعا للضرر عنهما ثم الولد حاصل في يده اي في يد المغرور من غير صنعه اي من غير فعله
كذا في العناية فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة فانه اما تلف في يد الغاصب عندنا لا يضمنه الغاصب الا بالمنع فلهذا اي فلان المغرور لا يضمن الولد الا بالمنع تعتبر
قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع وذكر في شرح الطحاوي يغرم قيمة الولد يوم القضاء لان الولد لم يعلق في حق المستولد حرا ولا يعلق في حق المستحق رقيقا فلا يحول حقه
من العين الى البدل الا بالقضاء فيعتبر قيمة الولد يوم القضاء كذلك كذا في النهاية ومعراج الدراية ثم اعلم ان ولد المغرور انما يكون حرا بالقيمة اذا كان المغرور حرا اما
اذا كان مكاتبا او عبدا اذونا له في التزوج يكون ولده عبدا للمستحق خلافا لمحمد رح وسيجيء ذلك في كتاب المكاتب كذا في غاية البيان ولو مات الولد يعني لو مات ولد المغرور
قبل الخصومة لا شيء على الاب اي ليس على الاب شيء من قيمته لانعدام المنع اذ المنع انما يتصور بعد الطلب فاذا هلك قبل الطلب لم يوجد سبب ضمانه كما لو هلك ولد المغصوبة
عند الغاصب فانه لا يضمن قيمته كذا في الكافي وكذا لو ترك مالا اي وكذا لو ترك ولد المغرور مالا سيرا لابيه فاخذه ابوه لا يجب على الاب للمستحق من قيمة الولد شيء لان
المنع لم يتحقق الا عن الولد لما مر ولا عن بدله لان الوارث ليس ببدل عنه فلم يجعل سلامة الارث كسلامة نفسه والمال لابيه لانه اي الولد حر الاصل في حقه اي
في حق ابيه كما مر فيرثه فان قيل الولد وان كان حر الاصل في حق ابيه الا انه رقيق في حق مدعيه فينبغي ان يكون المال مشتركا بينهما قلنا الولد طلق حر الاصل
في حق المدعي ايضا ولهذا لا يكون الولاء له وانما قدرنا الرق في حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدوه موضعها كذا في الشروح والكافي قوله
ينافي هذا الجواب ظاهر ما ذكر في شرح الطحاوي على ما نقلناه آنفا فليتامل في التوفيق او الترجيح ولو قتله الاب يغرم قيمته اي يغرم قيمته بالوجود المنع بالقتل كذا لو قتله
غيره فاخذ ديته اي فاخذ الاب ديته لان سلامته بدله اي لان سلامة بدل الولد وهو ديته للاب كسلامة اي كسلامة الولد نفسه ومنع بدله كمنعه اي ومنع بدل
الولد كمنع الولد نفسه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا واما اذا لم ياخذ الاب ديته من القاتل فلا يضمن شيئا لانه لم يمنع الولد اصلا اي لا حقيقة ولا حكما نص عليه
فخر الدين قاضيخان وغيره في شروح الجامع الصغير وذكر في المبسوط فان قضى له بالدية فلم يقبضها لم يؤخذ بالقيمة لان المنع لم يتحقق فما لم يصل الى يده من
البدل فان قبض من الدية قدر قيمة المقتول قضى عليه بالقيمة للمستحق لان المنع تحقق بوصول يده الى البدل فيكون منعه قدر قيمة الولد كمنعه الولد كذا في النهاية والكفاية
ويرجع بقيمة الولد على بائعه اي ويرجع الاب بما غرم من قيمة الولد على بائعه لانه اي بائعه ضمن له اي للمشتري سلامته اي سلامة المبيع عن العيب لا عيب فوق
الاستحقاق كذا في معراج الدراية ويساعده تقرير صاحب النهاية اقول يرد على ظاهر هذا الشرح انه لا شبهة في ان البائع ضامن للمشتري سلامة المبيع عن العيب
الا ان المبيع في مسئلتنا هي الام دون الولد فلا يتم التقريب فكان كثيرا من الشراح قصدوا دفع هذا فقالوا في بيان قول المص لانه ضمن له سلامته يعني ان الولد
جزء الام والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع اجزائه انتهى اقول ويرد على هذا الشرح ان البائع انما ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع اجزائه الموجودة عند
البيع لا الجزء الذي يحدث بعد البيع لان مثل هذا الجزء معدوم حين البيع ولا يصح ادخال المعدوم في عقد البيع اصلا فضلا عن ضمان سلامته عن العيب
ولا شك ان الولد في مسئلتنا ممن حدث بعد البيع والحق عندي في هذا المقام ان يطرح حديث الجزئية من البين ويقال في بيان مراد المص من قوله
المذكور ان البائع ضمن للمشتري سلامة الولد بواسطة ضمانه سلامة المبيع الذي هو الام عن العيب فان كون ولد الجارية غير سالم عن عيب الاستحقاق عيب نقص
الجارية ايضا لان من منافعها الاستيلاد وكون ولدها من مولاها حر الاصل من غير ان يستحقه احد وكان سلامتها عن العيب تلزمه لسلامة ولدها فضمان
البائع سلامتها ضمان لسلامته كما يرجع بثمنه قال صاحب الكفاية اي بالثمن الذي اداه المشتري الى البائع والضمير للمشتري وقيل بثمن للمشتري اذا استحق
وثمن الولد تصور شراؤه واستحقاقه انتهى واختار صاحب العناية من بين هذه المعاني الثلثة المعنى الوسطاني حيث قال كما يرجع بثمنه اي بثمن المبيع وهو الام

بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع والله اعلم بالصواب

كتاب الاقرار

لان المغرور يشملها انتهى واقول لا يخفى على ذى فطرة سليمة ان هذا هو المعنى الوجيه ههنا ولكن فى تذكير الضمير نوع صدول عن الظاهر ولهذا قال فى الوقاية وغيرها ورجع بها كثمنها بتانيث الضمير اى ورجع بقيمة الولد كثمن الام بخلاف العقر يعنى ان المغرور لا يرجع على بائعه بعقر وجب عليه واخذ منه المستحق لانه اى لان العقر لزمه اى لزم المغرور لاستيفاء منافعها اى لاستيفاء منافع الجارية المستحقة اى منافع نصفها فلا يرجع به على البائع اذ لو رجع به سلم له المستوفى مجانا والوطى فى ملك الغير لا يجوز ان يسلم للواطى مجانا كذا فى النهاية وغيرها

كتاب الاقرار

ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يتفرع من الكتب من الاقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب وذلك لان دعوى المدعى اذا توجهت الى المدعى عليه فامره لا يخلو اما ان يقر او ينكر وانكاره بسبب الخصومة والخصومة مستدعية للصلح قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما وبعد حصل له من المال اما بالاقرار او بالصلح فامر صاحب المال بماله لا يخلو اما ان يستريح منه اولا فان استريح فلا يخلو اما ان يستريح بنفسه او بغيره وقد ذكر استرباحه بنفسه فى كتاب البيوع للمناسبة التى ذكرناها هناك بما قبله وذكر ههنا استرباحه بغيره وهو المضاربة وان لم يستريح فلا يخلو اما ان يحفظه بنفسه او بغيره وانما ذكر حفظه بنفسه لانه لم يتعلق به حكم فى المعاملات فبقى حفظه بغيره وهو الوديعة كذا فى الشروح ثم ان محاسن الاقرار كثيرة منها اسقاط واجب الناس عن ذمته وقطع الخصوم عن مدمته ومنها ايصال الحق الى صاحبه وتبليغ المكسوب الى كاسبه فكان فيه انتفاع صاحب الحق وارضاء خالق الخلق ومنها احماد الناس المقر بصدق القول ووصفهم اياه بوفاء العهد وانالة النول ثم ان المنول ههنا احتياجا الى بيان الاقرار لغة وشريعة وبيان قوله وسببه وشرطه وركنه وحكمه ودليل كونه حجة اما الاقرار لغة فهو افعال من قر الشئ اذا ثبت فالاقرار اثبات لما كان مستنزلا بين الاقرار والجحود كذا فى النهاية ومعراج الدراية واما شريعة فهو اخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه كذا فى الكافى وعامة المتون والشروح وقال فى العناية الاقرار مشتق من القرار فكان فى اللغة عبارة عن اثبات ما كان مستنزلا وفى الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق انتهى اقول لقد اصاب صاحب العناية فى بيان معنى الاقرار لغة ولم يصب فى بيان معناه شريعة اما الاول فلان اخذ الاقرار فى تعريف معنى الاقرار لغة كما فعله صاحب النهاية ومعراج الدراية مع كونه مؤديا الى المصادرة فما يحتمل به المعنى اذ لا معنى لكون اثبات ما كان متنزلا بين الشيئين الخصوصين هو احد ذينك الشيئين كما لا يخفى وايضا الظاهر ان الاقرار فى اللغة ليس بخصوص باثبات تنزل بين الشيئين الخصوصين بل هو عام لاثبات كل ما تنزل بين الشيئين مطلقا كما يدل عليه اخذ اشتقاقه وهو القرار بمعنى الثبوت مطلقا واما الثانى فلان الاخبار عن ثبوت الحق يتناول الدعوة والشهادة ايضا وانما يمتاز الاقرار الشرعى عنهما بتعيين المقر على نفسه فان الدعوى اخبار عن ثبوت الحق لنفسه على الغير والشهادة اخبار عن ثبوت الحق للغير على الغير فاذا زيد فى تعريف الاقرار الشرعى قيد للغير على نفسه كما فعله عامة الفقهاء يخرج عنه الدعوى والشهادة واما اذا اطلق وقيل هو عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق كما فعله صاحب العناية فيدخل فيه الدعوى والشهادة فيختل التعريف ثم اقول فى تعريف العامة ايضا شئ اما اولا فلانه قد تقرر فى كتب الاصول ان التصرفات اما اثبات كالبيع والاجارة والهبة ونحوها واما اسقاطات كالطلاق والعتاق والعفو عن القصاص ونحوها ولا يخفى ان الاخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه لا يصدق على الاقرار بقسم الاسقاطات مطلقا فيلزم ان لا يكون تعريفهم المذكور جامعا واما ثانيا فلان اقرار المكره لآخر بشئ من الحقوق غير صحيح شرعا على ما صرحوا به مع انه يصدق عليه انه اخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه فيلزم ان لا يكون تعريفهم المزبور مانعا ويمكن ان يجاب عن الثانى بان كون اقرار المكره غير صحيح شرعا انما يقتضى ان لا يكون اقرارا صحيحا شرعا لا ان لا يكون اقرارا مطلقا فى الشرع فيجوز ان يكون مقصودهم تعريف ما يطلق عليه الاقرار فى الشرع سواء كان صحيحا او فاسدا وعن هذا ترى التعريفات الشرعية

قال واذا اقر الحر العاقل البالغ بحق لزمه اقراره ما كان ما اقر به او معلوما اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق

لكثير من العقود كالبيع والاجارة ونحوهما يتناول الصحيح منه والفاسد حتى ان كثيرا منهم تركوا قيد التراضي في تعريف البيع بحسب الشرع ليتناول بيع المكره كسائر البياعات الفاسدة كما صرحوا به في موضعه واما سبب الاقرار فارادة اسقاط الواجب عن ذمته باخباره واعلامه لئلا يبقى في تبعة الواجب واما شرطه فسياتي في الكتاب واما ركنه فالالفاظ المذكورة فيما يجب به موجب الاقرار واما حكمه فظهور ما اقر به لا ثبوته ابتداء الا يرى انه لا يصح الاقرار بالطلاق والعتاق مع الاكراه والانشاء يصح مع الاكراه عندنا ولهذا قالوا لو اقر لغيره بمال والمقر له يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له اخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى الا انه يسلمه بطيب من نفسه فيكون تمليكا مبتدأ على سبيل الهبة والملك يثبت للمقر له بلا تصديق وقبول ولكن يبطل برده والمقر له اذا صدقه ثم رده لا يصح رده كذا في الكافي وغيره وقال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه وحكمه لزوم ما اقر به على المقر وعلى اظهار الخبر به لغيره لا التمليك به ابتداء ويدل عليه مسائل احدها ان الرجل اذا اقر بعين لا يملكه لا يصح اقراره حتى لو ملكه المقر يوما من الدهر يؤمر بتسليمه الى المقر له ولو كان الاقرار تمليكا مبتدأ لما صح ذلك لانه لا يصح تمليك ما ليس بمملوك له والثانية ان الاقرار بالخمر للمسلم يصح حتى يؤمر بالتسليم اليه ولو كان تمليكا مبتدأ لم يصح والثالثة ان المريض الذي لا دين عليه اذا اقر بجميع ماله لاجنبي صح اقراره ولا يتوقف على اجازة الورثة ولو كان تمليكا مبتدأ لم ينفذ الا بقدر الثلث عند عدم اجازتهم والرابعة ان العبد المأذون اذا اقر لرجل بعين في يده صح اقراره ولو كان الاقرار سببا للملك ابتداء كان تبرعا من العبد وهو لا يجوز في الكثير واما دليل كونه حجة على المقر فالكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول اما الكتاب فقوله تعالى وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا بيانه ان الله تعالى امر بالاملاء على من عليه الحق فلو لم يلزمه بالاملاء شيء لما امر به والاملاء لا يتحقق الا بالاقرار وايضا نهى عن الكتمان وهو آية على لزوم ما اقر به كما في نهي الشهود عن كتمان الشهادة وقوله تعالى قال اقررتم واخذتم على ذلكم اصري قالوا اقررنا بيانه انه طلب منهم الاقرار فلو لم يكن الاقرار حجة لما طلبه وقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم قال المفسرون شهادة المرء على نفسه اقراره وقوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة قال ابن عباس رضي الله عنه اي شاهد بالحق واما السنة فما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا باقراره بالزنا والغامدية باعترافها وقال في قصة العسيف واغد يا انيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فاثبت الحد بالاعتراف والحديثان مشهوران في كتب الحديث فلو لم يكن الاقرار حجة لما ثبت الحد به واذا كان حجة فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون حجة في غيره اولى واما الاجماع فان المسلمين اجمعوا على كون الاقرار حجة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير واما المعقول فان الخبر كان مترددا بين الصدق والكذب في الاصل ولكن ظهر رجحان الصدق على الكذب لوجود الداعي الى الصدق والصارف عن الكذب لان عقله ودينه يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب ونفسه الامارة بالسوء بما تحمله على الكذب في حق الغير اما في حق نفسه فلا فصار عقله ودينه وطبعه دواعي الى الصدق زواجر عن الكذب فكان الصدق ظاهرا فيما اقر به على نفسه فوجب قبوله والعمل قال اي القدوري في مختصره واذا اقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه اي لزم المقر اقراره اي موجب اقراره او ما اقر به اقول يرد عليه النقض بما اذا اقر الحر البالغ العاقل بحق ثم كذبه فانه لا يلزمه اقراره فكان لا بد من ذكر الطائع ايضا لا يقال تركه اعتمادا على ظهور كون الطوع والرضى من شروط صحة الاقرار لانا نقول ليس ظهوره بمثابة ظهور اشتراط العقل والبلوغ اللذين هما مدار الاحكام كلها ولم يتركهما مجهولا كان ما اقر به او معلوما هذا ايضا لفظ القدوري يعني لا فرق في صحة الاقرار ولزومه بين ان يكون ما اقر به معلوما او مجهولا كما سياتي تفصيله قال المص رح اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق اراد بهذا التنبيه على ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيما مضى لا انشاء الحق ابتداء لئلا

وانه يلزم لو وقوعه دلالة الا ترى كيف الزم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ماعزا الرجم باقراره وتلك امرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر على غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد الماذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص

يرد الاشكال بعبارة الاقرار بحجر المسلم وغير ذلك من المسائل المبنية على كون الاقرار اخبارا عما ثبت فيما مضى لا انشاء في الحال كما بينا فيما مر ولم يرد بذلك تعريف الاقرار حتى يرد عليه انه يتناول الدعوى والشهادة ايضا فلم يكن مانعا عن دخول الاغيار كما زعمه بعض الشراح وانه لازم اي وان الاقرار يلزم على المقر ما اقر به لوقوعه اي لوقوع الاقرار دلالة اي دليلا على وجود الخبرية كما يشهد به الكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول على ما فصلناه فيما مر وقد اشار المصنف رح الى بعض منها بقوله الا ترى كيف الزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا الرجم باقراره اي باقراره بالزنا وتلك المرأة اي كيف الزم تلك المرأة وهي الغامدية الرجم باعترافها اي باعترافها بالزنا ايضا فاذا كان ملزما فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون ملزما في غيره اولى كذا قالوا اقول يرد على ظاهره منع اطلاق هذه الاولوية فان العبد المحجور عليه يصح اقراره بالحدود والقصاص ولا يصح اقراره بالمال على ما ذكره المصنف رح فيما يأتي فكان ملزما في حقه ما يندرئ بالشبهات دون غيره فتامل في الدفع وهو اي الاقرار حجة قاصرة على نفس المقر غير متعدية الى الغير لقصور ولاية المقر على غيره فيقتصر عليه اي على المقر نفسه حتى لو اقر مجهول الاصل بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق على اولاده وامهاتهم ومدبريه ومكاتبيه لانه قد ثبت حق الحرية او استحقاق الحرية لهؤلاء فلا يصدق عليهم بخلاف البينة فانها تصير حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فيتعدى الى الكل اما الاقرار فلا يقتصر الى القضاء فينفذ في حق المقر وحده كذا في الكافي وغيره واعلم ان هذا لا ينافي ما ذكروا ان الاقرار حجة شرعية فوق الشهادة بناء على انتفاء التهمة فيه لان القوة والضعف وراء التعدية والاقتصار فاتصاف الاقرار بالاقتصار على نفس المقر والشهادة بالتعدية الى الغير لا ينافي اتصافه بالقوة واتصافها بالضعف بالنسبة اليه بناء على انتفاء التهمة فيه ودونها وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا اي في المال وغيره فان العبد الماذون وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار حتى اذا اقر بدين لرجل او بوديعة او عارية او غصب يصح لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص قال صاحب العناية وكان هذا اعتذارا عن قوله اذا اقر الحر ولعله لا يحتاج اليه لانه قال اذا اقر الحر بحق لزمه وهذا صحيح واما ان غير الحر اذا اقر لزمه او لم يلزمه فساكت عنه ولا يرد عليه شيء اقول ليس ما ذكره بصحيح اذ قد صرحوا في مواضع شتى من هذا الكتاب وغيره بان التخصيص بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بلا خلاف حتى ان الشارح المذكور قال في اواخر فصل القراءة من باب النوافل من كتاب الصلوة فان قيل التخصيص بالذكر لا يدل على النفي قلنا ذلك في النصوص وفي الروايات انتهى فكيف يصح قوله ههنا واما ان غير الحر اذا اقر لزمه او لم يلزمه فساكت عنه ولو سلم ان لزوم اقرار غير الحر وعدم لزومه مسكوت عنه لا يقتضي نفي لزوم ذلك له بطريق مفهوم المخالفة لم يصح قوله فلا يرد عليه شيء اذ يرد عليه حينئذ استدراك قيد الحر فيحتاج الى الاعتذار عن ذكره وقال صاحب العناية ويصح ان يقال ليس بمعذرة وانما هو لبيان التفرقة بين العبيد في صحة اقاريرهم بالحدود والقصاص وحجر المحجور عن الاقرار بالمال دون الماذون انتهى اقول ليس هذا ايضا بصحيح اما اولا فلانه لا يشك العاقل الناظر الى قول المصنف رح ويشترط الحرية ليصح اقراره مطلقا الى اقراره في ان مراده به هو المعذرة عن ذكر قيد الحر لا لبيان التفرقة بين العبيد واما ثانيا فلانه لو كان قول المص رح هذا لبيان التفرقة بين العبيد لما كان لذكر قوله ويصح بالحدود والقصاص موقع اذ لا مدخل له في الفرق بينهم بل هو مخل به لانهم متحدون في صحة اقاريرهم بالحدود والقصاص فالمحل الصحيح لكلام المص رح ههنا على فرض ان لا يكون المقصود منه المعذرة انما هو بيان الفرق بين القيود الثلثة الواقعة في كلام المص رح فان قيد الحرية شرط صحة الاقرار مطلقا لا شرط صحة مطلق الاقرار بخلاف القيدين الآخرين اعني البلوغ والعقل تامل تقف ثم اقول بقي بحث في كلام المصنف رح اما اولا فلان كون العبد الماذون ملحقا بالحر في حق الاقرار كما يدل عليه قوله فان العبد الماذون وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار غير مسلم فانهم صرحوا بان العبد الماذون لا يصح اقراره بالمهر والكفالة وقيل الخطاء وقطع يد رجل عمدا او خطاء لانها ليست بتجارة وهو مسلط على التجارة لا غير ولا شك في صحة اقرار الحر

لان اقراره عهد موجبا تعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون له لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لانه يبقى على اصل الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه وكذا من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهليته للالتزام الا اذا كان الصبي ماذونا له لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن

تبلك الامور وكان العبد الماذون ممن لا يصح اقراره مطلقا بخلاف الحر اللهم الا ان يحمل قوله فان العبد الماذون وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار على الغرض والمبالغة هو اثانيا فلان اقرار العبد المحجور عليه بالمال باخذ في حق نفسه ويلزمه المال بعد الحرية وان لم يلزمه في الحال كما صرح به في كتاب الحجر في معنى نفي صحة اقراره بالمال ههنا بقوله لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال الا يقال مراده ههنا ان اقراره بالمال لا يصح في الحال لا انه لا يصح مطلقا فيوافق ما ذكره في كتاب الحجر لانا نقول لا شك ان مقصوده ههنا توجيه اشتراط الحرية في مسئلة الكتاب المذكور في جواب هذه المسئلة لزوم الاقرار مطلقا اي بلا التقييد بالحال فلا يتم التقريب وايضا عدم اللزوم في الحال يوجد في الحر ايضا كما اذا اقر بالديون المؤجلة وكما اذا اقر الانسان بعين مملوكة للغير فانه لا يلزمه في الحال واذا ملكها يوما فيلزمه ويومر بتسليمها الى المقر له على ان الذي ذكره المصنف رح ههنا عدم صحة اقرار العبد المحجور عليه بالمال لا عدم لزومه ولا يلزم من عدم لزوم اقراره بالمال في الحال كما ذكره في كتاب الحجر عدم صحة اقراره به في الحال فلا يتم التوفيق اللهم الا ان تحمل الصحة ههنا على اللزوم قال في البدائع واما الحرية فليست بشرط لصحة الاقرار فيصح اقرار العبد الماذون بالدين والعين لما بينا في كتاب الماذون وكذا بالحدود والقصاص كذا العبد المحجور يصح اقراره بالمال لكن لا ينفذ على المولى للحال حتى لا تباع رقبته بالدين بخلاف الماذون الا انه يصح اقراره في حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد الحرية لانه من اهل الاقرار لوجود العقل والبلوغ الا انه امتنع النفاذ على المولى للحال لحقه فاذا اعتق فقد زال المانع فيؤاخذ به وكذا يصح اقراره بالحدود والقصاص فيؤاخذ به للحال لان نفسه في حق الحدود والقصاص كالخارج عن ملك المولى ولهذا لو اقر المولى عليه بالحدود والقصاص لا يصح انتهى وقال في التبيين وكون المقر حرا ليس بشرط حتى يصح اقرار العبد وينفذ في الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص وفيما فيه تهمة لا يؤاخذ به في الحال لانه اقرار على الغير وهو المولى ويؤاخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو نظير ما لو اقر الحر لانسان بعين مملوكة لغيره لا ينفذ للحال واما اذا ملكها يوما يومر بتسليمها الى المقر له لزوال المانع انتهى قال المصنف رح في تعليل مجموع ما ذكره ههنا لان اقراره اي اقرار العبد المحجور عليه عهد اي عرف موجبا تعلق الدين برقبته لان ذمته ضعفت بالرق فالتحقت اليها مالية الرقبة كذا في الكافي وغيره وهي اي رقبة العبد المحجور عليه مال المولى فلا يصدق عليه اي على المولى لقصور الحجة بخلاف الماذون له لانه اي الماذون مسلط عليه اي على الاقرار من جهته اي من جهة المولى لاذن الاذن له بالتجارة اذن له بما لا بد منه التجارة وهو الاقرار اذ لو لم يصح اقراره لحسم عليه باب التجارة فان الناس لا يبايعونه اذا علموا ان اقراره لا يصح اذ لا يتيسر لهم الاشهاد في كل تجارة يعملونها معه كذا في مبسوط شيخ الاسلام والذخيرة وبخلاف الحد والدم اي القصاص لانه اي لان العبد يبقى على اصل الحرية في ذلك اي في الحد والدم بتاويل المذكور او بجواز استعمال ذلك في المشتق ايضا كما قالوا في قوله تعالى عدوان بين ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيما ذكر من الحد والقصاص لان وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الآدمية لا ينزل بالرق كذا في الشروح قال بعض الفضلاء هذا الاستدلال لا يندفع بالوقيل في اقراره بالقصاص اهلاك رقبته التي هي مال المولى فيكون اقرارا على الغير والاولى ان يستدل عليه بما في كتب الاصول انتهى اقول بل ذلك مدفوع لان المقصود بالقصاص اهلاك النفس واهلاك مالية رقبة العبد انما هو بالتبع فلا يكون اقراره بالقصاص اقرارا على الغير بالنظر الى ما هو المقصود منه اصالة ولا نفيه لزوم اهلاك مال الغير بالتبع اذ كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت اصالة وذكر في كتب الاصول ان العبد يصح منه الاقرار بالحدود والقصاص والسرقة المستهلكة لان الحيوة والدم حقه لاحتياجه اليهما في البقاء ولهذا لا يملك المولى ابطالهما ولا يخفى ان ما توهمه ذلك القائل يتوجه الى ما ذكر فيها ايضا والمخلص ما حققناه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهليته للالتزام فلا يلزم اقرارهما شيء الا اذا كان الصبي ماذونا له فحينئذ يصح اقراره في قدر ما اذن له فيه لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن

وجهالة المقر به لا يمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا لا يدرى قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او بقي
عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر له لان المجهول لا يصح مستحقا ويقال الا
بين المجهول لان التجهيل من جهته فصار كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره
وذلك بالبيان **قال** فان قال لفلان علي شيء لزمه ان يبين ما له قيمة لانه اعتبر عن الوجوب في ذمته ولا قيمة له لا يجب فيها
فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا **قال** والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك

لاختيار رأيه برأي الولي فيعتبر كالبالغ والنائم والمغمى عليه كالمجنون لانهما ليسا من اهل المعرفة والتمييز وهما شرطان لصحة الاقرار واقرار السكران جائز بالحقوق
كلها الا بالحدود والخالصة والردة بمنزلة سائر التصرفات تنفذ من السكران كما تنفذ من الصاحي كذا في الكافي ومعراج الدراية وجهالة المقر به لا تمنع صحة
الاقرار يعني لو كان المقر به مجهولا بان قال المقر لفلان علي شيء او حق يصح الاقرار ويلزمه ما اقر به لان الحق قد يلزمه مجهولا يعني ان الحق قد يلزم الانسان مجهولا
بان اتلف مالا لا يدرى قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها لان الواجب في الجراحات ان يتأتى حولا فلا يعلم في الحال موجبه او تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به
اي بما بقي من الحساب علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به اي فيصح بكون المقر به مجهولا فان قلت الشهادة اخبار عن ثبوت الحق ايضا ومع ذلك
تمتنع صحتها بجهالة المشهود به فما الفرق بينهما قلت الشرع لم يجعل الشهادة حجة الا بعد العلم بالمشهود به قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون
وقال النبي صلى الله عليه وسلم اذا رأيت مثل الشمس فاشهد والا فدع وان الشهادة لا توجب حقا الا بانضمام القضاء اليها والقضاء بالمجهول لا يتصور
اما الاقرار فموجب بنفسه قبل اتصال القضاء به وقد امكن ازالة الجهالة بالاجبار على البيان فيصح بالمجهول ولهذا لا يصح الرجوع عن الاقرار ويصح الرجوع عن
الشهادة قبل اتصال القضاء بها كذا في المبسوط بخلاف الجهالة في المقر له يعني انها تمنع صحة الاقرار فان المجهول لا يصح مستحقا ذكر شيخ الاسلام في مبسوطه
والناطفي في واقعاته ان جهالة المقر له انما تمنع صحة الاقرار اذا كانت متفاحشة بان قال هذا العبد لواحد من الناس اما اذا لم يكن متفاحشة بان قال هذا العبد
لاحد هذين الرجلين فلا تمنع ذلك وقال شمس الائمة السرخسي لا يصح الاقرار في هذه الصورة ايضا لانه اقرار للمجهول وانه لا يفيد لان فائدة الجبر على البيان
ولا يجبر على البيان هنا لانه انما يجبر ليصل الحق وهو مجهول وفي الكافي والاصح انه يصح لانه يفيد اذ فائدته وصول الحق الى المسمى وطريق الوصول ثابت لانهما اذا اتفقا
على اخذه فلهما حق الاخذ انتهى قال في شرح الطحاوي وكذلك جهالة المقر تمنع صحة الاقرار نحو ان يقول لرجل لك علي احد الف درهم لان المقضي عليه
مجهول وهكذا ذكر في كثير من شروح هذا الكتاب نقلا عن اقول في تمثيل جهالة المقر بالمثال المذكور نظر اذ الظاهر ان الجهالة فيه في المقر عليه لا في المقر له
متيقن وهو المتكلم والاولى في تمثيل ذلك ان يقال نحو ان يقول لرجل احد من جماعة او من اثنين لك علي الف ولا يدري ايهم او ايهما قال وكذلك يقال
له بين المجهول هذا لفظ القدوري في مختصره يعني يقال للمقر فيما اقر مجهول بين المجهول لان التجهيل من جهته اي من جهة المقر يعني ان الاجمال وقع من جهته
فعليه البيان ولكن لا بد من ان يبين شيئا يثبت دينا في الذمة قل او كثر نحو ان يبين حبة او فلسا او جوزة او ما اشبه ذلك اما اذا بين شيئا لا يثبت
في الذمة فلا يقبل منه نحو ان يقول عنيت حق الاسلام او كفي من تراب او نحوه كذا في شرح الطحاوي وذكر في غاية البيان فصار كما اذا اعتق احد
عبديه اي فصار اقراره بالمجهول كما اذا اعتق احد عبديه في وجوب البيان عليه فان لم يبين اي فان لم يبين المقر ما اجمله اجبره الحاكم على البيان
لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره بالباء للمجاوزة وفي بعض النسخ بصريح اقراره وذلك اي الخروج بما لزمه بصحيح اقراره بالبيان لا غير وبه قال الشافعي رح
ومالك رح واحمد رح وعن الشافعي رح في قول ان وقع الاقرار المبهم في جواب دعوى وامتنع عن التفسير يحبس ذلك انكارا منه ويعرض اليمين عليه فان نكل جعل
ناكلا عن اليمين وحلف المدعي وان اقر ابتداء يقال للمقر له ادع عليه فاذا ادعى او اقر او انكر يجري عليه حكمه كذا في معراج الدراية فان قال لفلان علي شيء
لزمه ان يبين ما له قيمة هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف رح في تعليله لانه اخبر عن الوجوب في ذمته كما يدل عليه لفظه على لانها للايجاب والالزام وما لا قيمة
له لا يجب فيها اي في الذمة فاذا بين غير ذلك اي غير ما له قيمة يكون رجوعا عن الاقرار فلا يقبل قال اي القدوري في مختصره والقول قوله اي قول المقر مع يمينه
ان ادعى المقر له اكثر من ذلك اي مما بينه يعني اذا بين المقر ما له قيمة فيما يثبت في الذمة مكيلا كان او موزونا او عدديا نحو حنطة او فلس او جوزة فاما ان يساعده

لانه هو المنكر فيه وعلى الاول لفلان على حق مالا وكذا الوقال اغتصبت منه شيئا وجب ان يبين ما هو مال لجريان التعامل بتعويله

المقر له او لا فان ساعده اخذه وان لم يساعده بل ادعى عليه الزيادة فالقول قول المقر مع يمينه لانه اي لان المقر هو المنكر فيه اي فيما يدعي عليه المقر له من الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه قال المصنف وكذا اذا قال لفلان على حق اي لزيد هنا ايضا ان يبين ماله قيمة لما بينا انه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها وذكر في المحيط والمستزاد ولو قال الرجل لفلان على حق ثم قال مفصولا عنيت به حق الاسلام لا يصدق وان قال موصولا يصدق لانه بيان يعتبر باعتبار العرف لانه لا يراد به في العرف حق الاسلام وانما يراد به حقوق مالية كذا في الكافي وكذا لو قال غصبت منه شيئا هذه من مسائل المبسوط ذكرها الحسن تفريعا على مسئلة القدوري يعني لو قال غصبت من فلان شيئا صح اقراره ولزمه البيان ايضا والحاصل ان كل تصرف لا يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة صحيح وذلك كالغصب والوديعة فان الجهالة لا تمنع تحقق الغصب والوديعة فان من غصب من رجل مالا مجهولا في كيس او اودعه مالا مجهولا في كيس فانه يصح الغصب والوديعة ويثبت حكمهما وكل تصرف يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة لا يصح وذلك كالبيع والاجارة فان من اقر انه باع من فلان شيئا او اجر من فلان شيئا او اشترى من فلان كذا شيئا لا يصح ولا يجبر المقر على تسليم شيء وهذا لان اثبات بالاقرار كاثبات معاينة ولو عاينا انه باع منه شيئا مجهولا لا يجب تسليم شيء بحكم هذا البيع لكونه فاسدا فكذا اذا ثبت بالاقرار ولو عاينا انه غصب شيئا مجهولا في كيس يجبر على الرد فكذا اذا ثبت بالاقرار واذا صح الاقرار بالغصب مع الجهالة يجبر المقر على البيان حقا على المقر له كذا في الكافي والمحيط البرهاني ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التعامل تعويلا على العادة اي اعتمادا عليها واعلم انه ذكر في المبسوط رجل قال غصبت من فلان شيئا فالاقرار صحيح ويلزمه به ما بينه ولا بد من ان يبين شيئا هو مال لان الشيء حقيقة اسم لما هو موجود مالا كان او غير مال الا ان لفظ الغصب دليل على المالية فيه فان الغصب لا يرد الا على ما هو مال وما ثبت بدلالة اللفظ فهو كالملفوظ كقوله اشتريت من فلان شيئا يكون اقرارا بالشراء ما هو مال لان الشراء لا يتحقق الا فيه ولا بد ان يبين ما لا يجري فيه التعامل بين الناس حتى لو فسره بحبة حنطة لا يقبل ذلك منه لان اقراره بالغصب دليل على انه كان ممنوعا من جهة صاحبه حتى غلب عليه فغصبه وهذا مما يجري فيه التعامل فاذا بين شيئا بهذه الصفة قبل بيانه لان هذا بيان مقرر لاصل كلامه وبيان التقرير يصح موصولا كان او مفصولا ويستوي ان يبين شيئا يضمن بالغصب او لا يضمن بعد ان يكون بحيث يجري فيه التعامل حتى اذا بين ان المغصوب خمرا فالقول قوله وكذلك ان بين ان المغصوب دارا فالقول قوله وان كانت لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة رحمه الله واختلفت المشائخ فيما اذا بين ان المغصوب زوجته او ولده فمنهم من يقول بيانه مقبول لانه موافق لمبهم كلامه فان لفظ الغصب يطلق على الزوجة والولد عادة والتعامل فيه يجري بين الناس اكثر مما يجري في الاموال واكثرهم على انه لا يقبل بيانه هذا لان حكم الغصب لا يتحقق الا فيما هو مال فبيانه بما ليس بمال يكون انكارا لحكم الغصب بعد اقراره بسببه وذلك غير صحيح منه الى هنا لفظ المبسوط وصرح في الايضاح وغيره بان الاول وهو مقبول بيانه بان المغصوب زوجته او ولده اختيار مشائخ العراق والثاني وهو عدم قبول بيانه بذلك اختيار مشائخ ما وراء النهر واذ قد عرفت ذلك تبين لك ان المصنف رحمه الله اختار هنا قول مشائخ ما وراء النهر حيث قال ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التعامل تعويلا على العادة يعني ان مطلق اسم الغصب ينطلق على اخذ مال متقوم في العرف هذا قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وكذا لو قال غصبت منه شيئا وجب عليه ان يبين ما هو مال حتى لو بين ان المغصوب زوجته او ولده لا يصح وهو اختيار مشائخ ما وراء النهر وقيل يصح وهو اختيار مشائخ العراق والاول اصح لان الغصب اخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال ولا بد ان يبين ما يجري فيه التعامل حتى لو بين في حبة حنطة او في قطرة ماء لا يصح لان العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت كذبة له في بيانه ولو بين في العقار او في خمر المسلم يصح لانه مال يجري فيه التعامل فان قيل الغصب اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف او عدم قبول البيان فيهما

ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه لانه هو المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير لان كل ذلك مال وانه اسم يتمول به الا انه لا يصدق في
اقل من درهم لانه لا يعد مالا عرفا ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم لانه اقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والتقدير بما لا عظيم
حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغنى عظيم عند الناس وعن ابي حنيفة رح انه لا يصدق في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لانه عظيم حيث يقطع به اليد المحترمة وهذا مثل جواب الكتاب

فالجواب ان ذلك حقيقة وقد ترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف في موضعه وقد اشار اليه بقوله تعويلا على العادة الى هنا كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان صحة
ما ذكره في هذا الجواب من ان حقيقة الغصب ترك بدلالة العادة تنافي صحة ما ذكره في تعليل الصحيح اختيار مشائخ ماوراء النهر فيما لو بين ان المغصوب وجنا وولده
من ان الغصب اخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال لان مشائخ العراق يقولون ان لفظ الغصب ينطلق على الزوج والولد عادة والتمانع فيه يجري بين الناس
اكثر مما يجري في الاموال كذا صرح به في المبسوط وغيره وليس معنى هذا القول منهم الا ان حقيقة الغصب ترك في ذلك بدلالة العادة فكيف يصح تعليل الصحيح اختيار
مشائخ ماوراء النهر فيه بان الغصب اخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال واما ثانيا فلان قوله وقد اشار اليه بقوله تعويلا على العادة لا يكاد يصح لان قول المصنف رح
تعويلا على العادة علة لوجوب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع ومعناه ان حقيقة الغصب وان تناولت ما يجري فيه التمانع من الاموال وما لا يجري فيه
التمانع منها الا ان العادة خصصته بالاول فلا بد ان يبين ذلك ومقصوده الاحتراز عما لو بين حبة حنطة او قطرة ماء فانه لا يصح قطعا واما ان حقيقة الغصب
ترك بدلالة العادة الى ما هو اعم منها فلا اشارة اليه في كلامه اصلا وكيف ولو صح ذلك عنده وكان في كلامه اشارة اليه لما صح القول منه بوجوب ان
يبين مالا اذ العادة جارية قطعا على اطلاق لفظ الغصب على ما ليس بمال كالزوجة والولد اطلاقا جاريا على اللغة لا على حقيقته الشرعية وبالجملة ان كلام المصنف رح
ههنا مسبوق على ما هو مختار مشائخ ماوراء النهر دون مختار مشائخ العراق وفيما ذكره صاحب العناية خلط المذهبين ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في
بيانه وهذا لفظ القدوري في مختصره يعني لو قال احد في اقراره لفلان علي مال فالمرجع الى المقر في بيان قدر المال قال المصنف رح في تعليله لانه المجمل يعني
ان المقر هو المجمل والمرجع في بيان المجمل الى المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير وهذا من تتمة كلام القدوري قال المصنف في تعليله لان كل ذلك مال فانه اي
المال اسم لما يتمول به وذلك موجود في القليل والكثير ثم قال المصنف رح الا انه اي المقر لا يصدق في اقل من درهم والقياس ان يصدق فيه ايضا لانه مال
وفي الاستحسان لا يصدق فيه وجه ترك الحقيقة بدلالة العرف وقد اشار اليه بقوله لانه اي الاقل من درهم لا يعد مالا عرفا فان ما دون الدرهم من المكسور لا يطلق
اسم المال عليه عادة كذا في المبسوط قال الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد ولو قال له علي مال كان القول قوله فيه ودرهم مال
ثم قال وهذا اللفظ يوهم انه لا يقبل قوله اذا بين اقل من درهم وقال بعضهم ينبغي ان يقبل قوله في البيان لان اسم المال ينطلق على نصف درهم وسدس درهم
كما ينطلق على الدرهم ثم قال والصحيح انه لا يقبل لان المال الذي يدخل تحت الالتزام والاقرار لا يكون اقل من درهم وهذا ظاهر في حكم العادة فحملنا عليه انتهى كلامه
وقال الناطفي في واقعاته وفي نوادر هشام قال محمد رح لو قال لفلان علي مال له ان يفسر بدرهم ثم قال وقال في الهارونيات لو قال لفلان علي مال هو على
عشرة دراهم جياد لا يصدق في اقل منه في قول ابي حنيفة رح وزفر رح وقال ابو يوسف رح يصدق في ثلثة دراهم ولا يصدق في اقل منه الى هنا لفظ الاجناس
ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم هذا لفظ القدوري يعني لو قال لفلان علي مال عظيم فعليه ما يجب فيه الزكوة وهو مائتا درهم وقال الشافعي رح
هو مثل الاول قلنا فيه الغاء لوصف العظم فلا يجوز وقد اشار المصنف رح اليه بقوله لانه اقر بمال موصوف والموصوف بمال بوصف العظم فلا يجوز الغاء الوصف بل لا بد من البيان
بما يعد عظيما عند الناس والنصاب مال عظيم في الشرع والعرف حتى اعتبر صاحبه غنيا به فاوجب عليه مواساة الفقراء والغنى عظيم عند الناس فكان فيما قلنا رعاية
حكم الشرع والعرف وهذا قول ابي يوسف رح ومحمد رح ولم يذكر في الاصل قول ابي حنيفة رح في هذا الفصل فاختلف رواية المشائخ عنه فيه فاراد المصنف رح بيان ذلك فقال
وعن ابي حنيفة رح اي روي عنه انه اي المقر في هذا الفصل لا يصدق في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة ونصاب المهر ايضا لانه اي لان هذا النصاب عظيم
حيث يقطع به اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم وعنه اي عن ابي حنيفة رح مثل جواب الكتاب اي مثل ما ذكر في مختصر القدوري من انه لا يصدق في اقل من

وهذا اذا قال من الدراهم اما اذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي الابل بالخمس وعشرين لانه ادنى النصاب يجب فيه من جنسه
وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب ولو قال اموال عظام والتقدير بثلثة نصب من جنس ما سماه اعتبارا لادنى الجمع ولو قال
دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة وعند ابي حنيفة رح وعندهما لم يصدق في اقل من مائتين

مائتي درهم قال في غاية البيان وهو الصحيح لانه لم يذكر عددا حتى تجب مراعاة اللفظ فيه فاوجبنا التعظيم من حيث المعنى وهو المال الذي يجب فيه الزكوة لانه
اقل مال له خطر في الشرع انتهى وذكره صاحب العناية ايضا تقبل خلافا لقوله لانه اقل مال له خطر في الشرع اقول فيه بحث لان التعليل المذكور لا يفيد كون ما في
هذه الرواية هو الصحيح لان ايجاب التعظيم من حيث المعنى او مقرر على كلتي الروايتين وانما النزاع في ان ذلك التعظيم اذا هل هو نصاب الزكوة ام نصاب
السرقة والمهر فقوله وهو المال الذي يجب فيه الزكوة غير مسلم على الرواية الاخرى وكذا قوله لانه اقل مال له خطر في الشرع اذ لصاحبها ان يقول بل هو المال
الذي يجب فيه قطع اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم وهو اقل مال له خطر في الشرع فلم يتم التقريب قال شمس الائمة السرخسي رح والاصح على قول ابي حنيفة رح
ينبغي على حال المقر في الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم واضعاف ذلك عند الغني حقير وكما ان المائتين عظيم في حكم الزكوة فالعشرة عظيم في حكم قطع يد السارق
وتقدير المهر بها فوقع التعارض فيرجع الى حال المقر كذا في فتاوى قاضيخان وذكر في بعض الشروح وهذا اي ما ذكر من انه لا يصدق في اقل من مائتي درهم اذا قال
من الدراهم اي اذا قال على مال عظيم من الدراهم سواء قال كذلك ابتداء او قال في الابتداء له على مال عظيم ثم بين مراده من المال العظيم بالدراهم فقول
صاحبي النهاية ومعراج الدراية في شرح قول المصنف رح هذا اذا قال من الدراهم اي بين وقال ان مرادي بالمال العظيم الدراهم لا يخلو عن تقصير اما اذا
قال من الدنانير اي اذا قال ذلك ابتداء او ثانيا عند البيان فالتقدير فيها اي في الدنانير بالعشرين اي بعشرين مثقالا لانه نصاب الزكوة في الذهب وفي
الابل بخمس وعشرين يعني وفيما اذا قال من الابل لتقدير بخمس وعشرين ابلا لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه كعشرين مثقالا في الدنانير ومائتي درهم في
الدراهم والحاصل انه اذا بين بجنس من الاجناس الاموال الزكوة فالمعتبر اقل ما يكون نصابا في ذلك الجنس فان قيل ينبغي ان يقدر في الابل بجنس قال
لانه يجب فيها شاة فكان صاحبها غنيا فلنا هي مال عظيم من وجه حتى يجب فيها الزكوة وليست بمال عظيم من وجه حتى لا يجب فيها من جنسها فاعتبرنا ما وجب
ليكون عظيما مطلقا اذ المطلق منصرف الى الكامل كذا في الكافي وفي بعض الشروح وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب يعني وفيما اذا بين بغير مال الزكوة يقدر
بقيمة النصاب اي بقدر النصاب قيمة ولو قال اموال عظام اي ولو قال على اموال عظام بصيغة الجمع فالتقدير بثلثة نصب من جنس ما سماه اي من اي نوع
سماه حتى لو قال من الدراهم كان التقدير بثلثمائة درهم ولو قال من الدنانير كان بثلثين مثقالا ولو قال من الابل كان بخمس وسبعين الى غير ذلك من الاجناس
وانما كان كذلك اعتبارا لادنى الجمع فان ادنى الجمع ثلثة فيحمل على ثلثة اموال عظام وهي ثلثة نصب من جنس ما سماه ولو قال على مال نفيس او كريم او خطير او جليل
قال الناطفي لم اجد منصوصا وكان الحرجاني يقول يلزمه مائتان كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الايضاح والذخيرة وفي غاية البيان نقلا عن
الفتاوى الصغرى قال شمس الائمة البيهقي في كفايته عن ابي يوسف رح قال لفلان علي دراهم مضاعفة يلزمه ستة لان اقل الدراهم ثلثة والتضعيف اقله
مرة فيضعف مرة قال له علي دراهم اضعافا مضاعفة او قال مضاعفة اضعافا عليه ثمانية عشر لان الاضعاف جمع الضعف فيضاعف ثلثة ثلث مرات فتكون
تسعة وقوله مضاعفة يقتضي ضعف ذلك فيقتضي ثمانية عشر وفي الصورة الاولى الدراهم المضاعفة ستة واضعافها ثلث مرات فيكون ثمانية عشر قال علي عشرة دراهم
واضعافها مضاعفة عليه ثمانون درهما لان اضعاف العشرة ثلثون فاذا ضعفت الى العشرة كان اربعين فاذا ضعفها مضاعفة فيكون ثمانين ولو قال دراهم كثيرة
اي لو قال لفلان علي دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة دراهم هذا لفظ القدوري قال المصنف رح وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يصدق في اقل
من مائتين وعند الشافعي رح يصدق في ثلثة دراهم ولا يصدق في اقل من ذلك وكذلك لو قال لفلان علي دنانير كثيرة لم يصدق عند ابي حنيفة رح في اقل
من عشرة دنانير وعندهما في اقل من عشرين مثقالا وعند الشافعي رح في اقل من ثلثة دنانير كذا ذكر في الخلاف شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وقال القدوري

لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غنيٍّ بخلاف ما دونه ولان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع
يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما فيكون هو لاكثر من حيث اللفظ فيصرف اليه

في كتاب التقريب روى ابن سماعة عن ابي يوسف رح عن ابي حنيفة رح مثل قولهما وجه قول الشافعي رح انه وصف الدراهم مثلا بصفة لا يمكن العمل بها وهي الكثرة
فيلغو ذكرها وذلك لان اثبات صفة الكثرة والقدر من المقادير الكثيرة على التعيين غير ممكن لا باعتبار الحقيقة ولا باعتبار العرف ولا باعتبار الحكم اما من حيث الحقيقة فلان
الكثرة امر اضافي يصدق بعد الواحد على كل عدد واما من حيث العرف فلان الناس متفاوتون في ذلك فكم من كثير عند قوم قليل عند الآخرين واما من حيث
الحكم فلان حكم الشيء يتعلق تارة بالعشرة عند البعض وبما دونه عند الآخر كما في نصاب السرقة والمهر ويتعلق تارة بالمائتين كما في نصاب الزكوة وحرمة الصدقة
ويتعلق تارة بالاكثر من المائتين كما في الاستطاعة في الحج في الاماكن البعيدة فلم يكن العمل بها اصلا فاذا تعذر العمل بها لغا ذكرها فيحمل بقوله دراهم وينصرف الى ثلثة وجه قول
ابي يوسف رح ومحمد رح ما اشار اليه المصنف رح بقوله لان صاحب النصاب يعني صاحب الزكوة مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بدفع زكوته والتصدق على الفقير
بخلاف ما دونه النصاب فان صاحبه مقل ولهذا لم يلزمه مواساة غيره قال صاحب العناية في تقرير دليلهما وقالا امكن العمل بها اي بالكثرة حكما لان في النصاب
كثرة حكمية فالعمل به اولى من الالغاء انتهى اقول فيه نظر لان نصاب الزكوة وان كان له كثرة في ترتب حكم وجوب الزكوة الا ان نصاب السرقة والمهر هو العشرة
عنده له ايضا كثرة في ترتب حكم ثبوت قطع اليد واستباحة البضع وكذا الاكثر من المائتين لما يحصل به الاستطاعة في الحج من الاماكن البعيدة له كثرة في
حكم ترتب وجوب الحج فوقع التعارض بين هاتيك الكثرات الحكمية فلم يكن العمل باحدها على التعيين فقوله لان في النصاب كثرة حكمية لا يجدي شيئا وهو ظاهر وكذا قوله
فالعمل به اولى من الالغاء لان اولوية العمل به من الالغاء لا يستلزم اولوية العمل به من العمل لما فيه كثرة اخرى فلا يتم المطلوب قال صاحب العناية في تقرير دليلهما
ولابي يوسف رح ومحمد رح ان العمل بهذه الصفة وان تعذر من حيث الحقيقة والعرف كما قال الشافعي رح امكن العمل بها حكما ولا يلغى من كلام العاقل ما امكن تصحيحه
فيجب حمل الكثرة على الكثير من حيث الحكم حتى لا تلغو هذه الصفة فصار كانه قال لفلان علي دراهم كثيرة حكما والدراهم الكثيرة حكما من كل وجه ما تدرهم لانها كثيرة شرعا
في حق القطع والمهر ووجوب الزكوة وحرمة الصدقة واما العشرة ان كانت كثيرة في حق القطع وجواز النكاح ففي حق حرمة الصدقة ووجوب الزكوة قليل ومطلق الاسم
ينصرف الى الكامل من ذلك الاسم لا الى الناقص واقل ما يطلق عليه اسم الكثرة حكما من كل وجه مائتا درهم فاما العشرة بين القليل والكثير من حيث الحكم فكان ناقصا
من حيث الكثرة حكما انتهى كلامه اقول فيه ايضا نظر لان ما بسطه وان افاد في الظاهر اولوية حمل الدراهم الكثيرة على المائتين من حملها على العشرة لكن لم يفد
اولوية حملها على المائتين من حملها على الاكثر من المائتين مما يترتب عليه حكم وجوب الحج من الاماكن البعيدة كما ادعى نفسه ايضا في تقرير دليل الشافعي رح
بل افاد اولوية العكس لان الاكثر من المائتين هو الذي تحقق فيه الكثرة حكما من كل وجه فانه كثير في حق وجوب الحج ايضا من الاماكن البعيدة واما المائتان
فهو بين القليل والكثير بالنظر الى حكم الحج من الاماكن البعيدة فكان ناقصا من حيث الكثرة حكما فلم يتم المطلوب تامل قوله اي ولابي حنيفة رحمه الله ان العشرة اقصى
ما ينتهي اليه اسم الجمع اي عند كونه مميزا للعدد يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما يعني ان العدد اذا جاوز العشرة يصير مميزه مفردا لا جمعا فيكون
اي العشرة حينئذ الاكثر من حيث اللفظ اي من حيث ان اللفظ عليه فينصرف اليه لان العمل مما دل عليه اللفظ اذا كان ممكنا ولم يوجد مانع من الصرف اليه لا يعدل الى غيره كذا في
العناية لا يقال ينبغي ان يصدق فيما بين الثلثة والعشرة لانه كثير لانا نقول لما ذكر الكثرة صار كذكر الجنس فيستغرق اللفظ ما يصلح له كذا في غاية البيان
اقول بقي هنا شيء وهو ان كون العشرة اقصى ما ينتهي اسم الجمع انما هو عند التمييز ان اسم الجمع بالعدد بان يكون مميزا له كما بينا عليه آنفا لا عند انفراده
عنه فانه يجوز ان يراد بجمع الكثرة حال الانفراد ما فوق العشرة الى ما لا نهاية له كما لا يخفى على العارف في اللغة ومسئلتنا مفروضة في حال انفراد الدراهم عن ذكر
العدد فما معنى اعتبار حكم حال الاقتران فيها التبعة قال صدر الشريعة في شرح العناية في تعليل قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة لان جمع الكثرة اقله عشرة

ولو قال دراهم فهي ثلثة لانها اقل الجمع الصحيح الا ان يبين اكثر منها لان اللفظ يحتمله وينصرف الى الوزن المعتاد

قوله ليس ذلك بصحيح اما اولا فلان جمع الكثرة اقله احد عشر لا عشرة على ما تصرح في علم النحو قال الفاضل الرضي قالوا مطلق الجمع على ضربين قلة وكثرة والمراد بالقلة من الثلثة الى العشرة والحدان داخلان وبالكثير ما فوق العشرة انتهى واما ثانيا فلانه لو كانت علة قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة كون اقل جمع الكثرة عشرة لزم ان لا يصدق ايضا عنده في اقل من عشرة فيما اذا قال له علي دراهم بدون ذكر وصف الكثرة مع انه يصدق هناك في ثلثة بالاتفاق كما سياتي والاولى في تعليل قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة ما ذكره صاحب الغاية حيث قال ولابي حنيفة رح ان الكثرة من حيث الحكم غير مذكور ايضا وانما ثبت ضرورة ان لا تصغر منه الكثرة لغوا فان العمل بها باعتبار الحقيقة والصرف متعذر وما ثبت مقتضى صحة الغير يثبت ادنى ما يصح به الغير وادنى ما يثبت به الكثرة من حيث الحكم عشرة دراهم فان القطع متعلق شرعا بالكثير من المال لا بالقليل على ما روي انه كان لا يقطع في الشيء التافه ثم اعتبر النصاب في حق القطع واستباحة البضع عشرة فيلزمه عشرة انتهى قال الشيخ ابو نصر البغدادي والفرق لابي حنيفة رح بين قوله دراهم كثيرة وبين قوله مال عظيم ان قوله دراهم كثيرة يفيد العدد لان الكثرة تكون بزيادة العدد فاعتبر الكثرة التي ترجع الى العدد وقوله مال عظيم لا يضمن عددا فوجب ان يحمل على المستفهم لا من حيث العدد والعظيم والشرع ما يصير به عينا فيجب الزكوة فيه فاعتبر ذلك ولو قال دراهم فهي ثلثة هذا لفظ القدوري في مختصره يعني لو قال له علي دراهم وجب عليه ثلثة دراهم بالاتفاق قال المصنف في تعليله لانها اقل الجمع الصحيح يعني ان الدراهم جمع واقل الجمع الصحيح فيلزمه ثلثة لكونه متيقنا فيه بحث لانه ان كان لفظ الصحيح في قوله لانه اقل الجمع الصحيح صفة الجمع كما هو المتبادر من ظاهر التركيب يرد عليه ان الدراهم ليس بجمع صحيح بل هو جمع مكسر فلم يطابق الدليل المدعى وان كان صفة لاقل كما يشعر به قول صاحب الكافي لانه ادنى الجمع المتيقن عليه وقول صاحب الغاية لانه اقل الجمع الذي لا خلاف فيه بخلاف الثنتين يتجه عليه ان كون اقل الجمع ثلثة انما هو في جمع القلة دون جمع الكثرة فان اقل جمع الكثرة احد عشر كما مر بيانه الفاظ الدراهم جمع كثرة اذ قد تقرر في كتب النحو ان جميع امثلة جمع المكسر جمع كثرة سوى الامثلة الاربعة المعروفة وهي افعل وافعال وافعلة وفعلة عند الكل وسوى فعلة كافلة عند الفراء وسوى افعلا كاصدقا في نقل التبريزي ولفظ الدراهم ليس من احد هاتيك الامثلة فكان جمع كثرة قطعا فلم يتم المطلوب ثم اقول يمكن الجواب عن ذلك بوجهين من اختيار الشق الثاني من الترديد الاول ان الفاضل الرضي صرح بان كل جمع تكسير للرباعي الاصلي حروفه مشترك بين القلة والكثرة ولا شك ان الدراهم من هذا القبيل فما اشترك بين القلة والكثرة كان اقله المتيقن هو الثلثة فتم المطلوب والثاني ان المحقق التفتازاني قال في التلويح في اوائل مباحث اللفظ العام بعد تحقيق ما ذهب اليه اكثر الصحابة والفقهاء وائمة اللغة من ان اقل الجمع ثلثة واعلم انهم لم يفرقوا في هذا المقام بين جمع القلة وجمع الكثرة فدل ظاهره على ان التفرقة بينهما انما هي في جانب الزيادة يعني ان جمع القلة مختص بالعشرة فما دونها وجمع الكثرة غير مختص لانه مختص بما فوق العشرة وهذا ادق بالاستعمالات وان صرح بخلافه كثير من الثقات انتهى كلامه فيجوز ان يكون هذا الدليل المذكور على ما هو الادق بالاستعمالات وتقريرات اهل الاصول من كون التفرقة بين جمعي القلة والكثرة في جانب الزيادة لا في جانب النقصان فتدبر الا ان يبين اكثر منها هذا من تتمة كلام القدوري في مختصره يعني الا ان يبين المقر اكثر من الثلثة فحينئذ يلزمه ما بينه قال المصنف لان اللفظ اي لفظ الجمع يحتمله اي يحتمل الاكثر من الثلثة ولا تهمة فيه لكونه طلبه لاله وينصرف الى الوزن المعتاد اي الى الوزن المتعارف وهو غالب نقد البلد لان المطلق من الالفاظ ينصرف الى المتعارف كما مر في البيوع ولا يصدق في اقل من ذلك لانه يريد الرجوع عما اقتضاه كلامه قال في التحفة وان لم يكن فيه شيء متعارف يحمل على وزن سبعة فان الوزن المعتبر في الشرع وهكذا ذكر في الغاية وقال في البدائع وان كان الاقرار في بلد يتعاملون فيه بدراهم وزنها ينقص من وزن سبع لفيع اقراره على ذلك الوزن لانصراف مطلق الكلام الى المتعارف حتى لو ادعى وزنا

ولو قال له كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر درهما لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر
احد عشر ولو قال كذا وكذا لم يصدق في اقل من احد وعشرين لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف
واقل ذلك من المفسر احد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم

اقل من وزن بلده لا يصدق لانه يكون رجوعا ولو كان في البلد اوزان مختلفة يعتبر فيه الغالب كما في نقد البلد فان استوت يحمل على اقل الاوزان لانه متيقن به
والزيادة مشكوك فيها فلا يثبت مع الشك انتهى اقول بيان المذكورين في المختصر والبدائع في صورة التساوي تفاوت بل تخالف لا يخفى ولو قال له كذا درهما
لم يصدق في اقل من احد عشر درهما هذا لفظ القدوري في مختصره يعني لو قال له علي كذا كذا درهما لزمه احد عشر درهما ولم يعتبر قوله في اقل من ذلك قال المص في تعليله لانه
اي المقر ذكر عددين مبهمين اي ذكر لفظين هما كنايتان عن العدد المبهم ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك اي اقل ذلك ما كان عددين ليس بينهما حرف العطف من المفسر اي
من العدد المفسر اي المصرح به احد عشر واكثره تسعة عشر فانه يقال احد عشر الى تسعة عشر فيلزمه الاقل المتيقن من غير بيان مع الزيادة تقف على بيانه ولو قال كذا
وكذا درهما لم يصدق في اقل من احد وعشرين هذا ايضا لفظ القدوري في مختصره قال المص في تعليله لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد
وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره يعني ان لفظ كذا كناية عن العدد والاصل في استعماله اعتباره بالمفسر اي بالعدد الصريح فماله نظير في الاعداد المفسرة يحمل على
اقل ما يكون من ذلك النوع لكونه متيقنا فاذا قال له علي كذا كذا درهما فكانه قال له علي احد عشر درهما واذا قال له علي كذا وكذا درهما فكانه قال له علي احد وعشرون درهما ولو قال
كذا درهما فهو درهم هذه المسئلة ذكرها المص تفريعا على مسئلة القدوري ولم يذكرها محمد رحمه الله في الاصل يعني لو قال له علي كذا درهما فالواجب عليه درهم واحد لانه الا ان
درهما في قوله كذا درهما تفسير للمبهم اي تمييز للشيء المبهم وهو كذا لانه كناية عن العدد المبهم واقله المتيقن واحد فيحمل عليه وذكرت هذه المسئلة في بعض المعتبرات كالذخيرة والمحيط
والتتمة وفتاوى قاضيخان على خلاف ما ذكره المص فانه قال في الذخيرة والمحيط وفي الجامع الصغير اذا قال لفلان علي كذا درهما فعليه درهمان لان اقل ما يعد لان
الواحد لا يعد حتى يكون معه شيء آخر وقال في التتمة وفي الجامع الاصغر اذا قال كذا دينارا فعليه دينار ان لان هذا اقل ما يعد لان الواحد لا يعد حتى يكون معه شيء آخر وقال
في فتاوى قاضيخان لو قال لفلان علي كذا دينارا فعليه دينار ان لان كذا كناية عن العدد واقل العدد اثنان انتهى اقول فيما ذكر في تلك الكتب نظر لان عدم
كون الواحد من العدد انما هو في اصطلاح الحساب واما في الوضع واللغة فهو من العدد قطعا وعن هذا ترى ائمة اللغة والنحو قاطبة جعلوا اصول العدد
اي عشرة كلمة واحد الى عشرة ومائة والف وقال العلامة الجوهري في صحاحه الاحد بمعنى الواحد وهو اول العدد انتهى وقال المحقق الرضي في شرح الكافية لا خلاف
عند النحاة في ان لفظ واحد واثنان من اسماء العدد وعند الحساب ليس الواحد من العدد لان العدد عندهم هو الزائد على الواحد ومنع بعضهم ان يكون الاثنان
من العدد انتهى ولا شك ان كون كذا كناية عن العدد ليس بمبني على اصطلاح الحساب بل هو امر جار على اصل الوضع واللغة فكون اقل العدد اثنين عند
الحساب لا يقتضي كون الواجب على المقر في المسئلة المذكورة درهمين كما لا يخفى قال صاحب غاية البيان كان ينبغي ان يلزمه في هذه المسئلة احد عشر لانا اول
العدد والذي يتبع مميزه منصوبا واذا كان كذلك ينبغي ان لا يصدق في درهم والقياس فيه ما قال في مختصر الاسرار واذا قال له علي كذا درهما لزمه عشرون لانه ذكر كناية
وفسرها بدرهم منصوب وذلك يكون من عشرين الى تسعين فيجب الاقل وهو عشرون لانه متيقن انتهى كلامه وقال تاج الشريعة فان قلت ينبغي ان يجب احد عشر درهما
لانه اقل عدد يجيء مميزه منصوبا قلت الاصل براءة الذمة فيثبت الادنى المتيقن انتهى اقول جوابه ليس بتام لان كون الاصل براءة الذمة انما يقتضي كون الثابت ادنى
ما يحتمله لفظ المقر دون الادنى مطلقا كما لا يخفى ومعنى السؤال ان ادنى ما يحتمله لفظ المقر في هذه المسئلة انما هو احد عشر بدلالة كون المميز منصوبا فينبغي ان يكون الواجب عليه
احد عشر درهما وما ذكر في الجواب لا يدفعه قطعا ثم اقول الحق في الجواب ان يقال ان قوله كذا درهما وان كان نظير الاحد عشر درهما في كون المميز منصوبا لكن ليس
بنظير له في نفس ما غير المنصوب لان احد عشر عدد مركب لفظ كذا ليس بمركب فاذا لم يكن نفس كذا نظير نفس احد عشر لم يعد الاشتراك في مجرد كون مميزهما منصوبا
وهذا امر لا مرية به قال في الاختيار شرح المختار وقيل يلزمه عشرون وهو القياس لان كذا يذكر للعدد عرفا واقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون انتهى

ولو ثلث كذا بغير واو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه وان ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون وان ربع فزد عليه الف لان ذلك نظيره **قال** وان قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين لان على صيغة ايجاب

وذكره الامام الزيلعي رح في شرح الكنز نقلا عنه وقال صاحب معراج الدراية وما نقله ابن قدامة في المغني وصاحب المحلية عن محمد انه ذكر اذا قال كذا درهما لزمه عشرون عنده لانه اقل عدد يفسره الواحد المنصوب خلاف ما ذكر في الهداية والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضيخان كما ذكرنا ولم اجده في الكتب المشهورة لاصحابنا انتهى كلامه اقول كانه لم ير ما ذكر في مختصر الاسرار وشرح المختار او لم يعدهما من الكتب المشهورة لاصحابنا او اراد انه لم يجده منقولا عن محمد رح في الكتب المشهورة لاصحابنا ثم ان التعليل المذكور في المنقول المزبور وهو قوله لانه اقل عدد يفسره الواحد المنصوب قاصر في الظاهر لان اقل عدد يفسره الواحد المنصوب انما هو احد عشر دون عشرين فكان مراده انه اقل عدد غير مركب يفسره الواحد كما صرح به في غيره ان لم يكن لفظه مساعدا له قال المص ولو ثلث كذا بغير واو اي لو ذكر لفظة كذا ثلث مرات بغير واو فقال كذا كذا كذا درهما فاحد عشر اي فالذي يلزمه احد عشر درهما لا غير لانه لا نظير له سواه اي لا نظير له في الاعداد الصريحة سوى احد عشر يعني سوى ما كان اقله احد عشر فيحمل الاثنان من تلك الثلثة على احد عشر لكونهما نظيري عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك احد عشر ويحمل الواحد منها على التكرير والتاكيد ضرورة عدم الثلثة اعداد مجتمعة وذكرت بلا عاطف كذا قالوا وان ثلث بالواو وان قال كذا وكذا وكذا فمائة واحد وعشرين اي فالذي يلزمه هذا المقدار وان ربع بان قال كذا وكذا وكذا وكذا زاد عليها اي على مائة واحد وعشرين الف فيلزمه الف ومائة واحد وعشرون لان ذلك نظيره اي لان العدد الذي ذكرنا انه يلزم في صورتي التثليث والتربيع نظير ما ذكره المقر في تلك الصورتين اي اقل ما كان نظيرا له فحينئذ يكون قوله لان ذلك نظيره تعليلا لمجموع الصورتين كما هو الظاهر من عدم ذكر التعليل في صورة التثليث وتاخيره الى هنا ويحتمل ان يكون ذلك تعليلا للقريبة اعني صورة التربيع ويكون تعليل صورة التثليث متروكا لانفهامه مما ذكره في غيرها كما صرح به صاحب الكافي حيث قال ولو قال كذا وكذا وكذا درهما فمائة واحد وعشرون لانه اقل ما يعبر عنه بثلثة اعداد مع العاطف ولو ربع يزاد عليها الالف لان ذلك نظيره انتهى قال الامام الزيلعي في التبيين ولو خمس بالواو ينبغي ان يزاد عشرة آلاف ولو سدس تزاد مائة الف ولو سبع يزاد الف الف وعلى هذا كلما زاد عددا معطوفا بالواو وزيد عليه ما جرت العادة به الى ما لا يتناهى انتهى وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه هذا كله اذا قال بالنصب واما اذا قال درهم بالخفض بان قال كذا درهم يلزمه مائة درهم وقال هكذا روي عن محمد لانه ذكر عددا مبهما مرة واحدة وذكر الدرهم عقيبه بالخفض فيعتبر بعدد واحد مصرح به ليستقيم كذا ذكر الدرهم عقيبه بالخفض واقل ذلك مائة درهم وان قال كذا كذا درهم يلزمه ثلثمائة درهم لانه ذكر عددين مبهمين ولم يذكر بينهما واو العطف وذكر الدرهم عقيبهما بالخفض واقل ذلك من العدد المصرح ثلثمائة لان ثلثا عدد ومائة عدد وليس بينهما حرف العطف وليستقيم ذكر الدرهم بالخفض عقيبهما انتهى كلامه وقال الامام علاء الدين الاسبيجابي رح في شرح الكافي للحاكم الشهيد واذا اقر ان لفلان عليه كذا كذا درهما وكذا كذا دينارا فعليه من كل واحد منهما احد عشر لانه لو افرد كل واحد منهما في الذكر لزمه احد عشر فكذلك اذا جمع بينهما يلزمه من كل واحد احد عشر ولو قال له علي كذا كذا دينارا ودرهما كان عليه احد عشر منهما جميعا وكيف يقسم القياس ان يكون خمسة ونصف من الدراهم وخمسة ونصف من الدنانير الا انا نقول لو فعلنا ذلك ادى الى الكسر وليس في لفظه ما يدل على الكسر فجعل ستة من الدراهم وخمسة من الدنانير فان قيل هلا جعلت ستة من الدنانير وخمسة من الدراهم قلنا لان الدراهم اقل ما لية من الدنانير فصرفناه اليها احتياطا الى هنا كلامه قال اي قال محمد رح في الاصل وان قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسئلة في الجامع الصغير وانما ذكرها في الاصل اما وجه كونه مقرا بالدين في قوله له علي فما اشار اليه المصنف رح بقوله لان على صيغة ايجاب تقريره ان على كلمة خاصة للاخبار عن الواجب في الذمة واشتقاقها من العلو وانما يعلوه اذا كان دينا في ذمته لا يجد بدا من قضائه يلتجئ عنه كذا في النهاية وتقرير آخر ان الدين وان لم يذكر صريحا في قوله له علي فقد ذكر اقتضاء لان كلمة على يستعمل في الايجاب قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت ومحل الايجاب الذمة والثابت في الذمة الدين لا العين فصار مقرا بالدين لا العين كذا في غاية البيان وذكر في النهاية ايضا نقلا عن الامام المحبوبي واما وجه كونه

وقبلي يعني عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال رضوي في بعض نسخ المختصر في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول اصح ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة البتة في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما

مقرا بالدين في قوله قبلي فما اشار اليه بقوله وقبلي يعني عن الضمان لان هذا عبارة عن اللزوم الا يرى ان الصك الذي هو حجة الدين يسمى قبالة وان الكفيل يسمى قبيلا لانه ضامن للحال كذا في النهاية نقلا عن المبسوط على ما مر في الكفالة من انه تنعقد الكفالة بقبوله آثار القبيل لان القبيل هو الكفيل اقول هنا نظر وهو ان كون القبيل بمعنى الكفيل وقسمته بمعنى الضمان لا يقتضي كون قبلي نبيا عن الضمان لان كلمة قبل غير كلمة القبيل ولم يذكر في كتب اللغة مجيء الاولى بمعنى الثانية قط بل الذي ذكره ائمة اللغة في كتبهم وان قبل فلان بمعنى عنده وان قبلا بمعنى مقابلة وعيانا وانه يجيء قبل بمعنى طاقة فانهم قالوا رايته قبلا اي مقابلة وعيانا قال الله تعالى ويا تيهم العذاب قبلا اي عيانا ولي قبل فلان حق اي عنده ولي قبل اي طاقة واما استعمال كلمة قبل في معنى الضمان فلم يسمع منهم قط والحاصل ان كتب اللغة غير مساعدة لهذه الرواية في هاتيك المسئلة فتامل ولو قال المقر في قوله على او قبلي هو وديعة ووصل اي وصل قوله على او قبلي بقوله هو وديعة صدق لان اللفظ يحتمله اي يحتمل ما قاله مجازا اي من حيث المجاز حيث يكون المضمون حفظه اي حفظ المودع فان المودع ملتزم حفظ الوديعة والمال محله اي محل الحفظ فقد ذكر المحل وهو المال الوديعة واراد المحال وهو حفظه فجاز مجازا كما في قولهم نهر جار لكنه تغيير عن وضعه فيصدق موصولا لا مفصولا لانه صار بيان تغيير فيبان التغيير فيقبل موصولا لا مفصولا كما في الاستثناء

قال اي قال المصنف رضي الله عنه وفي نسخ المختصر يعني مختصر القدوري في قوله قبلي اي وقع في قول المقر قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما اي ينتظم الدين والامانة حتى صار قوله اي قول القائل لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا نص عليه محمد رح في الاصل حيث قال اذا قال لا حق له علي فلان بريء فلان مما هو مضمون عليه وان قال لا حق عنده فهو بريء مما اصله الامانة وان قال لا حق لي قبل فلان بريء مما عليه ومما عنده لان عنده قبله وما عليه قبله انتهى والامانة اقلهما هذا تتمة الدليل يعني ان الامانة اقل الدين والامانة فيحمل قول المقر عليها لكونها الادنى المتيقن قال المصنف رح والاول اصح اي ما ذكر في الاصل هو الاصح قال في الكافي والاول مذكور في المبسوط وهو الاصح لان استعماله في الديون اغلب واكثر فكان الحمل عليه اجدر وقال في معراج الدراية والاول وهو انه اقرار بالدين اصح ذكره في المبسوط وعلل بان استعماله في الدين اغلب واكثر فكان الحمل عليه اولى انتهى اقول لقائل ان يقول ينتقض هذا التعليل بما اذا قال لا حق لي قبل فلان فانه لم يحمل هناك على الدين خاصة بل جعل ابراء عن الدين والامانة جميعا بالاتفاق مع جريان هذا التعليل هناك ايضا ثم اقول يمكن دفع ذلك بامكان الفرق بين المسئلتين بان احدهما صورة الاثبات ولما لم يتيسر جمع اثبات الدين واثبات الامانة في شيء واحد حمل على ما هو الارجح منهما في هذه الصورة واما الاخرى فصورة النفي ولما تيسر جمع نفي الدين ونفي الامانة عن شيء حمل على نفيهما معا في تلك الصورة ويؤيد هذا الفرق ما ذكره المصنف رح في باب الوصية للاقارب وغيرهم من كتاب الوصايا حيث قال ومن اوصى لموالي له موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة ثم قال ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه انتهى كلامه واعلم انه كان قياس ترتيب وضع المسئلة ان يذكر اولا ما ذكره القدوري ثم يذكر ما ذكر في الاصل لان الهداية شرح البداية التي تجمع مسائل الجامع الصغير ومختصر القدوري والزوائد عليهما مذكورة على سبيل التفريع الا ان المصنف لما رأى ان الكلام المذكور في الاصل هو الاصح قدمه في الذكر ولهذا لم يذكر في البداية غير ما ذكر في الاصل ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة في يده وهذه كلها من مسائل الاصل قال المصنف في تعليلها لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده لا في ذمته وذلك اي ما كان في يده ينتج الى مضمون الامانة فثبت اقلهما وهو الامانة توضيحه ان هذه المواضع محل للعين لا للدين اذ الدين محله الذمة والعين يحتمل ان يكون مضمونة وامانة والامانة ادناهما فيحمل عليها للتيقن بها وهذا لان كلمة عند للقرب ومع للقران واعداهما المكان معين فيكون من خصائص العين ولا يحمل الدين باستعماله كونه في هذه الاماكن فاذا كنت من خصائص العين تعينت الامانة لما ذكرنا ولان هذه الكلمات في العرف والعادة يستعمل في الامانات ومطلق الكلام يحمل على العرف

لان محل الحفظ

لان بعض نسخ

ولو قال له رجل لي عليك الف فقال اترنيها او انقدنيها او اجلني بها او قد قضيتكها فهو اقرار لان الهاء في الاول والثاني كناية
عن المذكور في الدعوى فكان قال اترن الالف التي لي عليك حتى لو لم يذكر حرف الكناية كان اقرارا بالعدم انصراف الكلام الى المذكور والتاجيل انما يكون
حق الواجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الهبة لان التمليك يقتضي سابقة الوجوب وكذا لو قال احلتك بها على ان لا تخرج الى

كذا في التبيين فان قلت يشكل هذا بما اذا قال له قبلي مائة درهم دين وديعة او وديعة دين فانه اقرار بالدين لا بالامانة مع ان الامانة اقلهما قلت يتنوع الالفاظ الى
الضمان والامانة فيما نحن فيه انما نشأ من لفظ واحد وفي تلك المسئلة من لفظين والاصل ان احد اللفظين اذا كان للامانة والآخر للدين فاذا جمع بينهما في الاقرار
يترجح الدين كذا في المبسوط قال في النهاية بعد نقل هذا عن المبسوط وهذا المعنى وهو ان استعارة اللفظ الذي يوجب الدين لما يوجب الامانة ممكن لا على العكس لانه
حينئذ يلزم استعارة الادنى للاعلى وذلك لا يصح كما لا يصح استعارة لفظ الطلاق للعتاق واما في الاول فكان فيه استعارة الاعلى للادنى وهو صحيح كاستعارة العتق
للطلاق والاستعارة انما تصح في اللفظين لا في اللفظ الواحد المحتمل للشيئين بل انما ينظر فيه الى ما هو الاعلى المحتمل والادنى المتيقن فيحمل على الادنى المتيقن لشبوته يقينا
انتهى ولو قال الرجل لي عليك الف فقال اترنها او انقدنيها او اجلني بها او قد قضيتكها فهو اقرار هذا كله لفظ القدوري في مختصره يعني ان ما ذكره المجيب في هذه الصورة
كلها يكون اقرارا بالمدعى لان ما خرج جوابا اذا لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا الى المذكور اولا وكانه اعادة بصريح لفظه فلما قرن كلامه في الاول والثاني بالكناية رجع
الى المذكور في الدعوى واليه اشار المص بقوله لان الهاء في الاول والثاني اي في قوله اترنها وفي قوله انقدنيها كناية عن المذكور في الدعوى فكانه قال في الاول اترن الالف
التي لك علي وفي الثاني انقد الالف التي لك علي فصار كما لو اجاب بنعم لكونه غير مستقل بنفسه وقد اخرجه مخرج الجواب حتى لو لم يذكر حرف الكناية يعني انها لا يكون كلامه
اقرارا بالمدعى لعدم انصرافه اي لعدم انصراف كلامه الى المذكور اي الى المذكور في الدعوى لكونه مستقلا بنفسه وكانه قال اقعد وزنا للناس ونفاذ لهم
دراهمهم واكتسب المال ولا تورني بالدعوى الباطلة والتاجيل انما يكون في حق واجب هذا اشارة الى تعليله كون قوله اجلني بها اقرارا يعني ان التاجيل
انما يكون في حق واجب لانه للتراخي فاقتضى ذلك ان يكون طلب التاجيل اقرارا بحق واجب والقضاء يتلو الوجوب اي يتبع الوجوب هذا اشارة الى
تعليل كون قوله قد قضيتكها اقرارا يعني ان القضاء يقتضي سبق الوجوب لانه تسليم مثل الواجب فلا يتصور بدونه فلما ادعى قضاء الالف صار مقرا بوجوبها
ودعوى الابراء بان قال ابرأتني منها كالقضاء اي كدعوى القضاء لما بينا اشار به الى قوله والقضاء يتلو الوجوب يعني ان الابراء ايضا يتلو الوجوب
لان الابراء اسقاط وهذا انما يكون في مال واجب عليه كذا في الكافي اقول ههنا اشكال وهو انه قد اطبقت كلمة الفقهاء في كتاب الاقرار على ان قول المدعى عليه
بالالف للمدعي قد قضيتكها او ابرأتني منها اقرار بوجوب الالف عليه وقالوا في تعليل هذا ان القضاء يتلو الوجوب وكذا الابراء يتلوه وقد صرحوا في كتاب
الدعوى في اكثر المعتبرات وفي مسائل شتى من كتاب القضاء في الهداية والوقاية ان المدعى عليه بالالف لو قال للمدعي ليس لك علي شيء قط او ما كان لك
علي شيء قط ثم ادعى قضاء تلك الالف للمدعي او ادعى ابراء المدعي اياه من تلك الالف واقام بينة على ذلك سمعت دعواه وقبلت بينته عند اصحابنا سوى زفر
وقالوا في تعليل ذلك ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة حتى قال المص ههنا الا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصلح على
شيء فيثبت ثم يقضى ولم يعتبروا قول زفر ههنا القضاء يتلو الوجوب وكذا الابراء وقد انكره فيكون مناقضا فكان بين كلاميهم المتقررين في المقامين تدافع
كما لا يخفى فتدبر وكذا دعوى الصدقة والهبة يعني لو قال تصدقت بها علي او وهبتها لي كان ذلك ايضا اقرارا لان التمليك يقتضي سابقة الوجوب يعني ان الصدقة والهبة
من قبيل التمليك فدعوى الصدقة والهبة دعوى التمليك منه وذا لا يكون الا بعد وجوب المال في ذمته كما لا يخفى وكذا لو قال اجلتك بها علي فلان اي كان
هذا القول منه ايضا اقرارا لانه تحويل الدين من ذمته الى ذمة فلان وذا لا يكون بدون الوجوب وكذا لو قال والله لا اقضيكها اليوم او لا ازنها لك اليوم لانه نفي القضاء
والوزن في وقت بعينه وذلك لا يكون الا بعد وجوب اصل المال عليه فاما اذا لم يكن اصل المال واجبا عليه فالقضاء يكون منتفيا ابدا فلا يحتاج الى تاكيد نفي القضاء
باليمين لانه في نفسه منتف كذا في المبسوط ولو قيل له هل عليك لفلان كذا فاومى برأسه نعم لا يكون اقرارا لان الاشارة من الاخرس قائمة مقام الكلام لان عبارة

قال ومن اقر بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التاجيل لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه فصار كما اذا اقر بعين في يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار بالدراهم السود لانه صفة فيه فوقعت المسئلة في اكفالة **قال** ويستحلف المقر له على الاجل لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر وان قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم لو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه وهو القياس في الاول وفي قال الشافعي رح لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسير لها فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله

كذا في الكافي وغيره قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بدين موجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التاجيل لزمه الدين حالا هذا عندنا وقال الشافعي رح لزمه الدين موجلا لانه اقر بمال موصوف بانه موجل الى وقت فيلزمه بالوصف الذي اقر به وهذا ليس بشيء لان الاجل حق لمن عليه المال فكيف يكون صفة للمال الذي هو حق الدائن ولانه موخر للمطالبة الى مضيه فكان دعواه الاجل كدعواه الابراء وكذا ذكر في باب الاستثناء من المبسوط قال المصنف رح في تعليل قول اصحابنا لانه اي لان المقر بدين موجل اقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه اي في ذلك المال فيصدق في الاقرار بلا حجة دون الدعوى فصار اي فصار المقر في هذه الصورة كما اذا اقر لغيره بعبد في يده اي بعبد كائن في يد نفسه بانه ملك ذلك الغير وادعى الاجارة اي ادعى انه استاجر هذا العبد من صاحبه فصدقه المقر له في الملك دون الاجارة فانه لا يصدق ههنا كذا في دعوى الاجارة فكذا ههنا في دعوى الاجل بخلاف الاقرار بالدراهم السود اي بخلاف ما لو اقر بالدراهم السود فصدقه المقر له بالدراهم دون وصف السواد حيث يلزمه الدراهم السود دون البيض لانه اي لان السواد صفة فيه اي في الدراهم او فيما اقر به فيلزمه ما اقر به على الصفة التي اقر بها واما الاجل فليس بصفة في الدين الواجب بغير عقد الكفالة كالقروض وثمن البياعات والمهر وقيم المتلفات بل الاجل فيها امر عارض ولهذا لا يثبت بلا شرط والقول المنكر العارض وقد اشار اليه بقوله وقد مرت المسئلة في الكفالة فانه قال في فصل الضمان من كتاب الكفالة ومن قال لاخر لك علي مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن وجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى الاجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت الا بالشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة نوع حتى يثبت من غير شرط بان كان موجلا على الاصيل انتهى قال اي القدوري في مختصره ويستحلف المقر له اي المقر له في مسئلتنا هذه على الاجل اي على انكار الاجل فانه منكر حقا عليه فان المقر يدعي عليه التاجيل وهو ينكر ذلك واليمين على المنكر بالحديث المشهور قال في النهاية في الذخيرة في الفصل الاول من كتاب الاقرار ولا يبطل الاقرار بالحلف حتى ان من اقر لرجل ثم انكر فاستحلفه القاضي فحلف ثم اقام الطالب بينة على اقراره قضى له بالمقر به فان قال له علي مائة درهم لزمه كلها دراهم وكذا لو قال مائة ودرهمان او مائة وثلثة دراهم ذكره الامام قاضيخان حيث قال في فتاواه ولو قال الي الف ودرهم او علي الف ودرهمان او الف وثلثة دراهم كان الكل دراهم انتهى ولو قال مائة وثوب اي لو قال له علي مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه اي الى المقر قال المصنف رح وهو القياس في الاول يعني ان لزوم درهم واحد والرجوع في تفسير المائة الى المقر هو القياس في الفصل الاول ايضا وهو قوله له علي مائة ودرهم ونظائره وبه قال الشافعي رحمه الله اي وبالقياس اخذ الشافعي رح في هذا الفصل ايضا لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها اي على المائة بالواو العاطفة لا تفسير لها لان العطف لم يوضع للبيان بل هو يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وهو قوله له علي مائة وثوب ونحو ذلك فلا بد من المصير الى البيان ولكن علماؤنا رحمهم الله تعالى فرقوا بين المكيلين والموزونين والدراهم والدنانير والمكيل والموزون فجعلوا المعطوف عليه من جنس المعطوف فيما اذا قال له علي مائة درهم ومائة ودينار اي وقفيز حنطة او مائة ومن زعفران قال المصنف رح وجه الاستحسان هو الفرق بين الفصلين انهم اي ان الناس استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره بذكر الدرهم مرة عقيب العددين الا ترى انهم يقولون احد وعشرون درهما فيكتفون بذكر الدرهم مرة ويجعلون ذلك تفسيرا للكل وهذا اي استثقالهم فيما يكثر استعماله وذلك اي كثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك اي كثرة الوجوب بكثرة الاسباب في الدراهم والمكيل والموزون يعني فيما يثبت في ذمته كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة وموجلة ويجوز الاستقراض بها لعموم البلوى اما الثياب وما يكال

وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون واما الثياب والمكيل والموزون
فلا يكاد يوجد فانه بني على تحقيقه وكذا اذا قال مائة وثوبان شاتيا بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة اثواب لان ذكر عددين مبهمين والتقسيم لتبيين
اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف الى الكل ليستوي اجمالي الحاجة الى تفسير فكان كلها ثيابا **قال** ومن اقر بقوصرة تمر
التمر والقوصرة ولتهيئ الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء وظرف له
وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق

وما لا يوزن لا يكثر وجوبها فان الثياب لا يثبت في الذمة دينا الا في السلم والشاة ونحوها لا يثبت دينا في الذمة اصلا فبقي اي بقي هذا التقسيم على التحقيق
اي على الاصل وهو ان يكون بيان المجمل الى المجمل لا الى المعطوف لعدم صلاحية العطف للتفسير لا عند الضرورة وقد انعدمت ههنا اقول التقرير وجه الاستحسان
على ما ذكره المص نظرا اما اولا فلان اكتفاءهم بذكر الدرهم مرة عقيب العددين لا يجري فيما نحن فيه اذا لم يذكر الدرهم فيه عقيب احد العددين اي ما ذكر عقيب عدد
واحد وهو المائة واما ثانيا فلانهم اكتفوا بذكر مثل الثوب ايضا عقيب العددين لا يرى الى ما سيأتي انه اذا قال مائة وثلثة اثواب يكون الكل ثوبا بالانصراف
التفسير الى مجموع العددين المبهمين المذكورين قبله ويمكن ان يتمحل في الجواب بان يقال مراد المصنف رحمه انهم استثقلوا تكرار المميز في كل عدد بل اكتفوا بذكره مرة
في بعض الاعداد وهو للاختصار الا يرى انهم اكتفوا بذلك عقيب العددين على الاطلاق والاطراد كذلك اكتفوا به في عدد واحد ايضا فيما يكثر استعماله ودورانه في الكلام
كما نحن فيه نعم الاولى ههنا ان يطرح من البين حديث الذكر عقيب العددين وتقرر وجه الاستحسان على طرز ما ذكر في الكافي وغيره وهو ان العادة لهم بيان المائة
عادة لان الناس استثقلوا تكرار الدراهم ونحوه واكتفوا بذكره مرة وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه ودورانه في الكلام اما فيما يثبت في الذمة
كالاثمان والمكيل والموزون بخلاف الثياب وما لا يكال ولا يوزن فانه لا يكثر وجوبها وثبوتها في الذمة فبقيت على الاصل قال في النهاية روي عن ابن سماعة عن
ابي يوسف رحمه الله في قوله مائة وثوب ان الكل من الثياب كذلك في قوله مائة وشاة ووجهه ان الثياب الغنم تقسم قسمة واحدة بخلاف البر فانها لا تقسم قسمة واحدة
وما يقسم قسمة واحدة يتحقق في اعدادها المجانسة فيمكن ان يجعل المفسر منه تفسيرا للمبهم انتهى وتوافقه ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال رجل لفلان
على الف وعبد عن ابي يوسف رحمه الله انه قال يقر في الاول بما شاء ولو قال الف وشاة او الف وبعير او الف وثوب او الف وفرس فهي ثياب واغنام والبقر
ولا يشبه هذا بني آدم لان بني آدم لا يقسم الى ههنا كلامه قال الامام الزيلعي رحمه الله في التبيين بعد نقل ذلك عن النهاية وهذا ليس بظاهر فان عندهما يقسم العبيد كالغنم وانما لا يقسمون
عند ابي حنيفة رحمه الله انتهى فتأمل قال المصنف رحمه الله وكذا اذا قال مائة وثوبان اي يرجع في بيان المائة الى المقر لما بينا من ان الثياب مما لا يكال ولا يوزن لا يكثر
وجوبها بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة اثواب حيث يكون الكل ثيابا بالاتفاق لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسير اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف حتى تدل على
المغايرة فانصرف اليهما اي فانصرف التفسير المذكور الى العددين جميعا لاستوائهما في الحاجة الى التفسير فكان كلها اي كل الآحاد المندرجة تحت ذينك العددين
ثيابا لا يقال الاثواب جمع لا يصلح مميزا للمائة لانها لما اقترنت بالثلثة صار العدد واحدا كذا في الكافي والشروح قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بقوصرة
قوصرة لغة التمر والقوصرة بالتخفيف والتشديد وعاء التمر يتخذ من قصب وقولهم انما يسمى بذلك ما دام فيها التمر والا فهو زنبيل مبني على عرفهم كذا في المغرب قال صاحب
الجمهرة اما القوصرة فاحسبها دخيلا وقد روي افلح من كانت له قوصرة يأكل منها كل يوم مرة ثم قال ولا ادري ما صحة هذا البيت كذا في غاية البيان قال المصنف
وفسره في الاصل اي فسر الاقرار بتمر في قوصرة في الاصل وهو المبسوط بقوله اي بقول المقر غصبت تمرا في قوصرة ووجهه اي وجه جواب هذه المسئلة وهو ان
التمر والقوصرة جميعا ان القوصرة وعاء له اي للتمر فظرف له اي للتمر وغصب الشيء وهو مظروف اي والحال انه مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه اي فيلزم
والقوصرة المقر وكذا الطعام في السفينة اي وكذا الحكم فيما اذا قال غصبت الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق وفيما اذا قال غصبت الحنطة في الجوالق
بالفتح جمع جوالق بالضم والجواليق بزيادة الياء تسامح كذا في المغرب والاصل في جنس هذه المسائل ان ما كان الثاني ظرفا للاول وعاء له لزمانه نحو ثوب في برنامج
وطعام في سفينة وحنطة في جوالق وما كان الثاني مما لا يكون وعاء للاول نحو قولك غصبت درهما في درهم لم يلزمه الثاني لانه غير صالح لان يكون ظرفا لما اقر به
او لا فلنا آخر كلامه كذا في المبسوط وذكر في الشروح اقول يرد على هذا الاصل النقض بما اذا اقر بدابة في اصطبل فان الملازم للمقر هناك هو الدابة خاصة عند

لو ذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون اما الثياب

بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة لان كلمة من للاقراع فيكون اقرارا بغصب المنزوع **قال** ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعلى قياس قول محمد رح يضمنهما ومثله الطعام في البيت **قال** ومن اقر لغيره بخاتم يشتمل الكل ومن اقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل لان الاسم يتناولها على الكل ومن اقر بحجلة فله العيدان والكسوة لاطلاق الاسم على الكل عرفا وان قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه ظرف لان الثوب يلف فيه

وابي يوسف رح كما سياتي مع انه لا ريب في ان الثاني فيه صالح لان يكون ظرفا للاول ويمكن ان يقال ان ذلك من باب التحلف لمانع وقيد عدم المنع في الاحكام الكلية غير لازم كما صرحوا به في مواضع منها اول كتاب الوكالة بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة يعني ان الحكم المذكور في كلمة في واما الحكم في كلمة من بخلافه لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع يعني ان كلمة من للابتداء والغاية فيكون اقرارا بان مبتدأ الغصب من القوصرة وانما يفهم منه الانتزاع كذا في الكفاية ومعراج الدراية اخذا من الكافي وقال في النهاية لان كلمة من للتبعيض فانما يفهم منه الانتزاع انتهى وقال في غاية البيان وجه ان كلمة من تستعمل للتبعيض والتمييز فيكون الانتزاع لازما لا لان معناه ان من موضوعة للانتزاع انتهى اقول الحق في توجيه كلام المصنف رح ههنا ما ذهب اليه الفرقة الاولى لا ما ذهب اليه الاخرى لان كلمة من في قول القائل غصبت تمرا من قوصرة لا يحتمل معنى التبعيض اذ لا يصح ان يكون التمر بعض القوصرة فكيف يفهم الانتزاع من التبعيض في ذلك القول واما انفهام الانتزاع من التبعيض عند استعمال كلمة من بمعنى التبعيض في موضع آخر فلا يجدي شيئا ههنا كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة بخلاف معنى الابتداء فان كلمة من في ذلك القول يحتمل الابتداء قطعا فيتم التقريب جدا واما الحكم في كلمة على نحو ان يقول غصبت اكافا على حمار وكان اقرارا بغصب الاكاف خاصة والحمار مذكور البيان محل المغصوب حين اخذه وغصب الشيء من محل لا يكون مقتضيا غصب المحل كذا في المبسوط وذكر في كثير من الشروح قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة انما قال لزمه الدابة خاصة ولم يقل كان اقرارا بالدابة خاصة لما ان هذا الكلام اقرار بهما جميعا الا ان اللزوم على قول ابي حنيفة رح وابي يوسف رح في الدابة خاصة وليه اشار المص رح بقوله لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولان الغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل عندهما والاصطبل مما لا ينقل ولا يحول فلا يكون مضمونا بالغصب عندهما وعلى قياس قول محمد رح يضمنهما اي يضمن الدابة والاصطبل لان محمدا رحمه الله يرى غصب العقار فيه خلاف في الضمان عنده كما يدخلان في الاقرار ومثله الطعام في البيت اي ومثل الاقرار بالدابة في الاصطبل الاقرار بالطعام في البيت قال في المبسوط ولو قال غصبت منك طعاما في بيت كان هو بمنزلة قوله في سفينة لان البيت قد يكون وعاء للطعام فيكون اقرارا بغصب البيت والطعام الا ان الطعام يدخل في ضمانه بالغصب والبيت لا يدخل في ضمانه في قول ابي حنيفة رح وابي يوسف لانه مما ينقل ولا يحول والغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل وان قال لم احول الطعام من موضعه لم يصدق في ذلك لانه اقر بغصب تام وفي الطعام تحقق ذلك بالنقل والتحويل فكان هو في قوله لم انقله راجعا مما اقر به فلم يصدق فكان ضامنا للطعام وفي قول محمد رح هو ضامن للبيت ايضا الى هنا لفظ المبسوط قال اي القدوري في مختصره ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص قال المص رح في تعليله لان اسم الخاتم يشتمل الكل اي يتناول الحلقة والفص جميعا ولهذا يدخل الفص في بيع الخاتم من غير تسمية فاذا تناولها اسم الخاتم لزماه جميعا بالاقرار بالخاتم ومن اقر له اي لغيره بسيف فله النصل وهو حديدة السيف والجفن وهو الغمد والحمائل جمع حمالة بكسر الحاء وهي علاقة السيف لان الاسم يعني اسم السيف يتناولها اي يشتمل على الكل ومن اقر بحجلة الحجلة بفتحتين واحدة حجال العروس وهي بيت يزين بالثياب والاستارة والستور كذا في الصحاح فله اي فللمقر له العيدان بفتح النون جمع عود وهو الخشب كالعيدان جمع رود والكسوة اي وله الكسوة ايضا لاطلاق الاسم اي اسم الحجلة على الكل عرفا فله اي للمقر له الكل وكذا لو اقر بدارا او ارض لرجل دخل البناء والاشجار اذا كانا فيها حتى ان المقر لو اقام بينة بعد ذلك على ان البناء والاشجار له لم يصدق ولم يقبل بينته وكذا لو اقام المقر بالخاتم بينة على ان الفص له لم يقبل بينته واما اذا قال هذا الخاتم لي وفصه لك وهذا السيف لي وحليته لك او هذه الحجلة لي وبطانتها لك وقال المقر له الكل فالقول للمقر فبعد ذلك ينظر ان لم يكن في نزع المقر به ضرر للمقر ويمر المقر بالنزع والدفع الى المقر له وان كان في النزع ضرر فواجب على المقر ان يعطيه قيمته ما اقر به كذا في الذخيرة وان قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه اي المنديل ظرف للثوب لان الثوب يلف فيه وقد مر ان غصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف

وکذا لو قال علی ثوب فی ثوب لانه ظرف بخلاف قوله درهم فی درهم حیث یلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب فی
عشرة اثواب لم یلزمه الا ثوب واحد عند ابی یوسف رح وقال محمد رح یلزمه احد عشر ثوبا لان النفیس من الثیاب قد یلف
فی عشرة اثواب فامکن حمله علی الظرف ولابی یوسف رح ان حرف فی یستعمل فی البین والوسط ایضا قال الله تعالی فادخلی فی عبادی
ای بین عبادی فوقع الشک والاصل براءة الذمة علی ان کل ثوب موعی ولیس بوعاء فتعذر حمله علی الظرف فتعین الاول محملا
ولو قال لفلان علی خمسة فی خمسة یرید الضرب والحساب لزمه خمسة لان الضرب لا یکثر المال وقال الحسن رح

وکذا الحکم لو قال علی ثوب فی ثوب لانه ظرف ای لان الثوب الثانی ظرف للثوب الاول فیلزمه الثوبان جمیعا بخلاف قوله درهم فی درهم ای بخلاف ما لو قال علی درهم
فی درهم حیث یلزمه واحد ای درهم واحد لانه ای لان قوله فی درهم ضرب ای ضرب حساب لا ظرف کما لا یخفی وان قال ثوب فی عشرة اثواب لم یلزمه الا ثوب واحد
عند ابی یوسف رح وفی الکافی وهو قول ابی حنیفة رضه الله وفی التبیین وهو قول ابی حنیفة رح اولا وقال محمد رح یلزمه احد عشر ثوبا لان النفیس من الثیاب قد یلف فی
عشرة اثواب فامکن حمله علی الظرف یعنی ان کلمة فی حقیقة فی الظرف وقد امکن العمل بالحقیقة ههنا لان الثوب الواحد قد یلف لغرته ونفاسته فی عشرة اثواب
فلا یصار الی المجاز فیما هو منقوص علی اصله فانه لو قال غصبته کرباسا فی عشرة اثواب حریر یلزمه الکل عند محمد رح فی هذه الصورة ایضا مع ان عشرة اثواب
حریر لا یجعل وعاء للکرباس عادة کذا فی الشروح قال فی النهایة والیه اشار فی المبسوط ولابی یوسف رح ان حرف فی یستعمل فی البین والوسط ایضا قال الله تعالی
فادخلی فی عبادی ای بین عبادی فوقع الشک فی ان المراد بحرف فی ههنا معنی الظرف او معنی البین وبالشک لا یثبت ما زاد علی الواحد والاصل براءة الذمة
لانها خلقت بریة عریة عن الحقوق فلا یجوز شغلها الا بحجة قویة ولم توجد فیما زاد علی الواحد فلم یلزمه الا ثوب واحد علی ان کل ثوب موعی ولیس بوعاء یعنی ان
مجموع العشرة لیس بوعاء للواحد بل کل واحد منها موعی بما حوله فانه اذا لف ثوب فی اثواب یکون کل ثوب موعی فی حق ما وراءه ولا یکون وعاء الا الثوب الذی
هو ظاهر فانه وعاء وهو لیس بموعی فلفظ کل ههنا بمجرد التکثیر لا للاستغراق کما قالوا فی نظائرها فاذا تحقق عدم کون العشرة وعاء للثوب الواحد لم یکن حمل کلمة فی
علی الظرف فی قوله ثوب فی عشرة اثواب فتعین الاول ای المعنی الاول الذی هو البین محملا بکلمة فی قوله المزبور فکانه قال علی ثوب بین عشرة اثواب لم یلزمه
بهذا المعنی الا ثوب واحد قال کثیر من الشراح فی مثل هذا المقام فاذا لم یتحقق کون العشرة وعاء للثوب الواحد کان آخر کلامه لغوا وزاد علی هذا من بینهم صاحب العنایة
ان یقال وتعین اول کلامه محملا یعنی ان یکون فی معنی البین انتهی اقول هذا الشرح منهم لا یطابق المشروح اذ لا یساعده کلام المصنف رح جعل آخر کلامه المقر لغوا
فان قوله فتعین الاول محملا یدل علی ان الآخر کلام المقر وهو قوله فی عشرة اثواب محملا متعینا وهو معنی البین المذکور اولا فاذا تیسر لآخر کلامه بل تعین لمحل صحیح
من المعانی المستعملة فیها کلمة فی لم یصح جعل ذلک لغوا من الکلام اذ یجب صیانة کلام العاقل عن اللغو ما امکن ثم من العجائب ما زاده صاحب العنایة فان قوله
وتعین اول کلامه محملا بعد قوله کان آخر کلامه لغوا یدل علی ان حمل الاول فی قوله المزبور فتعین الاول محملا علی اول کلام المقر وهذا مع کونه مما یابی عنه جدا فیه محملا
ینافیه تفسیره بقوله یعنی ان یکون فی معنی البین لان الکون فی معنی البین انما یتصور فی آخر کلام المقر وهو قوله فی عشرة اثواب دون اول کلامه وهو قوله علی ثوب
اذ لا مساس له بمعنی البین لا صلا واعلم ان الامام الزاهدی قال فی شرح مختصر القدوری قد اشتبه علی فی هذه المسائل کلها ان المراد فی هذه المسائل کلها ان الظرف
معین مشار الیه ام یستوی المعین والمنکر فی ذلک الی ان ظفرت لروایة بحمد الله تعالی ومنه انه یستوی فیه المعرف والمنکر ویرجع فی بیان المنکر الیه وهو ما قال
فی المحیط ولو قال غصبتک ثوبا فی منديل فهو اقرار بغصب الثوب والمنديل ویرجع فی البیان الیه ولو قال درهمی فی درهم او درهمی فی طعام لم یلزمه الا درهم والاصل
فی هذه المسائل ان فی متی دخلت علی ما یصلح ظرفا ویحمل ظرفا عادة اقتضی غصبها والا فغصب الاول دون غیره الی هنا کلامه ولو قال لفلان علی خمسة فی خمسة
یرید الضرب والحساب لزمه خمسة هذا لفظ القدوری فی مختصره قال المصنف رح فی تعلیله لان الضرب لا یکثر المال یعنی ان اثر الضرب فی تکثیر الاجزاء لا فی تکثیر المال
لانی تکثیر المال خمسة دراهم وزنا وان جعل الف جزء لا یزاد فیه وزن قیراط علی ان حساب الضرب فی الموزونات لا فی الموزونات کذا قالوا ولان حرف فی الظرف
حقیقة والدراهم لا یکون ظرفا للدراهم واستعماله فی غیر الظرف مجاز والمجاز قد یکون بمعنی مع قال الله تعالی فادخلی فی عبادی ای مع عبادی وقد یکون بمعنی
علی کما فی قوله تعالی ولاصلبنکم فی جذوع النخل ای علی جذوع النخل ولیس احدهما اولی من الآخر فلزمه خمسة باول کلامه ولغا آخره کذا فی المبسوط وغیره وقال الحسن یعنی الحسن بن زیاد

يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال لم ردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة رح فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط النهاية وقالا يلزمه العشرة كلها فيدخل الغايتان وقال زفر رح يلزمه ثمانية ولا يدخل الغايتان ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مرت الدلائل في الطلاق

فصل

قال ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فان قال اوصى له فلان او قال ابوه فورثه فلا اقرار صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له ثم اذا

صاحب ابي حنيفة رح يلزمه خمسة وعشرون لانه الحاصل من ضرب خمسة في خمسة عند اهل الحساب وقد مر جوابه ايضا قال المصنف رح وقد ذكرناه في الطلاق اي في باب ايقاع الطلاق من كتاب الطلاق فلم يذكر المصنف رح هذه المسئلة ثمة صريحا بل فهم ذلك من الخلاف الواقع بيننا وبين زفر رح فيما لو قال انت طالق ثنتين في ثنتين ولو نوى الضرب والحساب فعندنا لا يقع ثنتان وعنده يقع ثلث وانما ذكر مسئلة الاقرار صريحا في كتاب الطلاق في شروح الجامع الصغير كذا في غاية البيان ولو قال اردت خمسة مع خمسة اي لو قال المقر اردت بقولي خمسة في خمسة خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله قال الله تعالى فادخلي في عبادي قيل مع عبادي كذا في الكافي ولو قال عنيت خمسة وخمسة لزمه عشرة ايضا لانه استعمل في بمعنى واو العطف كذا في المبسوط وقد ذكر المصنف رح في باب ايقاع الطلاق انه لو نوى بقوله واحدة في ثنتين واحدة وثنتين فهي ثلث لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف وان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلث لان في بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو اذكر الثاني الى هنا لفظه قال صاحب النهاية ولم يذكر في الكتاب ولا في المبسوط انه لو اراد في معنى على ما حكمه عند علمائنا وذكر في الذخيرة ان حكمه ايضا كالحكم في حتى لو قال لفلان علي عشرة في عشرة ثم قال عنيت به على عشرة او قال عنيت به الضرب لزمه عشرة عند علمائنا ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة رح فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فيدخل الغايتان اي الابتداء والانتهاء وقال زفر رح يلزمه ثمانية ولا يدخل الغايتان قال في النهاية والقياس ما قاله زفر رح فانه جعل الدرهم الاول والآخر حدا ولا يدخل الحد في المحدود كمن قال لفلان من هذا الحائط الى هذا الحائط او ما بين هذين الحائطين لا يدخل الحائطان في الاقرار فكذلك ههنا لا يدخل الحدان وابو يوسف رح ومحمد رح قالا هو كذلك في حد قائم بنفسه كما في المحسوسات فاما فيما ليس بقائم بنفسه فلا لانه انما يتحقق كونه حدا اذا كان واجبا فاما فيما ليس بواجب فلا يتصور ان يكون حدا لما هو واجب وابو حنيفة رحمه الله يقول الاصل ما قاله زفر رح من ان الحد غير المحدود وما لا يقوم بنفسه حد ذكر او ان لم يكن واجبا الا ان الغاية الاولى لا بد من ادخالها لان الدرهم الثاني والثالث واجب ولا يتحقق الثاني بدون الاول لان الكلام يستدعي ابتداء فاذا اخرجنا الاول من ان يكون واجبا صار الثاني هو الابتداء فيخرج هو من ان يكون واجبا ثم الثالث والرابع وهكذا بعده فلاجل هذه الضرورة ادخلنا فيه الغاية الاولى ولا ضرورة في ادخال الغاية الثانية فاخذنا فيها بالقياس انتهى والحاصل ان ما قاله ابو حنيفة رح في الغاية الاولى استحسان ما قاله زفر رح فيها قياس كذا في مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله اي للمقر له ما بينهما اي ما بين الحائطين وليس له من الحائطين شيء اي لا تدخل الغايتان في هذه الصورة بالاتفاق قال المصنف رح وقد مرت الدلائل اي دلائل هذه المسائل في الطلاق اي في باب ايقاع الطلاق من كتاب الطلاق فمن شاء الاطلاع عليها فليراجعه

فصل لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها صورة ومعنى ذكرها في فصل على حدة والحق بها مسئلة الخيار اتباعا للمبسوط كذا في الشروح ومن قال لحمل فلان علي الف درهم فهو لا يخلو عن ثلثة اوجه فانه اما ان يبين سببا او لا يبين سببا فاما ان يكون ذلك السبب صالحا او غير صالح فان كان صالحا وهو الذي ذكره بقوله فان قال اوصى بها اي بالالف له اي للحمل وهو الجنين فلان او قال مات ابوه اي ابو الحمل فورثه اي ورث الحمل الالف ضمير الالف او لا باعتبار الدرهم وذكره ثانيا لكون الالف مذكرا في الاصل قال في القاموس الالف من العدد مذكر ولو انث باعتبار الدراهم جاز انتهى فالاقرار في هذا الوجه صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له اي للحمل يعني انه بين سببا صالحا لثبوت الملك للحمل فلو عاينا ه حكمنا بوجوب المال عليه وكذلك اذا ثبت باقراره وهذا لان الاقرار صدر من اهله مضافا الى محله ولم يتيقن بكذب ما اقر به وكان صحيحا كما لو اقر به بعد الانفصال لان الجنين اهل لان يستحق المال بالارث او الوصية ثم اذا وجد السبب فلا بد من

وفي الغاية الثاني استحسان

مسئلة

فان جاءت به حيا في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه وان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما

وجود المقر له عنده فان جاءت اي فلانة بالولد اي بالولد في مدة يعلم بها انه اي الولد كان قائما اي موجودا وقت الاقرار لزمه اي لزم المقر ما اقر به والعلم بان الولد كان موجودا وقت الاقرار بطريقين احدهما حقيقي والآخر حكمي فالحقيقي ما اذا وضعته لاقل من ستة اشهر والحكمي ما اذا وضعته لاكثر من ستة اشهر الى سنتين وكانت المرأة معتدة اذ حينئذ يحكم بثبوت النسب فيكون ذلك حكما بوجوده في البطن واما اذا لم يكن معتدة وجاءت به لاكثر من ستة اشهر فلم يستحق شيئا كذا قالوا ثم ان الشراح اختلفوا ههنا في تعيين اول مدة يعلم بها ان الولد كان موجودا وقتئذ فمنهم من ذهب الى انه من وقت الاقرار حيث قال بان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار كما قال صدر الشريعة ايضا في شرح الوقاية ومنهم من ذهب الى انه من وقت موت الموصي او المورث حيث قال بان وضعته لاقل من ستة اشهر مذ مات المورث والموصي كما قاله صاحب الكافي وذكر في المبسوط ايضا اقول القول الاول وان كان اوفق بالشروح في الظاهر حيث ذكر فيه كون الولد قائما وقت الاقرار الا ان القول الثاني هو الموافق للتحقيق وهو ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق لا انشاء الحق ابتداء كما تقرر في صدر كتاب الاقرار وان مقتضى ذلك ان يتقرر وجود المقر له عند تحقق سبب الملك لا عند مجرد الاقرار وسبب الملك فيما نحن فيه انما تحقق وقت موت الموصي او المورث فلا بد ان يعتبر اول مدة يعلم بها وجود الحمل من وقت موت الموصي او المورث ليتقرر وجوده عند تحقق سبب الملك فانه اذا جاءت بالولد في مدة هي اقل من ستة اشهر من وقت الاقرار او اكثر من سنتين من وقت الموصي او المورث في غير المعتدة فالظاهر انه لا يلزم المقر للحمل شيء اما اذا جاءت لاكثر من سنتين من وقت موت الموصي او المورث فلانه يتعين حينئذ ان الجنين لم يكن موجودا عند تحقق سبب الملك فلم يكن اهلا لاستحقاق المال ولا يفيد كونه موجودا عند مجرد الاقرار لان الاقرار اخبار عن ثبوت الملك بسبب سابق لا انشاء الملك في الحال واما اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر الى سنتين من وقت موت الموصي او المورث في غير المعتدة فلانه لا يتعين حينئذ كون الجنين موجودا عند تحقق سبب الملك بل يبقى على مجرد الاحتمال ولا يثبت الحكم بالشك فلا يلزم المقر له شيء وان كان موجودا وقت الاقرار كما اذا بين سببا غير صالح على ما سيأتي لكن بقي ههنا شيء على القول الثاني ايضا وهو انه اذا حصل العلم بوجود الجنين بالطريق الحكمي لا الحقيقي وذلك بان وضعته لاكثر من ستة اشهر الى سنتين وكانت معتدة قالوا يحكم بثبوت النسب فيكون ذلك حكما بوجوده في البطن حين موت المورث او الموصي ولا يخفى ان الحكم بثبوت النسب انما يكون فيما اذا ولدت لاقل من سنتين من وقت الفراق وهو لا يقتضي الحكم بوجوده في البطن حين موت المورث او الموصي لجواز ان يكون وقت موت المورث او الموصي اكثر من سنتين وقت الفراق اقل منها فان قيل اعتبر اول المدة في الطريق الحقيقي على القول الثاني من وقت موت المورث او الموصي ففي الطريق الحكمي ايضا كذلك فلا يتصور حينئذ ان يكون وقت موت المورث او الموصي اكثر من سنتين والا لا يكون طريقا ولا علم بذلك اصلا قلنا فعلى ذلك لا يثبت الحكم بثبوت النسب اصلا حتى يكون ذلك حكما بوجوده في البطن حين موت المورث او الموصي لجواز ان يكون وقت موت الموصي اقل من سنتين ووقت الفراق اكثر منها فلا يصح الحكم حينئذ بثبوت النسب فليتأمل وان جاءت به اي ان جاءت فلانة بالولد ميتا فالمال للموصي فيما اذا قال اوصى به لفلان والمورث فيما اذا قال مات ابوه فورثه حتى يقسم بين ورثته اي ليقسم المال بين ورثة كل واحد من الموصي والمورث لانه اي لان ما قاله اقرار في الحقيقة لهما اي للموصي والمورث وانما ينتقل منهما الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل اليه ههنا لانه مات قبل الولادة ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما نصفين ان كانا ذكرين او انثيين وان كان احدهما ذكرا والآخر انثى ففي الوصية كذلك وفي الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الانثيين كذا في الشروح قال بعض الفضلاء هذا اذا لم يكونا من اولاد ام الميت للمرجوا ان

لاكثر من ثبوت

لاكثر من ثبوت

ولو قال المقر بما عني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين سببا مستحيلا **قال** فان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف رح وقال محمد رح يصح ان الاقرار من تجر فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف رح ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد الماذون واحد المتفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به

ذكورهم وانا شهر في الاستحقاق والقسمة سواء اقول لا حاجة الى هذا التقييد بالنظر الى وضع المسئلة وهو ان قال المقر لورثة الموه فورثه فلهذا لم يتعرض له شارح الكتاب وصاحب الكافي وغيرهم واما بالنظر الى مطلق الارث فلا بد من التقييد وان كان السبب غير صالح وهو الذي ذكر بقوله ولو قال المقر بما عني او اقرضني اي بما عني الحمل او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا اي لان المقر بين سببا مستحيلا في العادة اذ لا يتصور البيع والاقراض من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا ولاية لاحد على الجنين حتى يكون تصرفه بمنزلة تصرف الجنين فيصير مضافا اليه من هذا الوجه واذا كان ما بينه من السبب مستحيلا صار كلامه لغوا فلم يلزمه شيء فان قيل فهذا يكون رجوعا عن الاقرار والرجوع عن الاقرار لا يصح وان كان موصولا قلنا ليس كذلك بل هو بيان سبب محتمل قد اشتبه على الجاهل فظن ان الجنين يثبت عليه الولاية كالمنفصل فيعامله ثم تغير ذلك المال للجنين بناء على ظنه وبين سببه ثم يعلم ان ذلك السبب كان باطلا فكان كلامه هذا بيانا لا رجوعا فلهذا كان مقبولا منه كذا في المبسوط واكثر الشروح قال في العناية اجيب بانه ليس برجوع بل ظهر كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا او خطأ او يد فلان صحيحة انتهى اقول فيه بحث لانه ان ظهر كذبه فانما ظهر في بيان ذلك السبب الغير الصالح لا في اصل اقراره وهذا لا ينافي كون بيان السبب بذلك الوجه رجوعا عن اصل اقراره الواقع في اول كلامه لجواز ان يكون صادقا في اصل اقراره بان يكون له سبب صالح في نفس الامر ولكن قصد الرجوع فبين سببا مستحيلا بخلاف قوله قطعت يد فلان وهي صحيحة فانه كاذب هناك في اصل اقراره بيقين فالظاهر في الجواب ما ذكر في المبسوط وغيره فان قلت كما ان البيع والاقراض لا يتصوران من الجنين كذلك لا يتصوران من الرضيع مع ذلك لو اقر ان عليه الف درهم لهذا الصبي الرضيع بسبب البيع والاقراض او الاجارة فانه صحيح يؤاخذ به قلت الرضيع وان كان لا يتجر بنفسه لكنه من اهل ان يستحق الدين بهذا السبب بتجارة وليه وكذلك الاقراض وان كان لا يتصور منه لكنه يتصور من نائبه وهو القاضي او الاب باذن القاضي وان تصور ذلك من نائبه جاز من المقر اضافة الاقرار اليه لان فعل النائب قد يضاف الى المنوب عنه كذا في النهاية وغيرها وان لم يبين سببا اصلا وهو المراد بقوله وان ابهم الاقرار لم يصح الاقرار عند ابي يوسف رح وقال ابو حنيفة رح معه وقال الشافعي رح في قول وقال محمد رح يصح وبه قال الشافعي رح في الاصح ومالك واحمد رح لان الاقرار من الحجج الشرعية فيجب اعماله ما امكن وذلك اذا اسند من اهله مضافا الى محله وقد امكن اعماله ههنا اذ لا نزاع في صدوره عن اهله لانه هو المفروض وامكن اضافته الى محله بالحمل على السبب الصالح وهو الميراث او الوصية تحريا للجواز وتصحيحا لكلام العاقل كالعبد الماذون له اذا اقر بدين فان اقراره وان احتمل الفساد بكونه صداقا او دين كفالة والجواز بكونه من التجارة كان تصحيحا لكلام العاقل ولابي يوسف رح ان الاقرار مطلقه اي مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد الماذون له واحد المتفاوضين في الشركة عليه اي على الاقرار بسبب التجارة ولم يحمل على الاقرار بغير سبب التجارة كدين المهر وارش الجناية حتى يؤاخذ به العبد الماذون في حال رقه والشريك الآخر في الحال وفي الاقرار بدين المهر وارش الجناية لا يؤاخذ العبد الماذون في حال رقه ولا الشريك الآخر ابدا كذا في المبسوط فيصير اي فيصير المقر فيما اذا ابهم بدلالة العرف كما اذا صرح به اي بسبب التجارة ولو صرح به كان فاسدا فكذا اذا ابهم قال في النهاية ولابي يوسف رح وجهان احدهما ما ذكر في الكتاب والثاني ما ذكره في الذخيرة فقال ان هذا اقرار صدر من اهله لاهله وقد احتمل الجواز والفساد كما قال محمد رح الا ان حمله على الجواز متعذر لان الجواز له وجهان الوصية والميراث والجمع بينهما متعذر وليس احدهما بان يعتبر سببا اولى من الآخر فتعذر الحمل على الجواز فيحكم بالفساد ونظير هذا ما قالوا فيمن اشترى عبدا بالف درهم فقبضه المشتري قبل نقد الثمن ثم باعه المشتري مع عبد آخر له من البائع بالف وخمسمائة وقيمتهما على السواء كان البيع في الذي اشتراه من البائع فاسدا وان احتمل الجواز لان للجواز وجهين بان يصرف اليه مثل الثمن او اكثر والجمع بينهما متعذر وليس احدهما باولى من الآخر فتعذر الحمل على الجواز فحكم بالفساد ولهذا بخلاف العبد الماذون اذا اقر حيث يجوز لان للجواز جهة واحدة وهي التجارة والفساد جهات وهذا بخلاف ما لو بين سببا يستقيم به وجوب المال

قال ومن أقر بحمل جارية فإن حمل صح إقراره وإن لم يكن له وجه صحيح وهو الوصية به من جهة غيره لم يصح

بتعيين وصية أو ميراث كان الإقرار صحيحا لأن جهة الجواز متعينة وهي ما صح به فكان محكوما بالجواز انتهى كلامه أقول الوجه الذي ذكر في الذخيرة منظور فيه أما أولا فلأنا
لا نسلم أن كون كل واحد من الوصية والميراث وجها صالحا لجواز الإقرار للحمل مع تعذر الجمع بينهما وعدم تعين واحد منهما في صورة إبهام الإقرار له يقتضي تعذر الحمل على
الجواز فيلزم الحكم بالفساد ولم يكتف في صحة الحمل على الجواز صلاحية وجه من الوجهين المذكورين للجواز وإن لم يتعين خصوصية واحد منهما الا يرى أن جهالة نفس المقر
لا يمنع صحة الإقرار بالاتفاق فكيف يمنعها جهالة سبب المقر به غاية الأمر أن يلزم المقر بيان خصوصية وجه من ذينك الوجهين كما يلزمه من بيان خصوصية المقر
المجهول فمن أين يلزم الحكم بالفساد وأما ثانيا فلأن ذلك الدليل منقوض بما إذا قال الرجل لك علي ألف درهم ولم يبين سببه فإن هذا إقرار بالدين صحيح بلا خلاف
مع أنه يحتمل الجواز وهو ظاهر والفساد بأن يكون بسبب ثمن خمر أو خنزير أو دم أو ميتة ولا شك أن الجواز الدين أسبابا كثيرة متعذرة الاجتماع ليس أحدها
أولى من الآخر وأما ثالثا فلأن التنظير المذكور فيه ليس بتام لأن الجهالة في مسألة بيع العبد المشتري مع عبد آخر من البائع ليست في السبب بل في قدر ثمن العبد
الذي اشتراه من البائع فإنه لما جاز بيعه بوجهين بأن يصرف إليه مثل الثمن الأول وبأن يصرف إليه أكثر من الثمن الأول ولم يتعين أحد ذينك الوجهين بخصوصية
الجهالة في ثمنه وجهالة الثمن في البيع مفسدة بلا كلام بخلاف جهالة السبب في الإقرار كما تحققته على أن تعليل فساد البيع في تلك المسألة بما ذكر ليس بتام أيضا لأنه متعين
بعقد بيع عبد آخر له فإن الجواز بيعه أيضا وجهين بأن يصرف إليه ما بقي من مثل الثمن الأول للعبد المشتري من البائع أو ما بقي من أكثر منه فإنه إذا صرف إلى أحدهما
شيء من الثمن المسمى فيما يكون الباقي منه مصروفا إلى الآخر ضرورة فتعدد وجه الجواز في أحدهما يقتضي تعدد وجه الجواز في الآخر أيضا مع أن بيع عبد آخر له في المسألة
المزبورة ليس بفاسد إجماعا وينتقض أيضا بصحة بيع العبدين جميعا فيما إذا باع العبد المشتري بألف بعد نقد الثمن مع عبد آخر له من البائع بألف وخمسمائة فإن
التعليل المذكور يجري في هذه الصورة أيضا بعينه بل مع زيادة لأنه يجوز أن يصرف إلى العبد المشتري من البائع في هذه الصورة أقل من الثمن الأول بخلاف
الصورة الأولى فازداد في هذه الصورة وجه آخر للجواز مع تخلف الحكم المذكور فيها ويمكن تعليل فساد بيع العبد المشتري من البائع في الصورة الأولى بوجه آخر
لا يرد عليه شيء من أوقى النقض فتأمل وراجع محلها قال أي القدوري في مختصره ومن أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح إقراره ولزمه أي لزم المقر ما أقر به لأن
له أي لإقراره وجها صحيحا وهو الوصية به أي بالحمل من جهة غيره أي غير المقر بأن أوصى بالحمل مالك الجارية أو مالك الشاة لرجل ومات فأقر وارثه وهو عالم بالوصية
مورثه بأن هذا الحمل لفلان فإذا صح ذلك الوجه وجب الحمل عليه وهو المراد بقوله فحمل عليه قال الشراح ولا وجه للميراث في هذه الصورة لأن من لزمه ميراث في
الحمل له ميراث في الحامل أقول ليس الأمر كذلك فإن الفقهاء صرحوا بأن من أوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء وسيأتي المسألة بعينها في كتاب الوصايا
من هذا الكتاب فحينئذ يجوز أن يوصي مالك الحامل بالحامل لرجل ويستثني حملها ويموت فأذن يصير الحامل للموصى له والحمل لوارث الميت فلو أقر الموصى له بعد أن
قبض الحامل باستحقاقه إياه بأن حمل هذه الحامل لوارث الميت المزبور صح إقراره وكان له وجه صحيح وهو الميراث فلا وجه لقولهم لا وجه للميراث في هذه الصورة
ولا لتعليلهم إياه بأن من له ميراث في الحمل له ميراث في الحامل تأمل جيدا فإن ما ذكرته وجه حسن دقيق لم تنبه له الجمهور ثم أقول يشكل بهذه المسألة الوجه الذي ذكر
في الكتاب وفي المبسوط من قبل أبي يوسف رحمه الله في المسألة الأولى في صورة إبهام الإقرار فإن مطلق الإقرار لم يصرف ههنا إلى الإقرار بسبب التجارة بأن
بيع الحمل من المقر له ونحو ذلك من سبب لغير الصالحة في حق الحمل بل صرف عندهم جميعا إلى الإقرار بسبب صحيح غير سبب التجارة فلم يتم ما ذكر في ذلك الوجه من أن
مطلق الإقرار ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة فيصير كما إذا صرح به فتدبر وقد رام جماعة من الشراح بيان الفرق لأبي يوسف رح بين هذه المسألة والمسألة الأولى
فقال صاحب الغاية والفرق لأبي يوسف رح بين هذه المسألة حيث جوز الإقرار بالحمل وبين المسألة الأولى حيث لم يجوز الإقرار بالحمل إذا أبهم الإقرار أن هنا طريق

قال ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط لان اخبار المفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم يتعد بهذا الشرط الباطل

باب الاستثناء

وما في معناه **قال** ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي

التصحيح متعين وهو الوصية بخلاف الاولى فان طريق التصحيح غير متعين لازدحام الميراث الوصية والى ذلك اشار محمد رح في الاصل لابي يوسف رح قال رايت لو ولدت غلاما وجارية كيف تقسم المال بينهما اثلاثا باعتبار الميراث ام نصفين باعتبار الوصية ففيه اشارة الى ان جواز الاقرار متعدد لاحتماله وجهين ارثا ووصية انتهى قال صاحب النهاية قد ذكرنا آنفا انه اذا كانت جهة الجواز متعددة لا يحمل على الجواز لتزاحم جهات الجواز ولم تكن احدها في الحمل عليها باولى من الاخرى واما اذا تعينت جهة الجواز فيحمل عليها فيصح الاقرار به كما في هذه المسئلة فان مزاحمة الميراث الوصية في حق الحمل عليه غير صحيح لان الوارث اذا كان له نصيب في الحمل كان له نصيب ايضا في الام بشيوع حقه في جميع التركة واما الوصية بحمل جارية او حمل شاة لا تكون وصية بالام فتعينت الوصية جهة الجواز فيجوز وهذا هو الفرق لابي يوسف رح في صحة اقراره مطلقا بحمل جارية لانسان وعدم صحة اقراره مطلقا للحمل بما ذكرنا ان هناك لصحة اقراره مطلقا جهتين الميراث والوصية وليس احدهما اولى من الاخرى فيبقى على البطلان انتهى وهكذا ذكر الفرق صاحب الكفاية ايضا اقول مدار ما ذكروه من الفرق على حرفين احدهما ان تعدد جهة الجواز ينافي الحمل على الجواز وثانيهما ان جهة الجواز في هذه المسئلة منحصرة في الوصية وقد عرفت ما في كل واحد فيهما بما ذكرناه في المتامين فيما مر آنفا قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط يعني ومن اقر لرجل بشيء على انه بالخيار في اقراره ثلثة ايام صح الاقرار وبطل الشرط اما بطلان الشرط وهو الاهم بالبيان فلما ذكره المصنف بقوله لان الخيار للفسخ اي لاجل الفسخ والاخبار لا يحتمله اي لا يحتمل الفسخ يعني ان الاقرار اخبار والاخبار لا يحتمل الفسخ لان الخبر ان كان صادقا فهو واجب العمل به اختاره او لم يختره وان كان كاذبا فهو واجب الرد لا يتغير باختياره وعدم اختياره وانما تاثير اشتراط الخيار في العقود ليتغير به صفة العقد ويتخير به من له الخيار بين فسخه وامضائه واما صحة الاقرار التي حكمها لزوم المقر به كما اشار اليه بقوله ولزمه المال اي لزم المقر المال الذي اقر به فلما ذكره بقوله لوجود الصيغة الملزمة وهي قوله علي ونحو ذلك ولم يتعد اي اللزوم وقيل اي لا اخبار بهذا الشرط الباطل يعني شرط الخيار اذ لا تاثير للباطل ولان الخيار في معنى التعليق بالشرط فيما دخل عليه وهو حكم العقد والاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط فكذلك لا يحتمل اشتراط الخيار الا ان التعليق يدخل على اصل السبب فيمنع كون الكلام اقرارا والخيار يدخل على حكم السبب فاذا لغا بقي حكم الاقرار وهو اللزوم كما ان التعليق بالشرط يمنع وقوع الطلاق واشتراط الخيار لا يمنعه كذا في المبسوط وغيره قال في المحيط البرهاني هذا اذا اقر بالمال مطلقا ولم يبين السبب فاما اذا بين السبب بان قال لفلان علي الف درهم من قرض او غصب بعينه او مستهلك او وديعة بعينها او مستهلكة علي اني بالخيار فالخيار باطل والمال لازم لانه وان بين السبب الا ان اشتراط الخيار فيما بين من السبب لا يصح لان سبب الوجوب ان كان استهلاكا فالاستهلاك بعد تحقق اصله لا يحتمل الفسخ فلا يصح اشتراط الخيار فيه وان كان قرضا او غصبا بعينه او وديعة بعينها فكذلك لا يصح اشتراط الخيار فيه وان كان قابلا للفسخ بالرد لان حق الفسخ للمقر ثابت من غير خيار بان يرد ما قبض فينفسخ القرض والغصب فلا يكون في اشتراط الخيار فائدة ولو قال لفلان علي الف درهم من ثمن بيع على ان المقر بالخيار لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الاصل في جانب المقر انما ذكره في جانب المقر له ولا شك ان المقر له اذا لم يصدق المقر في الخيار لا يثبت له الخيار لانه في الحاصل يدعي شراء بشرط الخيار وقد انكر البائع الخيار ولا شك انه يثبت متى صدقه المقر له في ذلك لان هذا اشتراط الخيار في سبب الوجوب وهو الشري واشتراط الخيار في الشري يستقيم بخلاف ما اذا ذكر المال مطلقا ولم يبين السبب لان هناك الخيار مشروط في الاقرار واشتراط الخيار في الاقرار لا يستقيم فان كذبه المقر له في الخيار فاراد هو ان يقيم بينة على الخيار لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الاصل قالوا ويجب ان لا تسمع بينته لان البينة انما تسمع اذا ترتب على دعوى صحيحة ودعوى الخيار من المقر هنا لم تصح لمكان المناقضة الى هنا لفظ المحيط

باب الاستثناء وما في معناه لما ذكر موجب الاقرار بلا مغير شرع في بيان موجب مع المغير وهو الاستثناء وما في معناه في كونه مغيرا كالشرط وغيره لان الاصل عدم التغيير قال اي القدوري في مختصره ومن استثنى متصلا باقراره اي موصولا باقراره لا مفصولا عنه صح الاستثناء ولزمه الباقي اي لزم المقر الباقي

لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لان المتكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه في الطلاق

بعد الثنيا لان الاستثناء مع الجملة اي مع صدر الكلام عبارة عن الباقي فان معنى قوله علي عشرة الا واحدا يعني علي تسعة لما عرف في الاصول ولكن لا بد من الاتصال لان الاستثناء بيان تغيير فيصح بشرط الوصل وهذا قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس رضي الله عنه جواز التاخير وقد عرف ذلك ايضا في الاصول وسواء استثنى الاقل اي الاقل من الباقي كما في قوله لفلان علي الف الا اربعمائة او الاكثر منه كما في قوله لفلان علي الف الا ستمائة يعني لا فصل بين كون المستثنى اقل او اكثر وهو ايضا قول الاكثر وفي العناية وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لم تتكلم بذلك وفي معراج الدراية وقال الفراء لا يجوز استثناء الاكثر من الاقل عن احمد رح مثله انتهى وفي الكافي عن ابي يوسف رح وهو قول مالك والفراء انه لا يصح استثناء الاكثر انتهى ويوافقه ما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه حيث قال واما اذا قال لفلان علي الف الا ستمائة وخمسين درهما فان الاستثناء يصح ويكون عليه خمسون درهما وهذا عندنا وعند مالك والفراء وهو قول ابي يوسف رح على ما روي عنه في غير رواية الاصول لا يصح الاستثناء ويلزمه الالف لان المستثنى اكثر من المستثنى منه انتهى قال جماعة من الشراح والدليل على جواز ذلك عندنا قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه او انقص منه قليلا او زد عليه اقول في كون هذه الآية الكريمة دليلا على جواز استثناء الاكثر نظر لان صاحب الكشاف قال في تفسير النصف بدل من الليل والا قليلا استثناء من النصف كانه قال قم اقل من نصف الليل ثم قال ان شئت جعلت نصفه بدلا من قليلا فعلى كلا الوجهين لم يكن الاستثناء المذكور من قبيل استثناء الاكثر اما على الوجه الاول فلان المستثنى لا يكون حينئذ قدرا معينا مخصوصا حتى يحكم بانه اكثر من الباقي نعم يعلم حينئذ انه اقل من النصف لكن يجوز ان يكون ذلك اقل من الباقي ايضا واما على الوجه الثاني فلان المستثنى يكون حينئذ هو النصف لا الاكثر والمدعى جواز استثناء الاكثر فالاظهر في الاستدلال عليه ما ذكر في كثير من الشروح وهو ان طريق صحة الاستثناء بان يجعل عبارة عما وراء المستثنى ولا فرق في ذلك بين استثناء الاقل والاكثر وعدم تكلم العرب به لا يمنع صحته اذا كان موافقا للطريق المعهود الا يرى ان استثناء الكسور لم تتكلم به العرب وكان صحيحا ويوافقه ما ذكره صاحب البدائع حيث قال واما استثناء الكثير من القليل بان قال لفلان علي عشرة دراهم الا تسعة فجائز في ظاهر الرواية ويلزمه درهم الا ما روي عن ابي يوسف رح انه لا يصح وعليه العشرة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان المنقول عن ائمة اللغة ان الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا وهذا المعنى كما يوجد في استثناء القليل من الكثير يوجد في استثناء الكثير من القليل الا ان هذا النوع من الاستثناء غير مستحسن عند اهل اللغة لانهم انما وضعوا الاستثناء لحاجتهم الى استدراك الغلط ومثل هذا الغلط يندر وقوعه غاية الندرة فلا حاجة الى استدراكه لكنه يحتمل الوقوع في الجملة فيصح انتهى كلامه ثم ان لجواز استثناء الاكثر دليلا آخر قويا ذكره ابن الحاجب في مختصره من اصول الفقه وهو قوله تعالى ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين فان الغاوين اكثر بدليل قوله تعالى وما اكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين فان استثنى الجميع اي الكل بان قال لفلان علي الف درهم الا الف درهم لزمه الاقرار اي لزم المقر جميع ما اقر به وبطل الاستثناء اي بطل ما ذكره في صورة الاستثناء لانه اي لان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا اي بالباقي بعد الثنيا ولا حاصل بعده اي ولا باقي بعد استثناء الجميع فلم يتحقق معنى الاستثناء فيكون رجوعا اي فيكون ما ذكره في صورة الاستثناء رجوعا عن الاقرار لا معالة لا استثناء حقيقيا والرجوع عن الاقرار في حقوق العباد باطل وان كان موصولا لانه انما يصح موصولا انما يكون فيه معنى البيان لاول كلامه الا بطال ليس من البيان في شيء كذا في المبسوط وغيره قال في غاية البيان وكذلك اذا استثنى اكثر من الالف لانه لما لم يجز استثناء الالف من الالف فلان لا يجوز استثناء الالف وزيادة اولى قال المصنف رح وقد مر الوجه في الطلاق اي في فصل الاستثناء في كتاب الطلاق اعلم ان هذا الذي ذكره فيما اذا كان المستثنى من جنس لفظ المستثنى منه واما اذا كان المستثنى من خلاف جنس لفظ المستثنى منه صح الاستثناء وان اتى على جميع المستثنى منه نحو ان يقول نسائي طوالق الا هؤلاء وليس له نساء الا هؤلاء لا يصح الاستثناء ولم تطلق واحدة منهن ولو قال نسائي طوالق الا نسائي لم يصح الاستثناء وطلقن كلهن كذا لو قال عبيدي احرار الا عبيدي لم يصح الاستثناء وعتقوا

تسعة

ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز وهذا عند ابي حنيفة رح
وابي يوسف رح ولو قال له علي مائة درهم الا شيئا لم يصح الاستثناء وقال محمد رح لا يصح فيهما وقال الشافعي رح
يصح فيهما لهما ان الاستثناء والولاء لا يدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي رح انهما اتحدا جنسا من حيث المالية

كلهم ولو قال عبيدي احرار الا هؤلاء وليس له عبيد غيرهم ولا لم يعتق واحد منهم وكذلك لو قال اوصيت بثلث مالي الا الف درهم وماله ثلث مالة الف درهم صح الاستثناء
وبطلت الوصية ولو قال اوصيت بثلث مالي لفلان الا ثلث مالي كان للموصى له ثلث ماله ولا يصح الاستثناء وكذا في شرح الطحاوي ولقد افصح المصنف رح عن هذا
في الباب الاول من ايمان الزيادات حيث قال استثناء الكل من الكل انما لا يصح الا اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ اما اذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح كما قال انت طالق
الا ثلاثا لا يصح الاستثناء ولو قال عمرة وزينب وسعاد حرائر الا على الكل صح انتهى وقال صاحب النهاية بعد نقل ذلك ههنا وهذا الفقه وهو الاستثناء تصرف لفظي فيقتضي
على صحة اللفظ لا على صحة الحكم الا ترى انه اذا قال لامرأته انت طالق ست طلقات الا اربعا يصح الاستثناء حتى يقع تطليقتان وان كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم
لان الطلاق لا مزيد له على الثلث ومع هذا لا يجعل كانه قال انت طالق ثلثا الا اربعا لما ذكرنا ان صحة الاستثناء تتبع صحة اللفظ دون الحكم وتحقيقه هو ان الاستثناء متى وقع
بغير اللفظ الاول فهو يصلح لاخراج بعض ما تناوله صدر الكلام او للتكلم بالحاصل بعد الثنيا لانه انما صار كلاما ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لامر يرجع الى ذات اللفظ او مقصوده
ان يدخل في ملكه غير هذه الجواري او العبيد واذا كان كذلك صح الاستثناء بخلاف ما اذا وقع الاستثناء بعين ذلك اللفظ لانه لا يصلح لاخراج بعض ما تناوله ولا للتكلم
بالحاصل بعد الثنيا فلم يصح الاستثناء انتهى كلامه فتفطن اثره صاحب الكفاية في بيان الفقه والتحقيق بعين تحريره وصاحب العناية ايضا ولكن تغير اسلوب تحريره
اقول التحقيق الذي ذكره مما لا يساعده لفظ المص رح في الزيادات لان قولهم ان الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الاول فهو يصلح لاخراج بعض ما تناوله صدر الكلام
او للتكلم بالحاصل بعد الثنيا انما يتمشى عند كون غير اللفظ الاول اخص من اللفظ الاول بحسب المفهوم واما عند كونه مساويا له بحسب المفهوم كما لو قال نسائي
كذا الا طالق والا زواجي او كونه اعم منه بحسبه كما لو قال هؤلاء طوالق الا نسائي فلا يتمشى ذلك قطعا وقول المصنف رح في الزيادات اما اذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح
يتناول ما كان مساويا له وما كان اعم منه ايضا لان كل واحد منهما غير ذلك اللفظ لا عينه فيقتضي ان يصح الاستثناء فيهما ايضا وليس الامر كذلك كما صرحوا به
قال في التوضيح بعد ان قال الاستثناء المستغرق باطل واصحابنا قيدوه بلفظ او بما يساويه نحو عبيدي احرار الا عبيدي او الا مماليكي لكن ان استثنى بلفظ يكون
اخص منه في المفهوم لكن في الوجود يساويه يصح نحو عبيدي احرار الا هؤلاء ولا عبيد له سواهم انتهى وقال بعض الافاضل في اصوله بعد ان قال الاستثناء المستغرق
باطل بالاتفاق وقال مشائخنا هذا اذا كان بلفظه نحو نسائي طوالق الا نسائي او بما يساويه نحو نسائي طوالق الا حلائلي او باعم منه وان استثنى بلفظ يكون اخص منه
في المفهوم يصح وان كان يساويه في الوجود نحو نسائي طوالق الا زينب هند وبكرة وعمرة او الا هؤلاء ولا نساء له سواهن حتى لا يطلق واحدة منهن انتهى كلامه فقد ذكرنا فيما نقلنا عن غاية البيان
عدم صحة الاستثناء فيما اذا كان المستثنى اكثر من المستثنى منه اي اعم منه ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز هذا لفظ القدوري
في مختصره يعني يصح الاستثناء ويطرح من المائة قيمة الدينار او قيمة قفيز الحنطة قال المص رح وهذا اي الحكم المذكور عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله استحسانا ولو قال
له علي مائة اي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء قياسا واستحسانا باتفاق اصحابنا وقال محمد رح لا يصح فيهما اي في الوجهين وهو القياس وبه قال زفر رح واحمد رح
وقال الشافعي رح يصح فيهما اي في الوجهين وبه قال مالك رح لمحمد رح ان الاستثناء والولاء لا يدخل تحت اللفظ يعني ان الاستثناء تصرف في اللفظ وهو اخراج بعض ما تناوله
صدر الكلام على معنى انه لولا الاستثناء لكان المستثنى داخلا تحت صدر الكلام وهذا المعنى لا يتحقق في خلاف الجنس اي في استثناء خلاف الجنس واطلاق الاستثناء
على المنقطع بطريق المجاز وللشافعي رح انهما اي المستثنى والمستثنى منه اتحدا جنسا من حيث المالية يعني ان الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع
بتحقق المقتضي وهو التصرف اللفظي قال في الكافي والكلام مع الشافعي رح بناء على الاختلاف في كيفية عمل الاستثناء فعنده الاستثناء يمنع الحكم بطريق المعارضة
اي انما امتنع ثبوت الحكم في المستثنى لدليل معارض كدليل الخصوص في العام فتقديره قوله لفلان علي عشرة الا درهما فانه ليس على فعدم لزوم الدرهم للدليل المعارض

وهما ان المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية وهذا في الدينار ظاهر والمكيل والموزون اوصافهما اثمان

لاول كلامه لا لانه يصير بالاستثناء كانه لم يتكلم به لان اهل اللغة اطبقوا ان الاستثناء من النفي اثبات ومن الاثبات نفي وهذا اجماع منهم ان الاستثناء حكما تعارض حكم الصدر ولان كلمة الشهادة كلمة توحيد بالاتفاق فلو لم يكن للاستثناء حكم لقيامه حكم الصدر كان نافيا للشركة لا توحيدا فاذا ثبت هذا الاصل فقال العمل بالدليل المعارض واجب بحسب الامكان وقد امكن هنا للمجانسة من حيث المالية وعندنا الاستثناء يمنع التكلم بحكمه بقدر المستثنى فيصير كالمتكلم بما وراء المستثنى ويخرج كلامه في القدر المستثنى من ان يكون ايجابا بقوله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما وامتناع ثبوت الحكم لقيام الدليل المعارض يكون في الايجاب لا في الاخبار وقد قال اهل اللغة قاطبة ان الاستثناء استخراج وتكلم بالباقي بعد الثنيا فيجمع بين القولين ونقول انه استخراج وتكلم بالباقي بوضعه واثبات ونفي باشارته واختير الاثبات في كلمة التوحيد والنفي قصدا لانه المقصود اذ الكفار يقرون به الا انهم يشركون معه غيره قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله فاذا ثبت هذا الاصل فيقول الخ وسلك صاحب النهاية هذا المسلك في حل هذا المقام الا انه قال في اثناء تقريره كلام الشافعي رح بعد قوله يجب العمل بالدليل المعارض بحسب الامكان فان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين فيمتنع العمل بقدره وان لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة فيمتنع ثبوت الحكم بقدر قيمة المستثنى وقد افتى اثره بعض من الشراح وقال صاحب العناية وكلام المص رح كما ترى يشير الى ان المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعي رح ايضا وهو الحق وقرر الشارحون كلامه على انها ليست بشرط بناء على ان الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة وليس بصحيح لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ونحن نقول بان الاستثناء لبيان ان الصدر لم يتناول المستثنى فهو احوج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول هذا انتهى كلامه اقول لم يقل احد من الشارحين بان المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه ليست بشرط عند الشافعي رح سوى صاحب العناية فانه قال خلافا للشافعي رح لان الاستثناء كلام آخر تعارض الصدر بحكمه وليس من شرطه المجانسة الا يرى الى قوله ع وبلدة ليس بها انيس * الا اليعافير والاعيس فدل على انه من خلاف الجنس انتهى واما ما قاله صاحب النهاية ومن تبعه من انه ان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين وان لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة فليس بدال على ذلك لان المراد بالجنس في قولهم ان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين ما هو جنس صورة ومعنى لا المطلق الجنس الشامل لما هو جنس معنى فقط والا لم يتم قولهم كان الدليل المعارض في العين كما لا يخفى على المتامل فكان المراد بالجنس في قولهم وان لم يكن من جنسه ما هو جنس صورة ومعنى ايضا فالمفهوم منه انتفاء المجانسة بهذا المعنى في بعض مواد الاستثناء وهذا لا ينافي كون المجانسة في الجملة شرطا عند الشافعي رح ايضا في جميع مواد الاستثناء كما بين الدرهم والثوب من حيث المالية فقول الشارح الاكمل اقرر الشارحون كلامه على انها ليست بشرط ليس بتام ولهما اي لابي حنيفة رح ولابي يوسف رح ان المجانسة في الاول اي في الوجه الاول وهو قوله له علي مائة درهم الا دينارا والا تغير خطة ثابتة من حيث الثمنية يعني ان شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهي في الوجه الاول ثابتة من حيث الثمنية دون الوجه الثاني وهو قوله علي مائة درهم الا ثوبا قال في العناية وتحقيقه ان عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب فيه احد وانما الكلام في تناولها اياه حكما فقلنا يتناول ما كان على اخص اوصافها الذي هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعدديات المتفاوتة اما الدينار فظاهر يعني اما ثبوت المجانسة من حيث الثمنية في صورة استثناء الدينار في الوجه الاول فظاهر لان كلا من الدينار والدرهم من جنس الاثمان من حيث الذات بلا اشتباه والمكيل والموزون اوصافهما اثمان يعني واما ثبوت المجانسة من حيث الثمنية في صورة استثناء قفيز حنطة في الوجه الاول فلان المكيل والموزون اوصافهما اثمان توضيحه ان المكيلات والموزونات اثمان باوصافها وان لم يكن اثمانا من حيث الذات حتى لو عينت في العقد تعلق العقد بعينها الا انها اذا وصفت تثبت في الذمة حالا ومؤجلا ويجوز الاستقراض بها فكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنى وان كانت اجناسا صورة والاستثناء استخراج

اما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب مطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدرا بها اهم فصار بقدر المستثنى من الدراهم
ولا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح **قال** ومن اقر لحق وقال ان شاء الله
متصلا باقراره لا يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد
ابطل اقراره وان كان الثاني فكذلك امـا لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه

تكلم بالباقي معنى لا صورة لانه تكلم بالباقي صورة كذا في الكافي والشروح اما الثوب في الوجه الثاني فليس بثمن اصلا اي لا ذاتا ولا وصفا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة
بل يثبت سلما او ابتداء بمعنى انه اذا كان البيع ثيابا موصوفة وجبا فان كان استثناؤه من الدراهم استخراجا صورة ومعنى فكان باطلا وما يكون ثمنا صلح مقدرا بالكسر الدال على صيغة اسم الفاعل للدراهم اي الداخل
تحت المستثنى من الدراهم بحصول المجانسة بينهما باشتراكهما في اخص الاوصاف فصار بقدره مستثنى من الدراهم بقيمته فصار تقدير الكلام له علي مائة الا قدر قيمة المستثنى وفي الذخيرة اذا صح الاستثناء بطرح
قدر قيمة المستثنى من المقر به اذا كانت قيمة المستثنى يستغرق ما اقر به لا يلزمه شيء وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا للدراهم لعدم المجانسة فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا وفي بعض النسخ فبقي المستثنى
من الدراهم مجهولا فلا يصح اي الاستثناء فيحمل على البيان في لا يمتنع به صحة الاقرار لما تقرر ان جهالة المقر به لا يمنع صحة الاقرار ولكن جهالة المستثنى تمنع صحة الاستثناء لان جهالة
المستثنى تورث جهالة في المستثنى منه فبقي المقر به مجهولا كذا في النهاية ومعراج الدراية قال في العناية ولقائل ان يقول ما ليس بثمن لا يصلح ان يكون مقدرا من
حيث اللفظ ومن حيث القيمة والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني ممنوع فان المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة والجواب ان التقدير الاستثنائي يقتضي
حقيقة المجانسة ومعناه بما ذكرناه من حيث اخص الاوصاف استحسانا فلا بد من تقدير المجانسة ثم لم يصر الى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات انتهى اقول بقي هنا
كلام آخر وهو انهم صرحوا بان ما يكون ثمنا لوصفه كالمكيل والموزون انما يكون ثمنا واجبا في الذمة بسبب الوصف كالحنطة الرديئة والخربة لا بسبب الذات
والعين حتى لو عين يتعلق العقد بعينه فيكون بيع مقايضة ولا يجب في الذمة ولو وصف ولم يعين صار حكمه كحكم الدينار والدرهم فيجب في الذمة فالظاهر ان مثل
هذا انما يصلح ان يكون مقدرا للدراهم اذا كان موصوفا لا مطلقا وفي مسئلتنا هذه لم يوصف قفيز حنطة بشيء فلا يصلح ان يكون مقدرا للدراهم فيبقى المستثنى من
الدراهم مجهولا في هذا الوجه ايضا فينبغي ان لا يصح الاستثناء في قوله الا قفيز حنطة فليتامل في الجواب قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بحق وقال ان شاء الله
متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار قال في الباب الاول من اقرار المبسوط لو قال غصبتك هذا العبد امس ان شاء الله تعالى متصلا استحسانا وفي القياس استثناؤه
باطل لان ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط وذلك انما يصح في الانشاءات دون الاخبارات ولكن استحسن لان الاستثناء يخرج الكلام من ان يكون عزيمة لا ان
يكون في معنى الشرط فان الله تعالى اخبر عن موسى عليه السلام حيث قال ستجدني ان شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يعاتب على ذلك والوعد من الانبياء كالعهد من
غيرهم فدل على ان الاستثناء مخرج للكلام من ان يكون عزيمة وقال صلى الله عليه وسلم من استثنى فله ثنياه والاقرار لا يكون ملزما الا بكلام هو عزيمة لكن انما يعمل
هذا الاستثناء اذا كان موصولا بالكلام لا اذا كان مفصولا عنه فان المفصول بمنزلة النسخ والتبديل والمقر لا يملك ذلك في اقراره فكذا لا يملك الاستثناء المفصول
وهذا بخلاف الرجوع عن الاقرار فانه لا يصح وان كان موصولا لان رجوعه نفي لما اثبته فكان تناقضا منه والتناقض لا يصح مفصولا كان او موصولا اما هذا فبيان
فيه تغيير وبيان التغيير يصح موصولا لا مفصولا لا بمنزلة التعليق بالشرط انتهى ما في المبسوط قال المصنف رحمه الله في تعليل مسئلة الكتاب لان الاستثناء بمشيئة الله ابطال
كما هو مذهب ابي يوسف رحمه الله او تعليق كما هو مذهب محمد رحمه الله كذا ذكره الامام قاضيخان في طلاق الجامع الكبير واختاره بعض شراح هذا الكتاب وقيل الاختلاف على
العكس كما ذكر في طلاق الفتاوى الصغرى والتتمة واختاره بعض آخر من شراح هذا الكتاب وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله انت طالق عند من
قال انه ابطال لمنع الطلاق وعند من قال انه تعليق يقع فانه اذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فيقع وكيف ما كان لم يلزمه الاقرار
كما بينه المصنف رحمه الله بقوله فان كان الاول وهو الابطال فقد بطل وان كان الثاني وهو التعليق وكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لان الاقرار اخبار
عما سبق والتعليل انما يكون بالنسبة الى المستقبل وبينهما منافاة ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صدقا لا يصير كذبا بالتعليق بالشرط وان كان كذبا
لا يصير صدقا بوجود الشرط فلغو التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه اي لا يطلع عليه فان وقوع مشيئة الله تعالى مما لا يكاد ان يطلع عليه احد والتعليق بما لا يوقف عليه

كما ذكر في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء رأس الشهر او اذا امطر الناس لانه في معنى بيان المدة
فيكون تعليقا لا اقرارا فيلتحق بركنه المقر له في الاجل لكون المال حالا وقيل من قرية الصلة
بناء فاسد المقر له الدار والبناء لان البناء داخل في هذا اقرار معنى لفظا ولا استثناء تصرف في الملفوظ

غير صحيح لانه يكون اعداما من الاصل كما ذكر في الطلاق اي في فصل الاستثناء من كتاب الطلاق ولو قال لفلان علي الف ان شاء فلان فقال فلان قد شئت فهذا
اقرار باطل لانه علقه بشرط في وجوده خطر والاقرار لا يحتمل التعليق بالخطر لان التعليق بما فيه خطر يمين والاقرار لا يحتمله لانه اخبار فيدور بين الصدق والكذب فان كان
صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلا يليق التعليق به اصلا انما التعليق فيما هو ايجاب يتمين به انه ليس بايقاع ما لم يوجد
الشرط وكذلك كل اقرار علق بالشرط او الخطر نحو قوله ان دخلت الدار وان مطرت السماء وان هبت الريح او ان قضى الله تعالى او ان اهدى فلان الى فلان او ان شهرت بذلك وان هبت مالا او ان كان كذلك وان كان حقا وهذا كله مبطل للاقرار اذا وصله بالكلام الذي ذكرنا كذا في النهاية لفلان عن المبسوط وفي
غاية البيان لفلان عن شرح الكافي للحاكم الشهيد بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء رأس الشهر او اذا امطر الناس لانه في معنى بيان المدة
من حيث العرف لان الناس يعدادون بذكر هذه الاشياء اجل الاجل فحسب لان الدين المؤجل يصير حالا بالموت ويجيء رأس الشهر والمطر من اجال الناس فترك الحقيقة
للعرف فيكون تاجيلا اي فيكون ذكر هذه الاشياء منه تاجيلا اي دعوى الاجل الى الاوقات المذكورة لا تعليقا اي لا يكون تعليقا بالشرط حتى لو كذبه المقر له
في الاجل يكون المال حالا لان دعوى الاجل من المقر غير مقبولة عندنا الا ان يثبته بالبينة او يصدقه المقر له كما تقدم قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بدار
بناء النفسه بان قال هذه الدار لفلان الا بناءها فالمقر له الدار والبناء لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى اي تبعا لا لفظا اي لا مقصودا بالفظ لان البناء وصف
في الدار والوصف يدخل تبعا لا قصدا ولهذا لو استحق البناء قبل القبض في بيع الدار لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري والاستثناء تصرف في الملفوظ
الملفوظ عبارة عما دار المستثنى فما لا يتناوله اسم الدار لا يتحقق فيه عمل الاستثناء كذا قالوا اقول هذا وان كان موافقا لما ذكره الصدر وغيره في كتاب الايمان من ان الدار
اسم للعرصة عند العرب والعجم والبناء وصف فيها الا انه مخالف لما ذكر في كتب اللغة فانه قال في المغرب الدار اسم جامع للبناء والعرصة وقال في القاموس الدار المحل
البناء والعرصة ولا يخفى ان الظاهر المتبادر من ذلك ان يكون الدار اسما لمجموع البناء والعرصة لا اسما للعرصة وحدها فتامل قال الشريعة فان قلت يشكل ما ذكر بما اذا
قال لفلان علي الف درهم الا قفيز حنطة فان الحنطة دخلت في الدار معنى لا لفظا حتى يصح استثناؤه قلت الدراهم تتناول الحنطة من حيث المعنى فيتناولها اللفظ من
جهة المعنى فيصح الاستثناء ولا كذلك الدار فانها ليست باسم للعرصة والبناء حتى يكون ذكر الدار ذكر البناء بطريق التناول قصدا بل الدار اسم للعرصة والبناء صفة له
على ما ذكرنا والوصف يدخل تبعا لا قصدا فلا يصح استثناء الوصف فافترقا انتهى كلامه انتهى اشرة الشارح العيني اقول التعرض للفرق بين المسئلتين مما لا بد منه جدا
وقد اهمله اكثر الشراح لكن المرتبة التي ذكرها الشارحان المزبوران لا تقطع الكلام ههنا اذ لقائل ان يقول ان اريد تناول الدراهم الحنطة من حيث المعنى تناولها اياها
من حيث المعنى الوضعي للفظ الدراهم فهو ممنوع جدا الا يرى الى ما مر في تلك المسئلة من ان التحقيق ان عدم تناول الدراهم غير الفظ الا يرتاب فيه احد وانما الكلام في
تناولها اياه حكما فقلنا يتناولها ان كان على اخص وصافها الذي هو التثمين وان اريد بذلك تناولها اياه من حيث الحكم فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعا اذ المصنف رح
صرح ههنا بان الاستثناء تصرف في الملفوظ فتناول لفظ الدراهم الحنطة من جهة الحكم لا يكفي في صحة الاستثناء كيف ولو كفى تناول لفظ الدراهم الحنطة من حيث الحكم
فقط في صحة استثناء الحنطة من الدراهم لكفى تناول اسم الدار البناء من حيث الحكم فقط ايضا في صحة استثناء البناء من الدار
فان البناء داخل في بيع الدار وفي حكم الاقرار بالدار ونحوها حتى يملك المشتري والمقر له البناء ايضا فلا بد من زيادة ايضاح وتقرير فيقول المراد بذلك هو
التناول من حيث الحكم لكن قصدا لا تبعا والدراهم تتناول الحنطة باعتبار كونها على اخص وصافها الذي هو التثمين تناولا قصديا لا تبعيا فان ما تحقق فيه التثمين كالدنانير والمكيل
والموزون والعددي المتقارب من قبيل الذوات فيجوز ان يكون مقصودا من الدراهم لمشاركته اياها في اخص وصافها وهو التثمين وكونه باعتبار ذلك بمنزلة جنس واحد ولا كذلك الدار

والنقض في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لانه داخل فيه
لفظا ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء وكانه قال بياض هذه الارض
لفلان دون البناء بخلاف ما اذا قال مكان العرصة لم يصح حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار

مع البناء فان البناء وصف للدار فلا يدخل في حكمها الا تبعا وبالجملة فرق بين ما يتناوله اللفظ حكما وبين ما يتبع متناوله في الحكم فان الاول مدلول حكمي للفظ مقصود فيه
اصالة فيكون استثناؤه تصرفا في الملفوظ لا في مدلول اللفظ حكما فيصح والثاني خارج عن مدلول اللفظ وضعا وحكما غير مقصود منه اصلا لكنه تابع لمدلوله في الحكم فاشبه
الملفوظ فلا يكون استثناؤه تصرفا في الملفوظ فلا يصح قال المصنف رح والنقض في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار يعني لا يصح استثناء النقض في الاقرار بالخاتم
ولا استثناء النخلة في الاقرار بالبستان كما لا يصح استثناء البناء في الاقرار بالدار لانه اي لان كل واحد من النقض والنخلة يدخل فيه اي يدخل في المقصود تبعا لا لفظا والاستثناء
تصرف في الملفوظ كما مر قال بعض العلماء قول المصنف رح هنا ان النقض يدخل تبعا لا لفظا ينافي قوله فيما مر ان اسم الخاتم يشمل الكل اقول يمكن ان يقال ان مراده بشمول
اسم الخاتم الكل في قوله السابق اعم من الشمول القصدي والتبعي ومراده بنفي دخول النقض في الخاتم لفظا في قوله اللاحق نفي الدخول القصدي فلا منافاة بينهما قال في
البدائع ولو اقر الانسان بدار واستثنى بناءها لنفسه فالاستثناء باطل لان اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة في اللغة وانما البناء فيها بمنزلة الصفة
فلم يكن المستثنى من جنس المستثنى منه فلم يصح الاستثناء ويكون الدار مع البناء للمقر له لانه ان لم يكن اسما عاما لكنه يتناول هذه الاجزاء بطريق التضمن كمن اقر لغيره بخاتم له كان
الحلقة والفص لا لانه اسم عام بل هو اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان قوله لان اسم الدار
لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة مما لا يساعده كتب اللغة الا يرى الى ما قال في المغرب الدار اسم جامع للبناء والعرصة والى ما قال في القاموس الدار المحل
يجمع البناء والعرصة واما ثانيا فلان قوله لان يتناول هذه الاجزاء بطريق التضمن يدل على ان البناء جزء من معنى اسم الدار وهذا مع كونه مخالفا لما قاله اولا من ان اسم الدار
لا يتناول البناء لغة يقتضي صحة استثناء البناء لنفسه للقطع بصحة استثناء الجزء من الكل كما لو قال له على عشرة الا واحدا لا يقال يجوز ان يكون مراده بالتضمن معنى التبعية الاخرى
فيؤول الى ما قاله المصنف رح غيره ولانا نقول مع ابا قوله هذه الاجزاء عن ذلك التوجيه جدا يمنعه قوله في نظيره بمسئلة الاقرار بالخاتم بل هو اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة
والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن فانه نص في دخول الفص كالحلقة بطريق الاصالة دون التبعية وهو خلاف ما صرح به المص وسائر الثقات بخلاف ما اذا قال الا ثلثها
اي اذا قال هذه الدار لفلان الا ثلثها او الا بيتا منها حيث يصح الاستثناء ويكون للمقر له ما عدا ثلث الدار وما عدا البيت لانه اي لان كل واحد من الثلث والبيت
داخل فيها اي في الصدر الذي هو الدار لفظا ومقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن كذا قالوا اقول كون البيت داخلا في الدار لفظا ومقصودا
مشكل على القول بان الدار اسم للعرصة كما ذكروه في كتاب الايمان استدلوا به على ان من حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت وصارت صحرا حيث اذ على القول
ان يكون البيت داخلا في الدار لفظا ومقصودا يكون جزءا من مدلول لفظ الدار فلا يكون الدار حينئذ اسما للعرصة فقط بل لمجموع العرصة والبيوت فاذا انهدمت وصارت
صحرا لزم ان تنعدم بانعدام بعض اجزائها فلم نظر وجه الحنث في المسئلة المذكورة والعجب من صاحب البدائع انه قال ههنا بخلاف ما اذا استثنى ربع الدار او ثلثها او بيتا منها
انه يصح الاستثناء لما بينا ان الدار اسم للعرصة فكان المستثنى من جنس المستثنى منه فصلح انتهى فان كون الدار اسما للعرصة يقتضي عدم صحة الاستثناء في صورة استثناء البيت
من الدار لان البيت ليس من جنس العرصة اذ البيت اسم لبناء مستف له حوائط اربعة على قول او ثلثة على قول آخر كما عرف في الايمان في مسئلة ما لو حلف لا يدخل بيتا فدخل صفة
والعرصة هي البقعة كما سيأتي فان هذه من ذلك فاذكره يكون حجة عليه الا في ما يمكن الصور ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال هذا لفظ القدوري ايضا يعني
يكون البناء للمقر والعرصة لفلان قال المص في تعليله لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء يعني ان العرصة في اللغة عبارة عن بقعة ليس فيها بناء فلما اعتبر في مسماها الخلو
عن البناء لم يتبعها البناء في الحكم فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان وقال المصنف رح بخلاف ما اذا قال مكان العرصة او ارضا اي بخلاف ما اذا قال بناء
هذه الدار لي والارض لفلان حيث يكون البناء للمقر له مع الارض لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء بناء على ان الارض اصل والبناء تبع والاقرار بالاصل اقرار بالتبع كالاقرار

بالدار ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال في هذا عندي وجه واحد وهو ان يصدقه ويسلم العبد جوابه ذكر لان الثابت تصادقهما كالثابت معاينة

بالدار حيث يكون البناء ايضا للمقر له هناك وان استثناه لنفسه كما مر فان قلت يشكل على هذا لو قال البناء لفلان والارض لآخر فانه كما قال حتى يكون البناء للاول والارض للثاني ولم يقل هناك الا اقرار بالارض اقرار بالبناء فما وجه الفرق بينهما قلت الفرق بينهما من حيث ان اول كلامه فيما اوردت اقرار معتبر بالبناء للاول فيجب ان آخر كلامه اقرار بالارض والبناء لكن لا اقراره فيما صار مستحقا لغيره لا يصح فكان الثاني الارض خاصة واما فيما نحن فيه فآخر كلامه اقرار بالارض والبناء وهما جميعا ملكه فصح اقراره بهما للمقر له وذلك لان اول كلامه وهو قوله بناء هذه الدار لي غير معتبر لانه قد كان له قبل ان يذكره فبقي قوله وارضها لفلان والاقرار بالاصل يوجب ثبوت حق المقر له في البيع توضيح الفرق ان البناء في تلك المسألة لما صار للمقر له الاول خرج من ان يكون تبعا للارض حكما فاقراره بالارض الثاني بعد ذلك لا يتعدى الى البناء وفي مسألتنا البناء باق على ملك المقر فكان تبعا للارض فاقراره بالارض يثبت الحق للمقر له في البناء تبعا كذا في المبسوط اعلم ان هذا الجنس خمس مسائل وتحريرها على اصلين احدهما ان الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس والثاني ان اقرار الانسان حجة على نفسه وليس بحجة على غيره اذا عرفت هذا فنقول اذا قال بناء هذه الدار لي وارضها لفلان كانت الارض والبناء لفلان لان بقوله البناء لي ادعى البناء وبقوله الارض لفلان اقر لفلان بالبناء تبعا لاقراره بالارض والاقرار بعد الدعوى صحيح واذا قال ارضها لي وبناؤها لفلان فهو على ما اقر لان بقوله ارضها لي ادعى البناء لنفسه تبعا وبقوله والبناء لفلان اقر بالبناء لفلان والاقرار بعد الدعوى صحيح ويؤمر المقر بنقل البناء من ارضه واذا قال ارض هذه الدار لفلان وبناؤها لي فالارض والبناء للمقر له لان بقوله ارضها لفلان اقر لفلان بالبناء تبعا وبقوله وبناؤها لي ادعى البناء لنفسه والدعوى بعد الاقرار لا تصح واذا قال ارض هذه الدار لفلان وبناؤه لفلان آخر فالارض والبناء للمقر له الاول لان بقوله ارض هذه الدار لفلان صار مقرا لفلان بالبناء تبعا للارض وبقوله وبناؤه لفلان آخر كان مقرا على الاول والاقرار على الغير لا يصح واذا قال بناء هذه الدار لفلان وارضها لفلان آخر فهو كما قال لان بقوله اولا بناء هذه الدار لفلان صار مقرا بالبناء له وبقوله وارضها لفلان آخر صار مقرا على الاول بالبناء للثاني والاقرار على الغير باطل كذا في الذخيرة ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك الى هنا لفظ القدوري في مختصره قال اي قال المص رحمه الله هذا اي ما ذكر من المسألة على وجه واحد هذا اي هذا الوجه وهو ان يصدقه اي ان يصدق المقر له المقر ويسلم العبد وجوابه اي جواب هذا الوجه ما ذكر من قوله قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال بعض الفضلاء فيه انه اذا سلم العبد وكيف يقال له ان شئت فسلم العبد الى آخره اقول ما ذكره انما يتجه ان لو كان لفظ يسلم في قول المصنف رح ويسلم العبد من سلمه اليه اما اذا كان من سلمه له اي جعله سالما له فلا لان سلامة العبد للمقر انما يحصل باعتراف المقر له بانه عبدك لا عبدي وقد تحقق هذا قبل تسليم العبد الى المقر فلا ينافي ان يقال له ان شئت فسلم العبد الخ وقد استعمل المصنف رح سلمه مرادا به المعنى المذكور في مواضع من كتابه هذا منها ما سيأتي في فصل الدين المشترك من باب الصلح في الدين حيث قال فان سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشاركه القابض لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم انتهى ويحتمل ان يكون لفظ يسلم هنا ثلاثيا من السلامة من التسليم ويكون العبد فاعلا لا مفعولا فحينئذ لا يتوهم المنافاة اصلا قال المصنف رح في تعليل جواب الوجه المذكور لان الثابت تصادقهما كالثابت معاينة يعني انهما تصادقا في هذا الوجه والثابت بتصادقهما كالثابت معاينة ولو عاينا انه اشترى منه هذا العبد بالف والعبد في يده كان عليه الف درهم كذا ههنا قال صاحب العناية وفيه نظر لانهما اذا تصادقا وثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الامر بتسليم الثمن على المشتري ثم تسليم العبد على المقر والجواب ان ذلك حكم ما اذا ادعى المقر له تسليم الثمن وليس ما نحن فيه كذلك فان حكمنا بذلك كان حكما بما لا يدعيه احد وذلك باطل الى هنا كلامه وطعن بعض الفضلاء في جوابه بان قال وليت شعري ان ما ذكر في الكتاب حكم اية مسألة انتهى اقول ما ذكر في الكتاب حكم مسألة الاقرار فان نفس الاقرار والتصادق لا يقتضي الحكم بتسليم الثمن على المشتري ولا الحكم بتسليم العبد على المقر له فان كل واحد من الحكمين المذكورين مقتضى الدعوى ولا دعوى فيما نحن فيه بل فيه اقرار محض وحكمه لزوم الالف على المقر ان سلم المقر له العبد اليه واما ان لم يسلمه اليه بان ابى فيه فلا يلزمه شيء كما هو الحكم في

والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتك وانما بعت عبدا غير هذا وفيه المال لا يلزم على المقر لا اقراره به عند سلامة العبد
له وقد سلمه ولا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتك وعليه ان لا يلزم المقر شيء لانه اقر
بالمال لا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك وانما بعتك غيره يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه والآخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف
ببيع غيره والآخر ينكر فاذا تحالفا بطل المال وهذا اذا ذكر عبدا بعينه فان قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة وصل
ام فصل لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت
او طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك لا يكون رجوعا عن اقراره

ثبوت البيع معاينة وهذا معنى ما ذكر في الكتاب قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك وليس المراد من ان شئت فسلم العبد تخيير المقر له بين تسليم العبد
وعدم تسليمه اذ لا يقدر المالك على عدم تسليم المبيع الى المشتري بعد ان صح البيع وتم بل المراد منه ان لزوم الالف على المقر مشروط بتسليمك العبد اليه فان اردت الوصول
الى حقك فسلم العبد والا فبصيغة وليس المراد بقوله وخذ الالف بعد تسليم العبد اذ لا دلالة على التعقيب في الواو بل هي للجمع مطلقا فلا يخالف ما تقرر في البيوع من ان اللازم
في بيع سلعة بثمن تسليم الثمن اولا فخلاصة ما ذكر في الكتاب هنا ما قال في الوقاية وغيرها فان سلم المقر له لزمه الالف والا لا والثاني اي الوجه الثاني ان يقول المقر له
العبد عبدك اي العبد الذي عينته عبدك ما بعتك وانما بعتك عبدا غير هذا وسلمته اليك وفيه اي في هذا الوجه المال لازم على المقر لاقراره به اي بالمال عند سلامة العبد
له وقد سلم اي قد سلم العبد له حين اعترف المقر له بانه ملكه ولا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود كما لو قال لك علي الف غصبته منك وقال لا بل استقرضت
مني لان الاسباب مطلوب لاحكامها لا لاعيانها فلا يعتبر التكاذب في السبب بعد اتفاقهما على وجوب اصل المال ولا تفاوت في هذا الوجه بين ان يكون العبد
في يد المقر او في يد المقر له كذا قالوا والثالث اي الوجه الثالث ان يقول اي المقر له العبد عبدي اي العبد الذي عينته عبدي ما بعتك وحكمه اي حكم هذا الوجه ان
لا يلزم المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزم دونه اي فلا يلزم المال دون العبد لانه اذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقر له بدله ولا تفاوت في هذا الوجه
ايضا بين ان يكون العبد في يد المقر او في يد المقر له لانه اذا كان في يد المقر يأخذ المقر له العبد منه فلا يلزم المقر شيء من ثمن العبد كذا قالوا ولو قال مع ذلك اي
ولو قال المقر له مع انكار العبد المقر له انما بعتك غيره اي غير ذلك العبد يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه اي وجوب تسليمه والآخر ينكر والمقر له يدعي عليه
على المقر الالف اي لزوم الالف ببيع غيره اي غير من عينه والآخر ينكر فصار كل واحد منهما مدعيا ومنكرا وحكم ذلك التحالف واذا تحالفا بطل المال اي بطل المال
من المقر والعبد سالم لمن في يده هذا اي ما ذكر من الوجوه واذا ذكر اي المقر عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد يعني ان قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه
ولم اقبضه ولم يعينه ان لم يعين المقر العبد المشتري لزمه الالف ولم يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل اي سواء وصل قوله ما قبضت
العبد المشتري بكلامه السابق او فصل عنه لانه اي لان قوله ما قبضت رجوع عما اقر به فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على اي نظرا الى هذه الكلمة التي ذكرها
اولا في قوله له علي الف درهم اذ هي للايجاب وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا اي بالكلية لان الجهالة اي جهالة المبيع مقارنة كانت كالجهالة
حالة العقد او طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه اي نسي المتعاقدان ذلك عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع غير ان في قوله لان الجهالة يعني ان الجهالة توجب هلاك
المبيع اي تجعل المبيع في حكم المستهلك لعدم القدرة على تسليم المجهول فيمتنع وجوب نقد الثمن لان نقد الثمن لا يجب الا باحضار المبيع وقد امتنع احضاره بالجهالة فامتنع
وجوب نقد الثمن ايضا واذا كان كذلك كان رجوعا فان اول كلامه اقرار بوجوب الثمن وآخره يوجب سقوطه وذلك رجوع فلا يصح وان كان موصولا لان الرجوع عن
الاقرار باطل مفصولا كان او موصولا اقول لقائل ان يقول اشكال التعليل المذكور هنا من قبل ابي حنيفة رح بمسئلة الاستثناء بمشية الله تعالى فانه لم يلزم المقر
هناك شيء بالاتفاق مع جريان خلاصة هذا التعليل هناك ايضا بان يقال ان اول الكلام اقرار بوجوب المال رجوعا الى كلمة على وآخره ينافي الوجوب اصلا فيجب ان
يكون رجوعا فيلزم ان لا يصح ويمكن ان يجاب عنه بما اشار اليه المص فيما ياتي في مسئلة ما لو قال من ثمن خمر او خنزير بقوله قلنا ذاك تعليق وهذا ابطال وسنذكر تتمة الكلام
هناك ان شاء الله تعالى ثم ان بعض الفضلاء اورد على التعليل المزبور كلاما آخر واجاب عنه حيث قال في تمام التقريب كلام فان ارتفاع الجهالة لا يلزم ان يكون بالقبض
بل باعتراف المشتري هذا او احضار البائع فليتامل فانه يجوز ان يقال الظاهر هو عدم الاعتراف فيبقى على الجهالة انتهى اقول لا ايراد بشيء ولا الجواب اما الاول فلان
المقر فيما نحن فيه لما لم يعين العبد فصار مجهولا لم يكلف المقر له باحضار ذلك اصلا بل لم يكن له احضاره لتعذر احضار المجهول فاني يتصور الاعتراف بالمبيع هنا حتى يعين المشتري

وقال ابو يوسف رح ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد وان
اقر انه باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو البيع فان واقفه الطالب في السبب وبه لا يتاكد الوجوب
الا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول قوله وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه للوجوب مطلقا وآخره
يحيل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصير موصولا لا منفصلا ولو قال ابتعت منه عينا الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس
من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن **قال** وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي

بانه هذا وان احضر المقر له عبدا بعينه من غير تكليف واعترف المقر بان ما اشتراه منه هذا العبد فقد صارت المسئلة من قبيل ما اذا ذكر المقر عبدا بعينه وما نحن فيه يعزل منه
واما الثاني فلانه كيف يجوز ان يقال الظاهر هو عدم الاعتراف وقد لزمه الالف بلا عوض عند ابي حنيفة رح في هذه المسئلة وان لم يحضر البائع شيئا فهل يؤثر العاقل
اعطاء الالف بلا عوض على اعطائه بمقابلة ما احضره البائع فالظاهر هو الاعتراف عند احضاره بلا ريب وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان وصله صدق ولم يلزمه
شيء وبه قال مالك والشافعي واحمد رح وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد اي اذا كذب المقر له المقر في الجهة وهي ان يكون ذلك الالف
من ثمن عبد وان اقر اي ان اقر المقر له انه اي المقر له باعه اي باع المقر متاعا يعني ان يصدق المقر له المقر في الجهة بان قال انه باعه متاعا وهو العبد كما اقر له
المقر ولكن كذبه في انكاره قبض المبيع فالقول قول المقر سواء وصل ام فصل وانما عبر المص رح ههنا عن المبيع بالمتاع حيث قال وان اقر انه باعه متاعا وقد كان
وضع مسئلة الكتاب في العبد ليعلم ان الحكم في المتاع مطلقا هو الحكم في العبد ووجه ذلك اي وجه ما قاله الامامان انه اي المقر اقر بوجوب المال عليه اي على نفسه
حيث قال له علي الف درهم وبين سببا له وهو البيع حيث قال من ثمن عبد اشتريته منه فان واقفه الطالب يعني المقر له في السبب وهو البيع وبه لا يتاكد الوجوب الا بالقبض
اي وبمجرد وجود السبب وهو البيع لا يتاكد وجوب الثمن على المشتري لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التزلزل لانه ربما يهلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن
عن المشتري وانما يتاكد الثمن عن المشتري وانما يتاكد بالقبض والمقر له يدعي القبض والمقر ينكره فيكون القول له اي للمنكر قال صاحب العناية وفي عبارة المصنف رح
نظر لان قوله فان واقفه الطالب في السبب بشرط فلا بد من جواب وقوله وبه لا يتاكد الوجوب لا يصلح لذلك وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء لعدم الربط فانك لو قدرت كلامه
فان واقفه الطالب في السبب فيكون القول له لم يصح لانه في بيان التعليل وليس فيه اشعار بذلك قال ويمكن ان يقال جزاؤه محذوف وتقديره فان واقفه
الطالب في السبب والحال انه بمجرد السبب لا يتاكد لانه يتاكد بالقبض كان الطالب مدعيا للقبض والمقر ينكره فيكون القول له انتهى كلامه اقول النظر المزبور ساقط
جدا فان قول المص رح فيكون القول له صالح لان يكون جوابا للشرط المذكور قطعا ووجود الفاء فيه ليس بمانع عنه اصلا اذ قد تقرر في علم النحو ان الجزاء اذا كان مضارعا
مثبتا او منفيا بلا فيه الوجهان دخول الفاء عليه وعدم دخوله قال الله تعالى ومن عاد فينتقم الله منه وعدم الربط فيه ممنوع فان قوله وبه لا يتاكد الوجوب الا بالقبض
والمقر ينكره وقع قيدا للشرط المزبور فصار معنى الكلام فان واقفه الطالب في السبب والحال انه بمجرد السبب لا يتاكد وجوب الثمن على المشتري وانما يتاكد بالقبض والمقر
ينكر القبض فيكون القول له ولا يخفى على ذي فطرة سليمة ان قوله فيكون القول له مربوط بالشرط المزبور مقيدا بالقيد المذكور وان لم يكن مربوطا به عاريا عن ذلك القيد
فلا حاجة الى تقدير جزاء محذوف كما تخيله ذلك الشارح وان كذبه اي وان كذب الطالب المقر في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه وهو قوله له علي الف
درهم للوجوب مطلقا رجوعا الى كلمة على وآخره اي آخر كلامه يحيل انتفاءه اي انتفاء الوجوب على اعتبار عدم القبض فصار مغيرا لمقتضى اول كلامه والمغير الصحيح موصولا
لا يصح منفصلا كالاستثناء ولو قال ابتعت منه عينا اي مبيعا وفي بعض النسخ عينا الا اني لم اقبضه فالقول قوله اي قول المقر بالاجماع ذكر المصنف رح هذه المسئلة تفريعا على
مسئلة القدوري وقال في تعليلها لانه ليس من ضرورة البيع القبض يعني ان المقر ههنا انما اقر بمجرد العقد والاقرار بالعقد لا يكون اقرارا بالقبض اذ ليس من ضرورة البيع القبض
المبيع حتى يجب الثمن على المشتري بخلاف الاقرار بوجوب الثمن فان من ضرورته القبض قال صاحب العناية هذا مفهوم كلام المص رح وفيه نظر فانه انما كان كذلك لو وجب
تسليم المبيع اولا وليس كذلك كما تقدم في البيوع انتهى اقول هذا النظر ايضا ساقط اذ الظاهر ان مراد المصنف رح ههنا هو الاقرار بوجوب الثمن في المبيع الغير المعين اذ هو
مختلف فيه المحتاج الى الفرق وقد تقرر ان انكار القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا فلا بد في نفاذ الاقرار بوجوب الثمن في المبيع الغير المعين من قبضه فكان من
ضرورته القبض قال اي القدوري في مختصره وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير قال المصنف رح ومعنى المسئلة اي معنى المسئلة التي ذكرها القدوري اذا قال لفلان علي

الف درهم من ثمن الخمر او الخنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا واول كلامه الوجوب وقالا اذا وصل لا يلزمه شيء لانه بين بآخر كلامه انه ما اراد به الايجاب وصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله تعالى قلنا ذلك تعليق وهذا باطل ولو قال له علي الف درهم من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد وفي قول ابي حنيفة رح وقالا ان قال موصولا لا يصدق وان قال مفصولا لا يصدق

الف من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره يعني قوله من ثمن خمر او خنزير عند ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل لانه اي لان تفسيره رجوع عن اقراره لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا على المسلم واول كلامه وهو قوله علي الف للوجوب والرجوع عن الاقرار باطل وقالا اي قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا وصل لا يلزمه شيء لانه اي المقر بين بآخر كلامه انه ما اراد به اي باول كلامه الايجاب لانه يحتمل انه بنى اقراره على عادة الفسقة فان الخمر مال يجري فيه الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة شراءها واداء ثمنها فكان آخر كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا كذا في الشروح اقول هذا لا يمشي فيما اذا قال من ثمن خنزير لانه لا يحتمل في هذه الصورة ان يبني اقراره على عادة الفسقة من المسلمين كما في صورة ان قال من ثمن خمر اذ لا يقع منهم شراء الخنزير ولا اداء ثمنه اصلا فضلا عن اعتيادهم بذلك واما عادة الكفار فلا تصلح لان تجعل مبنى لكلام المسلم كما لا يخفى والدليل الذي ذكره المص ههنا من قبلها مسوق للصورتين معا فلا يتم التقريب وصار اي صار آخر كلامه فيما نحن فيه كما اذا قال في آخره انشاء الله تعالى لا يصدق هناك اذا وصل فكذا ههنا اجاب المص عن هذا القياس بقوله قلنا ذاك تعليق وهذا البطال يعني قوله ان شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه والتعليق بالشرط من باب بيان التغيير فيصح موصولا وما نحن فيه ابطال والابطال لا يكون بيانا فلم يصح وان كان موصولا اقول فيه كلام من وجهين احدهما ان المص قال في مسئلة الاستثناء بمشية الله ان الاستثناء بمشية الله اما ابطال او تعليق وقد بينا هناك ان المذكور في بعض الكتب المعتبرة ان الاول مذهب ابي يوسف والثاني مذهب محمد رح وفي بعضها ان الامر بالعكس فاياما كان لا يكون هذا الجواب حجة على من قال بهما يكون ذاك ايضا ابطالا وثانيهما ان المصنف رح قال هناك فان كان الاول يعني الابطال فقد بطل وان كان الثاني يعني التعليق فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق فيحصل منه ان الاستثناء بمشية الله وان كان تعليقا في اصله الا انه ليس بتعليق في باب الاقرار بل هو ابطال على كل حال فكيف يتم قوله ههنا ذاك تعليق وهذا ابطال ويمكن ان يجاب عن الاقرار بان الجواب المذكور هناك عن قبل ابي حنيفة رح يصير الزاميا بالنسبة الى من قال من صاحبه بكون الاستثناء بمشية الله تعليقا وتحقيقا بالنسبة الى من قال منهما يكون ذلك ابطالا ولا يجب ان يكون الجواب الزاميا بالنسبة الى كل واحد منهما وعن الثاني بان الاستثناء بمشية الله وان لم يكن في باب الاقرار تعليقا حقيقة الا انه في صورة التعليق وهذا القدر يكفي في قدح قياس هذه المسئلة على مسئلة ما اذا قال في آخره ان شاء الله فان هذه المسئلة ليست بتعليق لا صورة ولا معنى وانما هي ابطال محض واما تلك المسئلة فتعليق صورة وان كانت ابطالا معنى فافترقا تامل واعلم ان القدوري لم يذكر في مختصره خلافا في هذه المسئلة وانما ذكره الحاكم الشهيد في الكافي فاحد المص منه ثم اعلم ان الخلاف المذكور فيما اذا كذبه الطالب واما اذا صدقه في ذلك فلا بأس به ثم شيء في قولهم جميعا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة وكذلك الحكم فيما اذا قال من ثمن خمر او ميتة او دم صرح به شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وذكر في بعض الشروح ولو قال له علي الف اي الف درهم من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف جمع زيف وهو ما يقبله التجار ويرده بيت المال او نبهرجة وهي دون الزيوف فانها ترده التجار ايضا وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا اي قال ابو يوسف رح ومحمد رح ان قال موصولا اي ان ذكر قوله هي زيوف او نبهرجة موصولا بكلامه السابق صدق وان قال مفصولا اي ان ذكر ذلك مفصولا عنه لا يصدق هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير اقول تحريرها على النمط المذكور لا يخلو عن النوع التصور فان قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة ان لزمه الجياد سواء وصل قوله هي زيوف او نبهرجة ام فصل كما صرحوا به ويقتضيه بيان الخلاف الا ان كلمة ثم في قوله ثم قال هي زيوف او نبهرجة يدل على الفصل كما لا يخفى فتوهم اختصاص قول ابي حنيفة رح بصورة الفصل ولا خلاف فيها بين صاحبيه فالظاهر ان يذكر الواو بدل ثم كما ذكر في كلام الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال في باب الاقرار بالزيوف واذا اقر الرجل بالف درهم دين من قرض او ثمن مبيع وادعى انها زيوف او نبهرجة لم يصدق في قول ابي حنيفة رح وصل ام فصل وقال ابو يوسف رح ومحمد رح ان وصل لا يصدق وان فصل لا يصدق وهكذا ذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي

وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال له على الف درهم زيوف
من ثمن متاع له انه بيان مغير فيصح بشرط الوصل بالشرط والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقة المشوبة
بمجاز لان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه فصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة وكما اذا حقيقة وبيان هذا رجوع لان
مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه فصار كما اذا
بعته معيبا وقال المشتري بعينه سليما فانه قول المشتري سليما بيانا والستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان
رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء كله مقدارا بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار

في شرح الكافي وعلى هذا نص محمد رح في الاصل قال المصنف رح وعلى هذا الخلاف اذا قال هي اي الالف ستوقة وهي اردأ من البهرجة او رصاص اي او قال هي رصاص
فالصدق عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل ويصدق عندهما ان وصل لكن اعلم احدى الروايتين عن ابي يوسف رح وفي رواية اخرى عنه لا يصدق هنا وان فصل
قال ابو حنيفة رح كذا في شرح الجامع الصغير للامام قاضيخان والامام التمرتاشي وعلى هذا اي على هذا الخلاف اذا قال الا انها زيوف بكلمة الاستثناء وعلى هذا الخلاف
اذا قال له على الف درهم زيوف بالجر وتجري الصفة على الجر والمعدود دون العدد كقوله تعالى سبع بقرات سمان كذا في معراج الدراية اقول فلا بد من توجيه نصب الزيوف
بالجر فقال من ثمن متاع هذا تتمة كلام المقر لهما اي لابي يوسف رح ومحمد رح في هذه الصورة الخلافية انه اي ما قاله المقر اخرا بيان مغير لما قاله اولا فيصح موصولا اي
وصل كالشرط والاستثناء فان كل واحد منهما يصح موصولا لا مفصولا لكونه بيان تغيير وهذا اي كون آخر كلام المقر فيما نحن فيه بيانا مغيرا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف
بحقيقة فان الزيوف من جنس الدراهم حتى يحصل به الاستيفاء في الصرف والسلم ولا يصير عند الا والستوقة بمجازه اي مع تحمل الستوقة بمجازه لانها تسمى دراهم مجازا
فامكن ان يتوقف صدر الكلام على عجزه الا ان مطلقه اي مطلق اسم الدراهم ينصرف الى الجياد لان بياعات الناس تكون بالجياد عادة فكان اي فكان ذكر
الزيوف او الستوقة في آخر الكلام بيانا مغيرا لما اقتضاه اول الكلام من هذا الوجه اي من الوجه المذكور فانه كان بيانا من جهة الاحتمال مغيرا من جهة مخالفة
العادة فصح موصولا وصار اي صار حكم هذا كما اذا قال الا انها وزن خمسة او ستة وتقديره هم وزن سبعة صدق ان كان موصولا ولم يصدق ان كان مفصولا
اقول لو تعرض المصنف رح في اثناء التعليل لذكر البهرجة ايضا كان اوجه لانها مذكورة ايضا في اصل المسئلة فان قلت البهرجة كالزيوف في كونها من جنس الاثمان
كما صرح به في مسائل شتى من كتاب القضاء فيجوز ان يكتفي في التعليل بذكر حال الزيوف قلت رداءة البهرجة دون رداءة الزيوف كما نبه عليه هناك ايضا فكان الاولى
الاكتفاء بذكر حال الادنى ليعلم به حال ما فوقه بالاولوية ثم اقول ان قوله لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقة والستوقة بمجازه لا يساعده ما ذكر في معتبرات كتب
اللغة كالصحاح والقاموس وغيرهما فان المذكور فيها درهم ستوق وستوق اي زيف بهرج فكيف يكون اسم الدراهم حقيقة في المغشوش مجازا في الخالص قال ابو حنيفة
رحمه الله ان هذا اي ما قاله الآخر رجوع عما اقر به اولا ودعوى امر عارض فلا يقبل وان وصل ذلك لان مطلق العقد يقتضي فيه السلامة عن العيب لان موجبه سلامة
البدل المستحق به عن العيب والزيافة عيب في الدراهم ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه اي عن بعض موجب العقد فاذا ادعى انها زيوف فقد اراد ابطاله
ما هو المستحق بالعقد فلا يصدق وان وصل وصار حكم هذا كما اذا قال البائع بعتك مغنيا وقال المشتري بعينه سليما فالقول هناك للمشتري لما بينا ان مطلق العقد
يقتضي السلامة عن العيب فكذا ههنا فحاصل اختلافهم راجع الى ان الدراهم الزيوف هل هي داخلة في مطلق اسم الدراهم ام لا فابو حنيفة رح رجح جانب العيب فيها
فلم يدخلها تحت مطلق اسم الدراهم حتى كان دعوى الزيافة رجوعا اقرارا ولا يمطلق الدراهم وهما ادخلاها تحت مطلق اسم الدراهم على سبيل التوقف حتى كان
دعوى الزيافة بعد ذكر الدراهم بيان تغيير كما في الشرط والاستثناء وكذا في الا سلم وغيره والستوقة ليست من الاثمان اي ليست من جنس الاثمان والبيع يرد على الثمن فلم تكن الستوقة من محتملات العقد
فكان اي كان قوله الآخر رجوعا اما اقر به اولا فكان دعوى الستوقة بتاويل ادعاء رجوعا عن ذلك فلم يصح مفصولا ولا موصولا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء كله جواب
عما استشهد به تقريره ان ذلك ليس كما نحن فيه لانه يصح ان يكون استثناء لانه مقدار واستثناء البعض المقدار صحيح لان اول الكلام يتناول الكل وكان استثناء الملفوظ
وهو صحيح بلا ريب بخلاف الجودة اي بخلاف ما اذا قال الا انها زيوف فان في قوله الا انها زيوف استثناء للدراهم الجيدة على الوجوب في الذمة والجودة وصف فلا يصح
استثناؤها لان استثناء الوصف لا يجوز لعدم تناول صدر الكلام اياه وقصد اهل جعلا كاستثناء البناء في الدار على ما مر بيانه قال في النهاية ومعراج الدراية فان قيل استثناء
الوصف لا يصح بالاجماع فكيف صحح ابو يوسف رح ومحمد رح استثناء الزيافة من الدراهم قلنا صححا ذلك من حيث المعنى والزيافة من حيث المعنى جنس لا وصف فان قيل

بخلاف ما اذا قال على كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة نوع عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعن ابي حنيفة رح في غير رواية الاصول

لفلان على الف من ثمن متاع الا انها زيوف صار بمنزلة قوله الا انها نقد بلد كذا او نقد ذلك البلد زيوف وهناك صح هذا البيان موصولا بالاجماع وهذا في معناه فينبغي ان يصح فصار ذلك نوعا للدراهم لا وصفا بمنزلة قوله في الحنطة الا انها ردية الى هذا اشار في الاسرار والفوائد الظهيرية انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن النهاية ومعراج الدراية وههنا بحث او حينئذ ينبغي ان يفصل فتامل اقول ليس بحثه بشيء لان هذا البيان وان كان عندهما بيان نوع للدراهم الا انه بيان تغيير بناء على ان مطلق العقد يقتضي السلامة والجودة عرفا فكان استثناء نوع الزيوف من الدراهم تغييرا لمقتضى العقد فكان بيان تغييره من هذا الوجه كما مر وبيان التغيير لا يصح الا موصولا وانما وقع ذلك الفاصل في الغلط من قول صاحبي النهاية ومعراج الدراية فصار ذلك نوعا للدراهم لا وصفا بمنزلة قوله في الحنطة الا انها ردية فان قوله في الحنطة الا انها ردية يقبل وان فصل كما صرحوا به الا ان مرادهما ان ذلك بمنزلة قوله في الحنطة الا انها ردية في مجرد كونه نوعا لا وصفا لا في الاتحاد في جهة البيان كيف وقد صرحوا بان هذا بيان تغيير وذاك بيان تفسير قال المصنف رح بخلاف ما اذا قال على كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة نوع اي ممنوعة لا عيب لان العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة والحنطة قد يكون ردية في اصل الخلقة فكانت الردية نوعا منها ولهذا قالوا لو اشترى حنطة مشارا اليها فوجدها ردية لم يكن له خيار الرد بالعيب فمقتضى العقد لا يقتضي السلامة عنها اي عن الرداءة اذ ليس مطلق العقد مقتضيا في نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة ما لم يبين انها جيدة او وسط او ردية فليس في بيانه تغيير موجب اول كلامه فصح موصولا او مفصولا كذا في المبسوط وغيره وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له على كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة ضد الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضوع واحد اجاب بقوله لان الرداءة نوع لا عيب فان قيل فالجودة كذلك لما مر انها ضدان دفعا للتحكم اجيب بان الرداءة في الحنطة ممنوعة لا عيب في الدراهم عيب انتهى اقول فيه نظر لان مفاد الجواب الثاني ان الرداءة في عدم الدراهم عيب وفي الحنطة ليست بعيب لانها في الدراهم وصف وفي الحنطة ليست بوصف فلا يندفع به اصل السؤال لان حاصله نقض القول باستثناء الوصف لا يجوز بجواز استثناء وصف الرداءة في الحنطة على انه لا ينفع السؤال الثاني ايضا لان حاصله طلب الفرق بين رداءة الحنطة وجودة الدراهم ومفاد الجواب عنه بيان الفرق بين رداءة الحنطة ورداءة الدراهم واقول الباعث على شرح المقام بالوجه المزبور هو انه حسب ان قول المص بخلاف ما اذا قال على كر حنطة الخ متعلق بما ذكره في قبيله وهو قوله لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار فرق فيما وقع ولكن لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان قوله المذكور متعلق بما ذكره في اول دليل ابي حنيفة وهو قوله لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والرداءة عيب يرشد اليه قطعا قوله ههنا فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها بعد قوله لان الرداءة نوع لا عيب ثم اقول واما السؤال الذي ذكره الشارح المذكور بقوله فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له على كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية فجوابه ان يقال ليس هناك استثناء حقيقة وانما قوله الا انها ردية بيان وتفسير للحنطة في قوله على كر حنطة في صورة الاستثناء يرشد اليه ان صاحب الكافي قال في تقرير هذه المسئلة بخلاف ما لو قال له على كرين من ثمن بيع او قرض ثم قال هو ردي فالقول قوله في ذلك وصل ام فصل لان الرداءة ليست بعيب في البر انتهى حيث مثل قوله الا انها ردية بقوله هو ردي تنبيها على ان ليس مطمح النظر في هذه المسئلة صيغة الاستثناء بل ان الرداءة في مثل البر ليست بعيب فظهر ان جعل قول المصنف رح لان الرداءة نوع لا عيب جوابا عن السؤال المزبور عن ضيق العطن فان قلت السؤال المزبور جواب آخر ظهر مما ذكرته وهو ان قوله الا انها ردية ليس لاستثناء الوصف وهو الرداءة بل لاستثناء العين وهو الحنطة الردية فالمراد من الاستثناء نوع من الحنطة وهو صحيح بلا ريب فلم تركت هذا الجواب قلت لانه ينقض على اصل ابي حنيفة رح ما اذا قال الا انها زيوف فانه لا يقبل عنده مع جريان ان يقال انه ليس لاستثناء الوصف وهو الزيافة بل لاستثناء العين وهو الدراهم الزيوف ونحن الآن بصدد تتميم قول ابي حنيفة رح فلا مجال للتشبث بذلك الجواب ههنا فتدبر وعن ابي حنيفة رح في غير رواية الاصول الجامعان والزيادات والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الروايات وعن الامالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير

انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب رد مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالجياد فانصرف مطلقه
اليها ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر الدين والقرض قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق لان مطلق الاقرار ينصرف
الى العقود تعيينا مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم ولو قال اغتصبت منه الفا او قال او دعني ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق في الفصل
ام فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع تغييرا وان فصل

ظاهر الرواية انه يصدق في الزيوف اذا وصل يعني في القرض كذا وقع في النهاية وقد وقع التصريح بهذا القيد في بعض النسخ بان يقال وعن ابي حنيفة في غير رواية الاصول
في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل يعني اذا قال لفلان علي الف درهم قرض هي زيوف يصدق عنده في غير رواية الاصول اذا وصل قوله هي زيوف بقوله الف
درهم قرض اما اذا قطع كلامه ثم قال بعد زمان هي زيوف لا يصدق باتفاق الروايات لان القرض يوجب مثل المقبوض يعني ان المستقرض انما يصير متمونا على المقرض
بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض وقد يكون المقبوض في القرض زيفا كما في الغصب فالواجب حينئذ الزيف لان القرض يقضي بالمثل كالغصب فيصدق
فيه كما يصدق في الغصب اقول لقائل ان يقول هذا التعليل يقتضي ان يصدق في الزيوف في القرض وصل ام فصل كما في الغصب على ما سيأتي مع انه لا يصدق
في صورة القرض اذا فصل باتفاق الروايات كما صرحوا به ووجه الظاهر اي وجه ظاهر الرواية ان التعامل بالجياد يعني ان المتعارف في التعامل هو الجياد و
المطلق ينصرف الى المتعارف فانصرف مطلقه اي مطلق القرض اليها اي الى الجياد فيجب عليه الجياد وبعد ذلك لا يقبل دعوى
الزيافة لانها رجوع عما اقر به ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض اي لو ارسل ولم يبين الجهة وادعى انها زيوف قيل انها يصدق بالاجماع
يعني اذا وصل لان اسم الدراهم يتناولها اي يتناول الزيوف ولم يذكر ما يصرفها الى الجياد وقيل لا يصدق قائل هذا هو الكرخي كما صرح به الامام قاضيخان
في شرح الجامع الصغير اي لا يصدق عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل واما عندهما فيصدق اذا وصل ولا يصدق اذا فصل فحاصل المعنى وقيل هو على الاطلاق
السابق ايضا كما صرحوا به لان مطلق الاقرار بالدين ينصرف الى العقود اي الى الالزام بسبب العقود لتعينها مشروعة اي لكونها هي المشروعة لا الى الاستهلاك
المحرم اي لا ينصرف الى الالزام بسبب الاستهلاك المحرم اذ لا يجوز حمل امر المسلم على الحرام ما امكن فصار هذا وما بين سبب التجارة سواء قال في الفتاوى الصغرى ولو اقر
ولم يبين الجهة ثم قال هي زيوف قال الفقيه ابو جعفر لم يذكر هذا في الاصول فمن المشايخ من قال هو على هذا الاختلاف ومنهم من قال ههنا يصدق اجماعا لان الجودة تجب
على بعض الوجوه دون البعض فلا تجب مع الاحتمال انتهى ولو قال اغتصبت منه الفا او قال او دعني اي او دعني الفا ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق وصل ام فصل
هذه من مسائل الجامع الصغير قال المصنف في تعليلها لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له اي لو اخذ من الغصب والايداع في الجياد بخلاف البيع
فان عقد المعاوضة يقتضيها ولا تعامل اي ولا تعامل في غصب الجياد ولا في ايداعها بخلاف القرض فان التعامل فيه بالجياد فلا يكون قوله هي زيوف بعد الاقرار
بغصب الالف او ايداعها تغييرا للاول كلامه فيكون بيان النوع صحيحا وان فصل قال صاحب العناية وفيه نظر لانه قد تقدم في قول ابي حنيفة رح ان الزيافة في الدراهم
عيب فيكون ذكر الزيف رجوعا فلا يقبل اصلا فلا اقل من ان يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا انتهى اقول هذا النظر في غاية السقوط لانه انما يلزم من كون الزيافة
عيبا في الدراهم كون ذكر الزيوف رجوعا او بيانا مغيرا لو لم يتناول اول كلام المقر المعيوب وغير المعيوب على السواء بل كان مخصوصا بغير المعيوب وهو الجياد واما من جهة
تحقق المقتضي كذا في البيع والتعامل كما في القرض فاذ قد تبين في التعليل المذكور عدم تحقق مقتضي الجياد ولا التعامل بها في الغصب والايداع تعين تناول اول كلام
المقر الجياد والزيوف على السواء فلم يكن ذكر الزيوف في آخر كلامه رجوعا عما اقر به اصلا ولا بيانا مغيرا في شيء بل كان بيان النوع قطعا وقال صاحب العناية ويمكن ان يجاب عنه
بانا قد ذكرنا انها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها من حيث الخلقة فيكون منوعا لا بيانا كما في الحنطة وقد لا يكون وحينئذ يجوز ان يكون منوعا وعيبا واختلاف
في ذلك ان ينظر في الجهة الموجبة لها فان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا وذلك لانها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن ان تكون الزيافة نوعا
منها لتباينهما لكنهما تنافيا في التضاد فكانت عيبا لان ضد السلامة عيب واذا لم تقتضيها كانت نوعا من مطلق الدراهم لاحتماله اياها احتمال الجنس للانواع واذا
كلامه اقول هذا كلام خال عن التحصيل اما اولا فلان الزيافة في الدراهم مما لا يكون الموصوف بها متصفا بها من حيث الخلقة السلامة اذ هي امر عارض للدراهم بخلاف

وهذا لو جاء رد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله وعن ابي يوسف رح انه لا يصدق فيه منفصلا اعتبارا بالقرض اذ القبض فيه
جهة موجب الضمان ولو قال هي مستوقة او رصاص بعدما اقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق لان استيفاء ليست
من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل وان قال في هذه الفاتم فلي لانه ينقض كذا لم يصدق وان وصل
صدق لان هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيافة لانها وصف واستثناء الاوصاف لا يصح واللفظ يتناول المقدار
دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بانقطاع نفسه فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه

الدراهم في اصل خلقتها وانما التي قد يكون الموصوف بها متصفا بها من حيث الخلقة هي الرداءة في الخلقة كما مر وهي بمعزل عما نحن فيه فلا معنى لخلط ذلك ههنا وانما
ثانيا فلان ما ذكره في انتساب اصل الحجة الموجبة للدراهم ان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا ليس بمقبول المعنى لان كون الزيادة في الدراهم
عيبا امر مقرر غير بالغ لاقتضاء الحجة الموجبة لها السلامة وانما تاثير اقتضائها السلامة عند ابي حنيفة رح في اخراج الدراهم الموصوفة بذلك العيب عن مطلق اسم الدراهم
المذكور في تلك الحجة لا في جعلها معيوبة وكذلك كون الزيادة نوعا هي منه ليس بمانع لعدم اقتضاء الحجة السلامة بل الزيافة كالجودة منوعة كل مال فان الجياد والزيوف
نوعان من مطلق الدراهم قطعا سواء اقتضت الحجة السلامة ام لا واما ثالثا فلانه ان اراد بقوله واذا لم تقتضها كانا نوعين لمطلق الدراهم انهما حينئذ كانا نوعين لمطلق
الدراهم ولم تكن الزيافة عيبا فهو ممنوع بل الزيافة عيب على كل حال وكونها نوعا لا ينافي كونها عيبا فان كون بعض الانواع معيوبا بالنسبة الى البعض الآخر ليس بمحذور وانما لا يكون عيبا لو كانت
في اصل خلقة الدراهم وليست كذلك وان اراد بذلك انهما حينئذ كانا نوعين لمطلق الدراهم وان كانت الزيافة عيبا ايضا فلا يحصل الجواب عن النظر المذكور وما ذكره
اصلا كما لا يخفى على الفطن قال المصنف رح لهذا اي ولاجل ان لا تقتضي الزيافة في الجياد ولا التعامل لو جاء رد المغصوب هو الغاصب والوديعة اي رد الوديعة وهو المودع
بالمعيب متعلق بجاء اي لو جاء رده بالمعيب كان القول له اي للراد فان الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض كان القول لقابض ثمنا كان او امينا عن ابي يوسف رح
انه لا يصدق فيه اي في الغصب لا في الوديعة كما صرح به مفصولا اي اذا ادعى الزيافة منفصلا اعتبارا بالقرض اي قياسا عليه اذ القبض فيه اي في الغصب والقرض
وهو الموجب للضمان يعني ان الجامع بينهما كون الموجب للضمان هو القبض وجوابه يفهم مما تقدم بدليل ولو قال هي مستوقة او رصاص بعدما اقر بالغصب والوديعة ووصل
صدق وان فصل لم يصدق هذه المسئلة ما ذكر في شرح الجامع الصغير تفريعا على المسئلة المارة قال الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد
وان قال هي مستوقة او رصاص صدق ان وصل ولم يصدق اذا فصل يعني في الغصب والوديعة وذلك لانها ليست من جنس الدراهم حقيقة وان كانت من
جنسها صورة فصار اراد بها باسم الدراهم كاراده المجاز باسم الحقيقة واذا بين انه اراد باللفظ المجاز موصولا قبل والا فلا انتهى وعلل المصنف رح هذه المسئلة بما علل
به الامام الاسبيجابي فقال لان المستوقة ليست من جنس الدراهم اي ليست من جنسها حقيقة ولهذا لا يجوز التجوز بها في باب الصرف والسلم لكن الاسم اي اسم الدراهم
يتناولها اي يتناول المستوقة مجازا لمشابهة بين المستوقة والدراهم من حيث الصورة فكان بيانا مغيرا لما اقتضاه اول كلامه لان اول كلامه يتناول الدراهم
صورة وحقيقة وبآخر كلامه بين ان مراده الدراهم صورة لا حقيقة فلا بد من الوصل لان بيان التغيير يصح موصولا لا مفصولا
بخلاف ما سبق لان الزيوف والنبهرجة دراهم صورة وحقيقة فليس في بيانه تغيير لاول كلامه فصح موصولا ومفصولا وان قال في هذه الكلمة اي فيما ذكر من البيع والقرض
والغصب والايداع الفاتم قال الا انه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق هذه من مسائل الجامع الصغير قال المصنف رح في تعليلها لان هذا استثناء المقدار
اي استثناء البعض بما اقر به من المقدار والاستثناء يصح موصولا لا مفصولا فيصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى بخلاف الزيافة لانه وصف اي لان الزيافة وصف اي
ذكر الضمير باعتبار الوصف واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو اي الاستثناء تصرف لفظي كما بينا فيما مر فيصح في تناول اللفظ دون غيره ولو كان الفصل ضرورة
انقطاع الكلام اي لضرورة انقطاع الكلام بسبب انقطاع النفس اذ اخذ السعال او ما اشبه ذلك فهو واصل اي هو في حكم الواصل حتى يصح استثناؤه لعدم امكان
الاحتراز عنه لان الانسان قد يحتاج الى ان يتكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره ولا يمكنه ان يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا قال فخر الدين قاضيخان
في شرح الجامع الصغير ولو فصل بينهما بفصل بطريق الضرورة بان انقطع عنه الكلام ثم وصل فعن ابي يوسف رح انه يصح استثناؤه وعليه الفتوى لان الانسان يحتاج
الى ان يتكلم بكلام كثير مع الاستثناء ولا يقدر ان يتكلم به بنفس واحد فيجعل ذلك عفوا انتهى كلامه وقال الكاكي في معراج الدراية وبه قال الائمة الثلاثة يعني

[illegible]

[illegible] وقال الشافعي واحمد رحمهما الله تعالى ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول له هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف رحمه الله تعالى لان الغصب لا يختص بالسليم ومن اقر بالغصب ثم جاء بمعيب فالقول قوله فيما غصب سواء وصل بقوله من قال له اخذت منك الف درهم وديعة فقال هي القرار لان اخذها غصبا فهو اي القدر اصل يعني كان القول في هذه المسألة قول المقر مع يمينه لان المقر اقر بالاخذ بالاذن بقبول المقر له مع اليمين وان قال اعطيتها وديعة فقال اي المقر له غصبتها لم يصدق اي لم يصدق المقر له في هذه المسألة بل كان القول قوله مع يمينه وان المسألتان من مسائل الجامع الصغير قال المصنف رحمه الله والفرق بينهما ان في الفصل الاول وهو قوله اخذت منك الف درهم وديعة اقر بسبب الضمان وهو الاخذ لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى يؤدي فيتناول رد العين حال بقائها ورد المثل حال زوالها لكون المثل قائما مقام الاصل فهو اي اي المقر بقوله وديعة يبرئ عن الضمان وهو الاذن بالاخذ والاقرار وهو المقر له بنكره اي بنكر الاذن فيكون القول له مع اليمين هذا ما قالوه اقول فيه بحث لانهم ان ارادوا ان الاخذ عاقا بسبب الضمان فهو ممنوع بل الاخذ اذا كان باذن المالك كاخذ الوديعة باذن المودع فليس بسبب الضمان قطعا لقوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان كما استدلوا به في كتاب الوديعة على ان الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمن فيكون ما اخذته اليد بهذا الطريق مخصوصا من قوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى تردوان ارادوا ان الاخذ بغير اذن المالك سبب الضمان فهو مسلم ولكن لا نسلم ان في الفصل الاول اقرا بالاخذ بغير الاذن بل اقرا بالاخذ المقيد بكونه وديعة وهو الاخذ بالاذن فتامل في الجواب قال في الكفاية فان قيل ينبغي ان يصدق المقر ويجعل قوله وديعة بيان تغيير كما لو قال لفلان على الف وديعة قلنا صدر الكلام ههنا موجبا للغصب فلا يحتمل الوديعة فقوله وديعة يكون دعوى مبتدأة لا بيان ما احتمله صدر الكلام واما قوله لفلان على الف يحتمل الوديعة يعني على حفظه فيكون قوله وديعة بيان تغيير فيصدق موصولا انتهى اقول في الجواب بحث اذ لا نسلم ان صدر الكلام ههنا موجب للغصب كيف وسيجيء في كتاب الغصب ان الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل الغلبة وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده ولا ريب ان صدر الكلام ههنا وهو قوله اخذت منك الف درهم اعم من كل واحد من معنيي الغصب من المقر بان العام لا يدل على الخاص باحد الدلالات الثلاث وانى يكون موجبا للغصب فكان صاحب معراج الدراية تنبه لما قلنا حيث قال بعد ذكر ما في الكفاية من السؤال والجواب كذا وفيه تامل وفي الثاني اي وفي الفصل الثاني وهو قوله اعطيتها وديعة اضاف الفعل الى غيره وهو المقر له فلم يكن مقرا بسبب الضمان وذاك اي ذاك الغير يدعي عليه اي على المقر سبب الضمان وهو الغصب والمقر ينكره فكان القول لمنكره مع اليمين قال المصنف رحمه الله والقبض في هذا اي في الحكم المذكور كالاخذ يعني لو قال المقر قبضت منك الف درهم وديعة فقال المقر له بل غصبتنيها كان ضامنا كما لو قال اخذت منك الف درهم وديعة والدفع كالاعطاء يعني لو قال المقر دفعت الى الف درهم وديعة فقال المقر له بل غصبتنيها كما لو قال اعطيتنيها فان قال قابل الاعطاء والدفع اليه اي الى المقر لا يكون الا بقبضه فكان الاقرار بالاعطاء والدفع اقرارا بالقبض واذا اقر بالقبض يضمن فينبغي ان يضمن اذا اقر بالاعطاء والدفع ايضا فنقول في الجواب لا نسلم ان الاعطاء والدفع اليه لا يكونان الا بقبضه بل قد يكون كل واحد من الاعطاء والدفع بالتخلية والوضع بين يديه دون قبضه فلم يقبض الا اقرارهما الاقرار بالقبض ولو اقتضى ذلك اي ولئن سلمنا ان اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة والثابت بالضرورة تثبت بادنى ما يندفع به الضرورة فلا يظهر في انعقاده سببا للضمان لعدم الحاجة اليه قال المصنف وهذا اي وهذا الذي قلنا من ضمان المقر بالاخذ وديعة اذا قال المقر له اخذتها غصبا بخلاف ما اي بخلاف ما اذا قال اي المقر اخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان اقر بالاخذ لانهما توافقا منك اي فيما اذا قال المقر له اخذتها قرضا على ان الاخذ كان بالاذن لان الاخذ بالقرض

لا يكون الا بالاذن كالاخذ بالوديعة الا ان المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر ذلك فكان القول للمنكر فافترقا اي فافترقا ما اذا قال المقر له اخذتها غصبا وما اذا قال اخذتها قرضا اقول ههنا نظر لان الذي يدعيه المقر انما هو ما يبرئ عن الضمان كما صرح به في المسئلة الاولى وليس ذلك هو الاذن المطلق فان كثيرا ما يحصل بالاذن كالبيع والقرض ونظائرهما اسباب موجبة للضمان فلا يتصور ان يكون مبرئا عن الضمان بل انما ذلك هو الاذن المخصوص الحاصل في ضمن الوديعة ولا شك ان المقر له لا يوافقه على الاخذ بهذا الاذن المخصوص والا لما ادعى عليه سبب الضمان وهو القرض واما توافقهما على مطلق الاذن فلا يجدي نفعا في الفرق لان ادعاء المقر ما يبرئ عن الضمان وهو الاذن المخصوص الحاصل في ضمن الوديعة وان كان المقر له اباه بقوله لا باقيان بعينهما فيما اذا قال المقر له بل اخذتها قرضا غاية الامر ان المقر له ايضا يدعي سبب الضمان وهو القرض والمقر ينكره واذا تعارض دعواهما وانكارهما بقي اقرار المقر ولا سبب الضمان وهو الاخذ سالما عن الدافع كما فيما اذا قال المقر له بل اخذتها غصبا فلم يفترقا افترقا يوجب اختلاف الحكم تامل جدا فان قال هذه الالف كانت لي وديعة عند فلان فاخذتها فقال فلان هي لي فانه يضمن فلانا ياخذها بهذه من مسائل الجامع الصغير قال المصنف رح في تعليله لانه اي لان المقر اقر باليد له اي لفلان وفي الكافي واقر بالاخذ منه والسبيل في الاخذ الرد على الماخوذ وادعى استحقاقها عليه اي ادعى استحقاق الالف على فلان بقوله كانت لي وديعة عند فلان وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه وان قال اجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها علي او قال آجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه وردّه علي فقال فلان كذبت بل الدابة والثوب لي فالقول له اي للمقر وهذا اي كون القول قول المقر عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب وقول ابي حنيفة رح ههنا استحسان وقولهما قياس كذا قالوا في شروح الجامع الصغير واليه اشار المصنف ره بقوله وهو القياس اي قول ابي يوسف رح ومحمد رح هو القياس فيفهم منه ان قول ابي حنيفة رح هو الاستحسان ولهذا قال فيما بعد وجه القياس وجه الاستحسان ثم ان بذلك اذا لم يكن الدابة او الثوب معروفا للمقر اما اذا كان معروفا له كان القول للمقر في قولهم جميعا لان الملك اذا كان معروفا للمقر لا يكون مجرد اليد فيه اقرارا سببا للاستحقاق عليه كذا في المبسوط والايضاح وذكر في الشروح وعلى هذا الخلاف اي على الخلاف المذكور آنفا الاعارة والاسكان بان قال اعرت دابتي هذه فلانا فركبها ثم ردها علي او اعرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ثم رده علي وبان قال اسكنت داري هذه فلانا ثم خرجت منها فقال فلان كذبت بل الدابة والثوب والدار لي ولو قال خاط فلانا ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته فقال فلان الثوب ثوبي على هذا الخلاف في الصحيح احترز عن قول بعضهم ان القول في هذا قول المقر بالاجماع فيكون ذلك دليلا لابي حنيفة رح ولكن ذلك ليس بثابت في الاصول بل قال عامة المشايخ هو على هذا الخلاف ايضا قال المصنف رح وجه القياس ما بيناه في الوديعة اراد به قوله لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر وجه الاستحسان وهو الفرق بين مسئلة الوديعة وبين هذه المسائل ان اليد في الاجارة والاعارة ضرورية يعني ان اليد فيها ليست بمقصودة بل هي ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما اي فيكون اليد معدومة فيما وراء الضرورة فلا تظهر في حق الاستحقاق على المقر لان ما يثبت بالضرورة يقتصر على قدر الضرورة فلا يكون اي فلا يكون الاقرار بالاجارة والاعارة اقرارا له اي للمقر له باليد مطلقا اي من كل وجه بل يكون اقرارا له باليد لاجل استيفاء المعقود عليه فقط فلا يكون مقرا بالملك لغيره ثم مدعيا لنفسه بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة فان المقصود منها هو الحفظ والحفظ لا يكون بدون اليد والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اي بالايداع اعترافا باليد للمودع

اقول لقائل ان يقول ان اريد ان الاقرار بالايداع يكون اعترافا باليد للمودع مطلقا اي من كل وجه كما صرح به في الكافي حيث قال فكان الاقرار بالوديعة اقرارا باليد للمستودع مطلقا فهو ممنوع اذ الايداع اثبات يد المحافظة دون اثبات يد الملك فكيف يكون الاقرار بالايداع اقرارا باليد مطلقا للمودع وان اريد ان الاقرار به يكون اعترافا بيد المحافظة للمودع فهو مسلم لكن لا يتم به التقريب كما لا يخفى ووجه آخر الاستحسان وهو الفرق وهو ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقرار

بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفية ثبوت اليد له باي طريق كان كما لو كان في يده عبد وقال هذا عبدي بعثته من فلان و
لم اسلم اليه بعد فقال المقر له بل كان عبدي واشتريته منك كان القول قول المقر دون المقر له لهذا المعنى كذا في النهاية ومعراج الدراية وكما لو قال ملكت عبدي
هذا لك بالف درهم الا اني لم اقبض الثمن فلي حق الحبس كان القول قول من زعم الآخر خلافه كذا في العناية وشرح تاج الشريعة اخذا من الاسرار ولا كذلك في مسئلة الوديعة
لانه اي لان المقر قال فيما كانت وديعة وقد يكون الوديعة من غير صنعه كاللقطة فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفعها اليه صاحبها وكذا الثوب اذا هبت الريح
فالقته في دار انسان فانه يكون وديعة عند صاحب الدار وان لم يدفع اليه صاحبه كذا في عامة الشروح اقول هنا كلام اما اولا فلان ظاهر قول المص وقد يكون من غير
صنعه ينافي ما ذكره في الوجه الاول من ان الايداع اثبات اليد قصدا لان اثبات اليد قصدا يقتضي الصنع فان قلت مراده انها قد تكون من غير صنع المقر لا من غير صنع الودع وكون الايداع اثبات اليد قصدا
انما يقتضي صنع المودع فلا منافاة قلت فحينئذ يلزم ان لا يصح المثالان المزبوران اللذان ذكرهما جمهور الشراح وذكر الثاني صاحب الكافي ايضا اذ لا صنع لاحد في
ثبوت يد الملتقط في اللقطة وفي ثبوت يد صاحب الدار في الثوب الذي القته الريح في داره واما ثانيا فلان تمثيل جمهور الشراح الوديعة ههنا بالمثالين المزبورين
ينافي ما صرحوا به في اول كتاب الوديعة من ان الوديعة هي التسلط على الحفظ وذلك انما يكون بالعقد والقصد والامانة اعم من ذلك فانها قد يكون بغير عقد وقصد
كما اذا هبت الريح في ثوب انسان فالقته في بيت غيره ووجه المنافاة ظاهر حتى لو قال اي المقر او دعتها كان جواب هذه المسئلة ايضا على هذا الخلاف المذكور
في مسائل الاجارة والاعارة والاسكان اقول بقي ههنا شيء وهو ان الفرق المذكور انما يتضح لو كانت صورة مسئلة الوديعة ما لو قال هذه الالف كانت وديعة
عند فلان بدون ذكر لفظة لي واما على ما ذكرت في الكتاب من قوله فان قال هذه الالف كانت له وديعة عند فلان فيشكل ذلك اذ الظاهر ان لفظة لي يفيد ثبوت اليد
من جهته فيؤول معنى قوله المذكور الى معنى قوله او دعتها عند فلان وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه اي عدم ذكر الاخذ في الطرف الآخر
وهو الاجارة واخواتها اي الاعارة والاسكان قال في غاية البيان انما ذكر الضمير الراجع الى الاجارة على تاويل العقد قلت وانما قال واخواتها ولم يقل واخواتها
لان احدهما وهو الاسكان كان مذكرا وفي مثل ذلك يغلب المذكر على المونث ولا يعكس اما على تاويلهما بالصورتين او بالمسئلتين ومراد المص ههنا الرد على الامام القمي
فيما ذكره من الفرق فانه قال انما وجب الرد في مسئلة الوديعة لانه قال فيها اخذتها منه فيجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وقال في الاجارة واخواتها فردها على فكان
الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع وقالوا في شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشيء لان محمدا ذكر في كتاب الاقرار لفظ الاخذ في الاجارة واخواتها ايضا
واليه اشار بقوله لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر وهو الاجارة في كتاب الاقرار القياس فيجوز للفرق وذكره الامام قاضيخان في شروح الجامع الصغير ونقل عنه في النهاية
ومعراج الدراية وهو ان في الاجارة والاعارة لو اخذنا الموجر والمعير باقرارهما امتنع الناس عن الاجارة والاعارة فلا يؤاخذ باقرارهما استحسانا كيلا تنقطع
الاجارة والاعارة واما في الوديعة فمنفعة الايداع تعود الى المالك فلو اخذنا المالك باقراره لا ينقطع الايداع انتهى اقول يرد عليه ان يقال تعود المنفعة في
الاجارة ايضا الى المالك وهو الموجر لانها عقد معاوضة لا عقد تبرع فتعود فيها منفعة الاجرة الى الموجر قطعا كما يعود في الايداع منفعة الحفظ الى المودع
ثم تتميم تقريب الفرق المذكور بالنظر الى مسئلة الاجارة وان تم بالنظر الى مسئلة الاعارة اللهم الا ان يقال منفعة الاجرة وان عادت في الاجارة الى الموجر لكن منفعة
الدار ونحوها تعود الى المستاجر ولا يقدر الموجر على الانتفاع بها مدة الاجارة فيتضرر بها من هذه الجهة بخلاف الايداع فانه نفع محض للمودع فافترقا في الجملة وهذا
اي الذي ذكر في الاجارة واخواتها بخلاف ما اذا قال اقتضيت اي قبضت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر حيث
يكون القول قوله اي قول المقر له لان الديون تقتضى امثالها لا اعيانها وذلك اي قضاء الديون بامثالها انما يكون بقبض مضمون اي بقبض مال مضمون

فاذا اقر له لا تقضه فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما ههنا المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة
وما اشبهها فافترقا ولو قال ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر كان ذلك كله في
استعنت بك ففعلت او فعلته باجر فالقول للمقر لانه ما اقر له باليد وانما اقر بعمل دفعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد المقر وصار كما اذا قال خاط
لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لانه اقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه باسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف
الاسباب مقدم وقال الشافعي رح دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين

يصير دينا على الدائن ثم يصير قصاصا بدينه على المديون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما ههنا يعني في
صورة الاجارة واختيها المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا قال صاحب النهاية في تقرير هذا المقام لان المديون تقضى باشتغالها وذلك معلوم
فاذا اقر باقتضاء الدين فقد اقر بقبض مثل الدين لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما اقر
بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما ههنا يعني في صورة الاجارة واختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا وقال وعليك
بتطبيق ما ذكرنا بما في المتن لنظير التقديم والتاخير الواقع في كلام المصنف بحسن التدبير ان شاء الله تعالى اقول لا نظير لذي فطرة سليمة تطبيق ما ذكره
بما في المتن ويتدبر فيه بحسن التدبير تقديم وتاخير في كلام المصنف رح بل نظير له نوع اختلال في كلام الشارح اما الاول فلان قوله فاذا اقر باقتضاء الدين فقد
اقر بقبض مثل الدين ليس عين قول المص فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان لاختلاف تاليهما فلا يقتضي تقديم ذاك تقديم هذا كيف ولو قدم هذا او وضع
موضع ذاك فقيل لان المديون تقضى باشتغالها فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان لم يتم التفريع المستفاد من الفاء في فاذا اقر مثل ما تم في تقديم ذاك الشهيد
بذلك كله الذوق الصحيح واما الثاني فلانه علل قوله فاذا اقر باقتضاء الدين فقد اقر بقبض مثل الدين بقوله لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار
بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ولا يخفى ان مفاد هذا التعليل ان الاقرار بالاقتضاء اقرار بسبب الضمان لا ان الاقرار باقتضاء الدين اقرار بقبض
مثل الدين كما هو المدعى ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر اي واحال ان ذلك كله في يد المقر
فادعاها اي فادعى الارض والدار والكرم فلان لنفسه وقال المقر بل ذلك كله لي استعنت بك على الزراعة والبناء او الغرس ففعلت او فعلته باجر فالقول
للمقر هذه من مسائل المبسوط ذكرها المص تفريعا وقال في تعليلها لانه اي لان المقر ما اقر له اي لفلان باليد وانما اقر بعمل دفعل منه اي من فلان وقد يكون
ذلك اي الفعل من الغير في ملك في يد المقر يعني ان الاقرار بعمل دفعل من الغير لا يدل على اليد لان العمل قد يكون من المعين والاجير والعين في يد صاحبها وصار اي
صار حكم هذا كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لما انه اقر بفعل منه اي من الخياط
وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا اي كذا حكم المسائل المذكورة قال في النهاية فحصل من هذا كله ان جنس هذه المسائل على ثلثة انواع ففي نوع منها كان القول
قول المقر له بالاجماع وهو مسئلة الوديعة والاقراض والاقتضاء وفي نوع منها كان القول قول المقر بالاجماع وهو مسئلة بيع العبد ومسئلة زرع هذه الارض
او بناء هذه الدار ومسئلة خياطة الثوب بدون ذكر القبض منه وفي نوع منها اختلفوا فيه فعند ابي حنيفة رحمه الله القول قول المقر كما في النوع الثاني وعندهما
القول قول المقر كما في النوع الاول وهو مسئلة الاجارة والاعارة والاسكان ونياطة الثوب مع ذكر القبض انتهى

باب اقرار المريض لما فرغ من بيان احكام اقرار الصحيح شرع في بيان اقرار المريض لان المرض عدم الصحة فافرده بباب على حدة لاختصاصه باحكام ليست
للصحيح واذا اقر الرجل في مرض موته بديون اي بديون غير معلومة الاسباب وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه اي في مرض موته باسباب معلومة
متعلق بلزمته اي لزمته باسباب معلومة مثل بدل مال ملكه واستهلكه او مهر مثل امراة تزوجها وعلم معاينة فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم على
ما اقر به في مرضه الى هنا لفظ القدوري في مختصره قال المص وقال الشافعي رح دين المرض سواء كان بسبب معلوم او باقرار ودين الصحة يستويان لاستواء
سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين وانما تعرض لوصفي العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار اخبار عن الواجب في الذمة ولا تفاوت
في ذلك بين صحة المقر ومرضه بل بالمرض يزداد جهة رجحان الصدق لان المرض سبب التورع عن المعاصي والانابة عما جرى فالاحتراز عن الكذب في هذه الحالة

ويحتمل لوجوب الدين بالاقرار في حق صاحبه كانشاء تصرف مبايعة ومناكحة ولنا ان الاقرار لا يصدق ليبطل اذا كان فيه ابطال
حق الغير وفي اقراره ابطال حق غرمائه لان حق غرمائه تعلق بهذا المال استيفاء حتى امنع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث

اكثر كان حجة قبول الاقرار فيه وذكرنا في الشروح واعترض بعض العلماء على تقرير دليل الشافعي رح بالوجه الذي ذكره المصنف رح حيث قال فيه كلام وهو ان
هذا الدليل انما يفيد مساواة للدين الثابت بالاقرار في الصحة فلا يطابق المدعى كما لا يخفى والاولى ان يقال عند الشافعي رح الدين في المرض يساوي الدين في الصحة
لاستواء السبب المعلوم والاقرار انتهى كلامه اقول يمكن ان يجاب عنه بان هذا الدليل اذا افاد مساواة دين المرض للدين الثابت بالاقرار في الصحة فقد افاد مساواته
للدين الثابت بالمعاينة ايضا بناء على عدم القائل بالفصل بين ذينك الدينين ويطلق على مثل ذلك الاجماع المركب كما تقرر في علم الاصول واراد بعض الفضلاء ان
يجيب عنه بوجه آخر حيث قال المدعى عام لما ثبت بالاقرار والمعاينة والدليل الخاص ثم قال ويجوز ان يكون من التنبيه بحال الادنى على حال الاعلى اقول لا حاصل له
ههنا لانه ان اراد انه يجوز ان يكون من التنبيه بمساواة دين المرض لادنى دينى الصحة وهو الدين الثابت بالاقرار في الصحة على مساواته لاعلى دينى الصحة وهو الدين اللازم
في الصحة باسباب معلومة فليس بصحيح اذ لا يلزم من وصول الشيء الى رتبة الادنى وصوله الى رتبة الاعلى فكيف يجوز التنبيه بالاول على الثاني وان اراد انه يجوز ان يكون من البينة بمساواة ادنى
دينى المرض وهو الدين الثابت بالاقرار في المرض للدين الثابت بالاقرار في الصحة على مساواة اعلى دينى المرض وهو الدين اللازم في المرض باسباب معلومة الدين الثابت
بالاقرار في الصحة فهو مسلم اذ يلزم من وصول الادنى الى رتبة شيء وصول الاعلى الى رتبة ذلك الشيء بالاولوية لكنه لا يجدي شيئا ههنا اذ الكلام في قصور الدليل المذكور
عن افادة مساواة دين المرض للدين اللازم في الصحة باسباب معلومة مع عموم المدعى وهذا لا يندفع بذلك على ان مساواة الدين اللازم في المرض باسباب معلومة
لدين الصحة مما لا نزاع فيه فلا فائدة في التنبيه عليه اصلا ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق وهي ذمة الحر البالغ العاقل وهي في حالتي الصحة والمرض سواء فاستوى
دين المرض ودين الصحة في سبب الوجوب وفي محله فيستويان في الوجوب واذا استويا وجوبا استويا استيفاء وصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة اي صار
اقراره في المرض كانشائه التصرف بالبيع والنكاح في حالة المرض وذلك مساواة لتصرفه في حالة الصحة فكذا ههنا ولنا ان الاقرار لا يغير دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير
اي اذا تضمن ابطال حق الغير كما لو رهن او آجر شيئا ثم اقر انه لغيره فانه لا ينفذ اقراره في حق المرتهن والمستاجر لتعلق حقهما به وفي اقرار المريض ذلك اي ابطال حق
الغير لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال يعني مال المريض استيفاء اي من حيث الاستيفاء ولهذا امنع اي المريض من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث قال صاحب النهاية
اي فيما اذا لم يكن عليه دين واما اذا كانت الديون محيطة بماله فلا يجوز تبرعه اصلا في الثلث وما دونه انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في حل هذا المحل بهذا المعنى
ولكن غير العبارة حيث قال ولهذا امنع من التبرع والمحاباة اصلا اذا احاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه ديون انتهى اقول ليس في
شرحه صحيح اذ الظاهر من قوله اذا لم يكن عليه دين ان لم يكن دين شيء من الديون اصلا بمقتضى وقوع النكرة في سياق النفي فحينئذ يصير معنى كلام المصنف رح لتعلق حق غرماء الصحة بمال المريض منع من التبرع
والمحاباة بالزيادة على الثلث فيما اذا لم يكن على المريض دين اصلا ولا يخفى ان هذا معنى لغو يناقض آخره اوله لانه اذا لم يكن على المريض دين اصلا لم يتصور تعلق في حق الغرماء بماله فالوجه في حل
هذا المحل ان يقال ما ذكره المص رح فيما اذا كان عليه ديون ولكن لم تحط بماله واما اذا احاطت الديون بماله فيمنع من التبرع مطلقا اي بالثلث وما دونه لعموم منع
المريض من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث وان لم يكن عليه دين اصلا لكن ذلك ليس لتعلق حق الغرماء بماله بل لتعلق حق الورثة به فالمنع لاجل تعلق حق
الغرماء بماله كما هو مقتضى قول المصنف رح ولهذا امنع انما يتصور في صورة تحقق الدين عليه كما لا يخفى على ذي مسكة ثم ان جمهور الشراح قالوا في قول المص رح
ولهذا امنع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث جواب عما اذا ادعاه الشافعي رح من استواء حال الصحة وحال المرض وانه لو كانا متساويين لما منع من التبرع والمحاباة
في حال المرض كما لا يمنع عنهما في حال الصحة اقول يرد عليه ان يقال لم لا يجوز ان يكون منعه من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث في حالة المرض لتعلق حق الغرماء
الورثة بماله في تلك الحالة لا لتعلق حق الغرماء به الا يرى انه يمنع من ذلك في تلك الحالة وان لم يكن عليه دين اصلا فلا يتم الجواب عما ادعاه الشافعي رح لان ما ادعاه استواء

بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل بخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة وهذه حال الصحة لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز وحالة المرض حالة واحدة لانه حالة العجز بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز فافترقا

حالتي الصحة والمرض في حق غرماء الصحة والمرض لا في حق الورثة ثم اقول كان الحق على المص ان يقول بدل قوله المذكور ولهذا منع من التبرع والمحاباة اصلا اذا احاطت الديون بماله اذ تمام الجواب حينئذ ما ادعاه الشافعي رح قطعا ويصح التفريع على ما قبله بلا غبار كما لا يخفى على الفطن وكان الامام الزيلعي تنبه لقصور ما ذكره المص رح هنا في التفريع حيث قال في شرح الكنز بدل ذلك ولهذا منع من التبرع والمحاباة مطلقا في غير قدر مقدر بالثلث لكن فيما قاله افراط كما كان فيما قاله المصنف رح تفريط لان منعه من التبرع والمحاباة مطلقا في قدر مقدر بالثلث ليس بمطلق بل فيما اذا احاطت الديون بماله اما اذا لم تحط به فمقدر بالثلث والظاهر من كلامه الاطلاق فكان فيه افراط فالحق الذي لا محيد عنه في تنقيح الكلام هنا لافادة تمام المقصود ما بنينا عليه انفا فان قيل الاقرار بالوارث في المرض صحيح مع انه يبطل به حق سائر الورثة فلم لم يصح الاقرار بالدين في المرض اذا كان فيه ابطال حق غرماء الصحة مع استوائهما في ابطال حق الغير قلنا استحقاق الوارث بالمال بالنسب والموت جميعا فالاستحقاق يضاف الى آخرهما وجودا وهو الموت الا يرى ان شاهدي النسب قبل الموت اذا رجعا بعد الموت والمشهود له اذا اخذ المال لم يضمنا شيئا فاما الدين فلا يجب بالموت بل يجب بالاقرار كذا في المبسوط والاسرار بخلاف النكاح جواب عما استشهد به الشافعي رح من انشاء النكاح يعني لا يلزمنا ذلك لانه من الحوائج الاصلية فان بقاء النفس بالتناسل والطريق للتناسل الا بالنكاح والمهر غير ممنوع عن صرف ماله الى الحوائج الاصلية وان كان ثمة دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاغذية وهو اي النكاح بمهر المثل هذه جملة حالية يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل واما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز كذا في النهاية قال بعض الفضلاء فيه بحث فان النكاح من الحوائج الاصلية مطلقا اقول كون النكاح من الحوائج الاصلية مطلقا ممنوع فان الحوائج الاصلية ما يكون من ضروريات الانسان والنكاح بالكثير من مهر المثل ليس من ضروريات لامكان حصوله بمهر المثل فان قيل لو تزوج وهو لا يحتاج اليه بسبب ان نساء جواري وهو شيخ كبير لا يولد له عادة جاز وهي يشارك غرماء الصحة مع ان هذا النكاح لم يكن من الحوائج الاصلية لانه ليس له رجاء بقاء النسل ولا احتياج قضاء الشهوة قلنا النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والتعول اصل الوضع لا للحال فان الحال مما لا يوقف عليها ليبتنى الامر عليها اليه اشار في الاسرار وذكر في الشروح وبخلاف المبايعة بمثل القيمة جواب عما استشهد به الشافعي رح من انشاء المبايعة يعني ولا يلزمنا المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة والمالية باقية في المبايعة بمثل القيمة وان فاتت الصورة فلم يكن في انشاء ذلك ابطال شيء من حقهم بل فيه تحويل حقهم من محل الى محل يعدله وللبدل حكم المبدل ولما استشعر ان يقال لو تعلق حق الغرماء بمال المديون لبطل اقراره بالدين حالة الصحة ايضا لان الاقرار المتضمن لابطال حق الغير غير معتبر كما مر مع ان ذلك ليس بباطل بالاجماع اجاب بقوله وفي حالة الصحة لم يتعلق حق الغرماء بالمال اي بمال المديون لقدرته على الاكتساب اي لقدرة المديون على الاكتساب في تلك الحالة فيتحقق التثمير اي تثمير المال وهو يكثره يقال ثمر الله ماله اي كثره فلم تقع الحاجة الى تعلق حق الغرماء بماله وهذه اي حالة المرض حالة العجز عن الاكتساب فيتعلق حقهم بماله في هذه الحالة حذرا عن التوى ولما استشعر ان يقال سلمنا ذلك لكن اذا اقر في المرض ثانيا ينبغي ان لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح اقراره في المرض في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم بذلك اجاب بقوله وحالة المرض حالة واحدة اي حالة اول المرض وحالة آخره بعد ان يتصل به الموت حالة واحدة لانه اي لان المرض حالة العجز ولهذا يمنع عن التبرع فكان الاقراران في المرض بمنزلة اقرار واحد كما ان حالتي الصحة حالة واحدة فيعتبر الاقراران جميعا بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى اي حالة الصحة حالة اطلاق للتصرف وهذه اي حالة المرض حالة عجز عن التصرف وقال في غاية البيان لو قال حالة العجز لكان اولى لكونه اشد مناسبة بالاطلاق وافترقا اي افترق الوجهان اي الحكمان فمنع تعلق حق غرماء الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولم يمنع الاقرار في حالة ولم يمنع الاقرار في اول المرض عن الاقرار في آخره ثم ان الدليل المذكور افاد تقديم دين الصحة على الدين الثابت بالاقرار في حالة المرض وبقي الكلام في

وانما تقدم المعروفة الاسباب لان لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له وذلك مثل بدل مال ملكه او استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره او تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يتقدم احدهما على الآخر لما بينا ولو اقر بعين في يده لآخر ليصرفها في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض ابطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه

تقديم الديون المعروفة الاسباب عليه فقال وانما تقدم المعروفة الاسباب يعني انما تقدم الديون اللازمة في حالة المرض باسباب معلومة على الدين الثابت بالاقرار في حالة المرض لانه لا تهمة في ثبوتها اي في ثبوت تلك الديون اذ المعاين لا مرد له يعني ان ثبوتها بالمعاينة والاقرار المعاين لا مرد له فتقدم على المقر به في المرض وذلك اي ما ذكر من الديون المعروفة الاسباب مثل بدل مال ملكه ثمن المبيع وبدل القرض او استهلكه اي او بدل مال استهلكه وعلم وجوبه اي وجوب البدل بغير اقراره اي بغير اقرار المريض بان وجوبه من وجوب البدل بغير اقراره اي بغير اقرار المريض بمعاينة القاضي او بالبينة او تزوج امرأة بمهر مثلها هذا عطف على بدل مال الكلام استهلكه بحسب المعنى كانه قال ومثل امرأة تزوجها فانها ايضا من الديون المعروفة الاسباب اقول الظاهر ان كون العلم بوجوبه بغير اقرار المريض شرطا في هذا المثال ايضا والا كان مما يثبت باقرار المريض فلا يصلح مثالا لما تقدم عليه من الديون المعروفة الاسباب اذا كان ذلك شرطا ايضا في هذا ايضا الا يرى في تاخير المصنف رح عن قوله وعلم وجوبه بغير اقراره وجه وجيه وهذا الدين يعني الدين اللازم في المرض باسباب معلومة مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر لما بينا اشار به الى قوله لانه لا تهمة في ثبوتها فان تلك العلة اعني عدم التهمة في الثبوت كما تمشى في الدين اللازم في المرض باسباب معلومة بناء على ان المعاين لا مرد له كذلك تمشى في دين الصحة مطلقا اما فيما لزم في الصحة باسباب معلومة فبناء على ان المعاين لا مرد له واما فيما ثبت في الصحة بالاقرار فبناء على ان لا يكون فيه ابطال حق الغير كما في اقرار المريض هذا وقال صاحب غاية البيان قوله لما بينا اشارة الى قوله اذ المعاين لا مرد له اقول ليس هذا بتام لان تلك العلة اعني قوله اذ المعاين لا مرد له لا تمشى فيما اذا ثبت دين الصحة بالاقرار اذ الثابت بالاقرار ليس من المعاين فلا يظهر بها ان لا يقدم هذا الدين على دين الصحة مطلقا بخلاف ما ذكرناه وقال صاحب العناية لما بينا انه من الحوائج الاصلية يعني في النكاح ولا تهمة في ثبوته في غيره انتهى اقول هذا تكلف مستغنى عنه فان قول المصنف رح لانه لا تهمة في ثبوتها مع قربه في الذكر وشموله في الدين اللازم بسبب النكاح والدين اللازم بسبب غيره جميعا كيف لا يكتفى به في شرح قوله ههنا لما بيناه فيصار الى توزيع قوله لما بينا الى قوله لانه لا تهمة في ثبوتها والى قوله في بعيد بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل كما يقتضيه تقرير صاحب النهاية ومعراج الدراية قوله لما بينا اشارة الى قوله لانه من الحوائج الاصلية وقوله لانه لا تهمة في ثبوتها اقول ان اراد ان قوله لما بينا اشارة الى قوليه المذكورين في الموضعين بطريق التوزيع كما اقره صاحب العناية فيرد عليهما ما يرد عليه من انه تكلف مستغنى عنه كما بيناه وان اراد انه اشارة الى قوليه المذكورين بطريق الاستقلال بمعنى ان كل واحد منهما يصلح ان يكون علة مستقلة لكون الديون المعروفة الاسباب مطلقا مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر فليس بصحيح لان قوله لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل مخصوص بالنكاح وليس كثير من اسباب تلك الديون من الحوائج الاصلية قط فلا يتم المقصود ولو اقر اي المريض بعين في يده لآخر سواء كانت العين امانة او مضمونة لم يصح اقراره في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به اي بما اقر به ذكر المص رح هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدوري ومفادها ان الاقرار بالعين في المرض كالاقرار بالدين فيه ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض خلافا للشافعي رح ذكره المص رح هذه المسئلة ايضا تفريعا على مسئلة القدوري وقال في تعليلها لان في ايثار البعض ابطال حق الباقين وهو لا يصح فان فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون ذلك بين الغرماء بالحصص عندنا نص عليه في المبسوط وغيره وقال الشافعي رح المقبوض سالم للقابض لان المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضي دين من يخاف ان لا يسامحه بالابراء بعد موته بل يخاصمه في الآخرة والتصرف على وجه النظر غير مردود والجواب ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء اي وغرماء الصحة وغرماء المرض الذين كانوا غرماء في الديون المعروفة الاسباب سواء في عدم جواز ايثار البعض على البعض بقضاء الدين في العلة اشتراك الكل وتساويهم في تعلق حقهم بمال المريض الا اذا قضى ما استقرض في مرضه هذا استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون بعض

او نقد ثمن ما اشتراه في مرضه وقد علم بالبينة **قال** واذا قضيت يعني الديون المتقدمة وفضل شيء يصرف الى ما اقر به في حالة المرض
لان الاقرار في ذاته صحيح وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته **قال** فاذا لم يكن عليه ديون في صحته
جاز اقراره لانه لم يتضمن ابطال حق الغير وكان التقرير له اولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته لان قضاء الدين
من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا يقدم حاجته في التكفين

وقوله في مرضه متعلق بالفعلين جميعا اعني قضي واستقرض والمعنى الا اذا قضي في مرضه ما استقرض في مرضه وكذا قوله او نقد ثمن ما اشترى في مرضه اي نقد في مرضه
ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم وجوبه اي والحال انه قد علم وجوب كل واحد من القضاء والنقد بالبينة او بمعاينة القاضي فحينئذ يجوز ان يخص المريض المقرض
والبائع بقضاء دينهما وليسلم المقبوض لهما او لا يشاركهما في ذلك غيرهما لانه لم يبطل حق الغرماء بل انما حوله من محل الى محل بعد له وكان تعلق حقهم بالمالية لا بالصورة
والمالية لم تفت بالتحويل وفي المبسوط ارايت لو رد ما استقرضت بعينه او فسخ البيع ورد المبيع لكان تمنع سلامته للمردود عليه بحق غرماء الصحة لا يمنع ذلك فكذلك اذا رد
بدله لان حكم البدل حكم المبدل قال في النهاية وذكر في الذخيرة باوضح من هذا فقال فان قضى المريض ديون هؤلاء بل لغرماء الصحة ان يشاركوهم فيما قبضوا قال
لا يشاركون المقرض والبائع ويشاركون المرأة والآجر لان المريض بقضاء دين المقرض والبائع لم يبطل حق غرماء الصحة لما ذكرنا ان حق غرماء الصحة في معنى مال
المريض لا في اعيانها وهذا لا يكون ابطالا لحقهم بل كان نقلا لحقهم وله ولاية النقل الا يرى انه لو باع ماله ليوفي حقوقهم كان له ذلك فاما في النكاح والاجارة فبقضاء
المهر والاجرة ابطل حق غرماء الصحة عن عين المال وعن ماليته لان ما وصل اليه من المنفعة لا يصلح لقضاء حقوقهم فصار وجود هذا العوض في حقهم وعدمه بمنزلة فكان
ابطالا لحقهم وليست له ولاية الابطال انتهى قال اي القدوري في مختصره فاذا قضيت على صيغة المجهول وفسر المصنف رح القائم مقام الفاعل بقوله يعني الديون
المتقدمة واراد بالديون المتقدمة ديون الصحة والديون اللازمة في المرض باسباب معلومة وفضل شيء هذا من كلام القدوري يعني وفضل شيء من التركة
بعد قضاء الديون المذكورة يصرف الى ما اقر به في حال المرض قال المصنف رح في تعليله لان الاقرار في ذاته صحيح اي محمول على الصدق في حق المقر لصدوره عن
اهله في محله اذ الكلام فيه فيكون حجة عليه انما رد في حق غرماء الصحة لكونه منها في حق الغير فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته اي صحة اقراره في المرض لزوال المانع قال
اي القدوري في مختصره وان لم يكن عليه اي على المريض ديون في صحته جاز اقراره وان كان كل ماله قال المصنف رح في تعليله لانه لم يتضمن ابطال حق الغير
يعني انما رد لتضمنه ابطال حق الغير فاذا لم يتضمن ذلك هذا اقراره لعدم المانع اقول كان الظاهر في وضع المسئلة ان يقال وان لم يكن عليه ديون في صحته
ولا ديون لازمة في مرضه باسباب معلومة جاز اقراره لان الديون اللازمة في المرض باسباب معلومة متقدمة ايضا على الدين الثابت باقرار المريض كما مر
فاذا كان عليه تلك الديون فالظاهر ان لا يجوز اقراره وان لم يكن عليه ديون في صحته لتضمنه ابطال حق غرماء الديون اللازمة في مرضه باسباب معلومة وكان
المقر له اولى من الورثة هذا من كلام القدوري ايضا قال المصنف رح في تعليله لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته والاثر
في مثله كالخبر لانه من المقدرات فلا يدرك بالقياس فيحمل على انه سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم كذا في التبيين قال صاحب غاية البيان فيه نظر لانه روي
في مبسوط خواهر زاده وغيره عن ابن عمر لا عمر وكذا روي في الاصل حدث محمد بن الحسن فيه عن يعقوب عن محمد بن عبد الله عن نافع عن ابن عمر انه قال اذا اقر الرجل
في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله اقول هذا النظر غير وارد لان كونه مرويا عن ابن عمر لا ينافي كونه مرويا عن عمر ايضا فيجوز ان يسنده
بعض الفقهاء في النقل الى احدهما كما وقع في الكتب التي ذكرها وبعضهم الى الآخر كما وقع في الهداية والكافي وغيرهما سيما اذا اختلفت عبارة الفريقين في النقل
ويؤيد ذلك ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولنا ما روي عن عمر وابنه عبد الله رضي الله تعالى عنهما انهما قالا اذا اقر المريض لوارثه لم يجز واذا اقر لاجنبي جاز
انتهى فتدبر ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية اذ فيه رفع الحائل بينه وبين الجنة قال النبي صلى الله عليه وسلم الدين حائل بينه وبين الجنة كذا في الشروح
وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا يقدم حاجته اي حاجة الميت في التكفين والتجهيز اقول لقائل ان يقول ان كان قضاء الدين الثابت باقرار
المريض من الحوائج الاصلية لا يتم ما ذكره المصنف رح فيما مر الفرق بين الدين الثابت باقرار المريض وبين الدين اللازم بمباشرته بقوله بخلاف النكاح لانه من الحوائج

قال ولو اقر المريض لوارثه لم يصح الا ان يصدقه فيه بقية ورثته وقال الشافعي رحمه الله يصح لانه اقرار بحق ثابت لترجيح جانب الصدق فيه فصار كالاقرار لاجنبي ولوارث آخر وديعة مستهلكة للوارث لنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث الا ان يجيزها الورثة

الاصلية هو مجرد المثل ثم اقول يمكن ان يقال قضاء الدين الثابت باقرار المريض يكون من الحوائج الاصلية اذا لم يتحقق هناك دين الصحة والدين اللازم في المرض باسباب معلومة او تحققا ولكن فضل شيء من التركة بعد قضائهما واما اذا تحققا ولم يفضل شيء من التركة بعد قضائهما فلا يكون الدين الثابت باقرار المريض من الحوائج الاصلية لان علة كونه من الحوائج الاصلية ان يرفع به الحاصل بين المديون وبين الحجة كما مر وتلك العلة منتفية عند تحقق دين الصحة ودين المريض باسباب معلومة مع عدم وفاء التركة بما سواهما لانهما يحولان حينئذ بينه وبين الحجة ما لم يرفعا قضاءهما بخلاف النكاح فان علة كونه من الحوائج الاصلية كونه من مصالح المعيشة وهذه العلة متحققة في كل حال واجاب بعض الفضلاء عن الايراد المذكور بانه لم يظهر ثبوت الدين فيما اذا اقر بدين في مرضه وعليه دين الصحة لامكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج الاصلية اقول يرد عليه انه ليس حينئذ مدار الفرق بين ما اقر به في مرضه وبين ما لزم بنكاحه عدم ظهور ثبوت الاول لامكان التهمة فظهور ثبوت الثاني اذا المغائر لامر وله لا عدم كون الاول من الحوائج الاصلية وكون الثاني منها كما يقتضيه قول المصنف بخلاف النكاح فانه من الحوائج الاصلية ومورد الايراد انما هو قول المصنف هذا ويمكن التوجيه فتامل قال اي القدوري في مختصره ولو اقر المريض لوارثه لا يصح سواء اقر بعين او بدين كما صرح به وعن ابي حنيفة قال صاحب النهاية وهو باطلاقه يتناول العين والدين الا ان يصدقه فيه اي في اقراره هذا بقية الورثة وبه قال الشافعي رح في قول واحمد رح وهو قول شريح وابراهيم النخعي ويحيى الانصاري والقاسم وسالم وابو هاشم وقال الشافعي رح في احد قوليه يصح وهو قول ابي ثور والعطاء والحسن البصري وقال مالك يصح اذا اتهم ويبطل اذا اتهم كمن لم يثبت وابن عم فاقر لابنته لم يقبل ولو اقر لابن عمه قبل اذا لم يتهم ان يزيد في نصيبه وتهم ان يزيد في نصيبها وليس ما قاله الشافعي رح في احد قوليه ما ذكره المصنف رح بقوله لانه اي لان هذا الاقرار اظهار حق ثابت اي اخبار عن حق لازم عليه لترجيح جانب الصدق فيه اي في هذا الاقرار بدلالة الحال فان حال المرض اول على الصدق لانه حال تدارك الحقوق فلا يجوز ان يثبت الحجر عن الاقرار به وصار هذا الاقرار كالاقرار لاجنبي ولوارث آخر بخلاف ما لو اقر لمجهول النسب انه ابنه فانه يصح وان تضمن وصول شيء من التركة اليه ولو وديعة مستهلكة للوارث اي وكالاقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فانه صحيح وصورة ذلك على ما ذكر في الجامع الكبير رجل اودع اباه الف درهم في حال صحة الاب او مرضه بمعاينة الشهود فلما حضرته الوفاة قال استهلكتها ثم مات وانكر ذلك سائر الورثة فان اقرار المريض جائز في الالف من تركته للابن المقر له خاصة قال جماعة من الشراح والجواب عنه انا لو لم نعتبر اقراره يصير انه مات مجهلا فيجب الضمان فلا يفيد رد اقراره ولان تصرف المريض انما رد للتهمة ولا تهمة في المعاينة انتهى اقول جوابهم الثاني ليس بصحيح لان الثابت بالمعاينة في المسئلة المذكورة انما هو ايداع الوارث تلك الوديعة لا استهلاك المورث اياها وانما ثبت الاستهلاك باقرار المورث لا غير كما هو المفروض في ما يتك المسئلة فبقي الكلام في صحة الاقرار بالاستهلاك فالصواب من جوابهم هو الاول كما هو المفهوم مما ذكر في الجامع الكبير من تعليل المسئلة المذكورة بقوله لان تصرف المريض انما يرد للتهمة لا خلل فيه ولا تهمة في هذا الا يرى انا اذا كذبناه فمات وجب الضمان ايضا في تركته لانه مات مجهلا انتهى وكان تلك الجماعة من الشراح اغتروا بما في الجامع الكبير من قوله لانه لا تهمة في هذا فظنوا ان وجه عدم التهمة فيه ثبوته بالمعاينة وليس كذلك بل وجه ذلك وجوب الضمان على المقر سواء صدق في اقراره ام كذب لانه مات مجهلا كما هو الظاهر من التعبير المذكور فيه ثم ان صاحب العناية لم يصب ايضا في تحرير هذا المقام حيث ذكر المسئلة المذكورة مع تعليلها المذكور في الجامع الكبير فقرر دليل الشافعي مع ان التعليل المذكور حجة على الشافعي لا له وانما الصواب ان ذكر مضمون ذلك التعليل هنا على وجه الجواب عن قياس الشافعي ما نحن فيه على تلك المسئلة كما ذكره غيره ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث الا ان يجيزها الورثة رواه الدارقطني في سننه عن نوح بن دراج عن ابان بن ثعلب عن جعفر بن محمد عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين قال شمس الائمة الحلواني في مبسوطه وحجتنا في ذلك قوله عليه السلام الا ان يجيزها الورثة ولا الا اقرار بالدين الا ان هذه الزيادة شاذة غير مشهورة

ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه وهذا لمنع من التبرع على الورثة اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين ولان حالة المرض
حالة الاستغناء القرابة سبب التعلق لان هذا تعلق لم يظهر في حق يجب ما حقوا المعاملة في الصحة لانه انجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه

وانما المشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما اذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاطه ذلك ماله وان اقر لوارث فهو باطل الا ان يصدقه الورثة وبه
اخذ علماؤنا وقول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس انتهى وقال صاحب البدائع بعد ذكر قول ابن عمر ولم يعرف له فيه مخالف من الصحابة فيكون اجماعا
انتهى اقول كل واحد من الحديث الذي رواه الدارقطني عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والاثر الذي روي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما انما يدل على بطلان اقرار
المريض لوارث بالدين بدون تصديق الورثة ومسئلتنا تعم بطلان اقراره له بالدين بالعين كما صرحوا به فكان الدليل قاصرا عن افادة تمام المدعى اللهم الا ان
يلتزم ذلك بناء على افادة الدليل العقلي الاتي كلية المدعى فتامل ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع اي المريض من التبرع على الوارث كالوصية وليس
له اصلا اي بالكلية ففي تخصيص البعض به اي ففي تخصيص بعض الورثة بماله ابطال حق الباقين اي ابطال حق باقي الورثة وهو جور عليهم فيرد وتذكر ههنا ما ورد عليه
من الاشكال بالاقرار في المرض لوارث آخر وجوابه فانا قد ذكرناهما فيما مر نقلا عن المبسوط والاسرار فان قيل حق الورثة انما يظهر بعد الفراغ عن حاجته فاذا اقر بالدين
لبعض الورثة فقد ظهر حاجته لان العاقل لا يكذب على نفسه خلافا وبالمرض تزداد جهة الصدق لان الباعث الشرعي ينضم الى العقل فيبعثه على الصدق قلنا الاقرار
للوارث ايصال نفع اليه من حيث الظاهر وفيه ابطال حق الباقين ووجوب الدين لم يعرف الا بقوله وهو متهم فيه لجواز انه اراد الايثار بهذا الطريق حيث عجز
عنه بطريق الوصية فوجب ان يتوقف صحته على رضى الباقين دفعا للوحشة والعداوة بخلاف الاجنبي لانه غير متهم فيه لانه يملك ايصال النفع اليه بطريق الوصية
وكل تصرف يتمكن المرء في تحصيل المقصود به انشاء لا يتمكن التهمة في اقراره كذا في الكفاية ومعراج الدراية ولان حالة المرض حالة الاستغناء عن المال لظهور امارات
الموت الموجب لانتهاء الامال وكل ما هو كذلك فالاقرار لبعض الورثة فيها يورث تهمة تخصيصه والقرابة تمنع عن ذلك لانها سبب التعلق اي سبب تعلق حق الاقارب
بالمال وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا مخصص وعلى هذا التقرير الذي هو مختار صاحب العناية يكون قول المص ولان حالة المرض حالة الاستغناء
الى آخره دليلا مستقلا على اصل المسئلة وهو الظاهر من اسلوب تحريره وقال بعض الفضلاء قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء عطف على قوله ولهذا يمنع
الى آخره فانه كان دليلا آنيا وهذا دليل لمي انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان تقديم قوله ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين باعتبار
ذلك جاء الان قوله لانه يتعلق حق الورثة بماله في مرضه مقدمة لدليل اصل المسئلة وقوله ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين مقدمة اخرى مربوطة بالاولى
ولو كان قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء معطوفا على قوله ولهذا يمنع من التبرع لكان دليلا على المقدمة الاولى كالمعطوف عليه فيلزم توسيط المقدمة الثانية
بين دليلي المقدمة الاولى ولا يخفى ما فيه نعم يصلح قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق لان يكون دليلا على قوله ولانه تعلق حق الورثة
بماله في مرضه لولا توسط قوله ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين وعن هذا قال في الكافي ولانه اثر لبعض ورثته بشيء من ماله بعد تعلق حق الكل بماله
فيرد كما لو اوصى له بشيء من ماله وهذا لان حالة المرض حالة الاستغناء عن ماله لظهور آثار الموت فيها والظاهر ان الانسان لا يحتاج الى ماله لانتهاء ماله عند
اقباله على الآخرة فيظهر عند استغنائه حق اقربائه ولهذا امنع من التبرع على ورثته اصلا فلم يصح اقراره للوارث لانه يوجب ابطال حق الباقين انتهى قال في
التبيين لان فيه ايثار لبعض الورثة بماله بعد تعلق حق جميعهم فلا يجوز لما فيه من حق البقية كالوصية وانما تعلق حقهم به لاستغنائه عنه بعد الموت فلا يتمكن من ابطال حقهم
بالاقرار لورثته كما لا يتمكن منه بالوصية لهم انتهى تعبير الان التعلق اي تعلق حق الورثة بمال المريض في حالة المرض لم يظهر في حق الاجنبي حيث لم يمنع اقرار المريض للاجنبي لحاجة اي لحاجة الانسان
الى المعاملة مع الناس في الصحة اي في حالة الصحة فلو لم يصح اقراره بالكلية في حالة المرض لم تقض حاجته في حالة الصحة لانه لو انجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه في الصحة
بناء على جواز ان يعرضه المرض فيختل مصالحه فيقع في الحرج وهو مرفوع شرعا ولما استشعر ان يقال الحاجة موجودة في حق الوارث ايضا لان الناس كما يعاملون

وقلما يقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته ايضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوه فيصح اقراره وان اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله عندنا والقياس ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل **قال** ومن اقر لاجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره له فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها وجه الفرق ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقي اقراره لاجنبية

مع الاجنبي يعاملون مع الوارث اجاب بقوله وقلما يقع المعاملة مع الوارث لان المعاملة للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيي من المماكسة معه فلا يحصل الربح ولم يظهر اي وكذا لم يظهر هذا التعلق في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته ايضا اي لحاجة الانسان الى الاقرار بالوارث ايضا لان الاقرار بالنسب من حوائجه الاصلية لانه يحتاج الى ابقاء نسله فلا يتحجر عنه بحق الورثة ثم هذا التعلق اي تعلق الورثة بمال المريض في مرضه حق بقية الورثة فاذا صدقوه اي اذا صدق بقية الورثة المقر لوارث فقد ابطلوه اي ابطلوا حقهم فصح اقراره وهذا الكلام من المص بيان لوجه الاستثناء الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله الا ان تصدقه بقية الورثة واذا اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا اشارة الى قوله ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية كما ذهب اليه صاحب معراج الدراية وصاحب العناية او الى قوله لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه كما ذهب اليه صاحب غاية البيان وتبعه الشارح العيني وفي العناية وكانت المسألة معلومة مما تقدم الا انه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان والقياس ان لا يجوز الا في الثلث وهو مذهب بعض الناس كما ذكر شيخ الاسلام في مبسوطه لان الشرع قصر تصرفه اي تصرف المريض عليه اي على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة ولهذا لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ الا في الثلث فكذا الاقرار وجب الا ينفذ الا في الثلث كذا قالوا اقول لقائل ان يقول الشرع انما قصر على الثلث تصرفه الذي لم يكن من الحوائج الاصلية دون مطلق التصرف والا لزم ان لا ينفذ تصرفه في شيء من الاغذية والادوية الا في مقدار الثلث ولم يقل به احد وقد تقرر فيما مر ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية فلم يجر القياس المذكور في الاقرار بالدين اللهم الا ان يدعى ان كون قضاء الدين من الحوائج الاصلية على موجب الاستحسان ايضا دون القياس الا انا نقول في وجه الاستحسان لما صح اقراره في الثلث لانتفاء التهمة عن اقراره في ذلك القدر لعدم تعلق الورثة به كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين والثلث بعد الدين محل التصرف قطعا فينفذ الاقرار في الثلث الباقي ثم وثم حتى يأتي على الكل كذا في الايضاح وحاشية المعتبرات اقول فيه شيء وهو ان الاتيان على الكل غير مستقيم على الوجه المزبور بانه على القول بالجزء الذي لا يتجزى كما هو مذهب المتكلمين فظاهر لان التثليث اذا انتهى الى ثالثة اجزاء فاخرج منها احدها وبقي جزءان امتنع بعد ذلك اخراج الثلث من ذينك الجزءين الباقيين لعدم امكان التجزي في شيء منهما واما على القول بامكان القسمة الى غير النهاية كما هو مذهب الحكماء فكذلك لان الثلث في كل مرتبة لا يحتمل ان يكون عين الكل للقطع بمغايرة الجزء للكل لا يقال مراده الاتيان على قريب من الكل لا عين الكل حقيقة لانا نقول فح لا يتم التقريب لان المبني جواز الاقرار لاجنبي وان احاط بكل ماله حقيقة تدبر ونقض الوجه المذكور بالوصية بجميع ماله اذا لم يكن عليه دين فانها لا يجوز عند تحقق الورثة مع جريان الطريق المزبور فيها لان المريض له حق التصرف في ثلث ماله بدون اجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ماله كان له التصرف في ثلث الباقي لما ان جميع ماله بعد الثلث انحاج جعل كانه هو من الابتداء فيجب ان ينفذ وصيته في ثلثه ايضا ثم وثم الى ان يأتي على الكل اجيب بان الثلث بعد الدين محل تصرف المريض فلما اقر بدين انتقل الى محل التصرف الى ثلث ما بعده وليس الثلث بعد الوصية بشيء محل تصرف المريض وصيته وانما محل الوصية ثلث المجموع لا غير فافترقا قال اي القدوري في مختصره ومن اقر لاجنبي في مرضه بمال ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه اي ثبت نسب المقر له من المقر وبطل اقراره بالمال فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها بخلاف الدية والوصية حيث بطلتا لها ايضا وقال زفر رح بطل الاقرار لها ايضا لانها وارثة لها عند الموت فحصلت التهمة وهي المعتبرة في الباب ولنا ما ذكره المص بقوله ووجه الفرق اي بين المسئلتين ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح يعني ان النسب اذا ثبت يستند الى وقت العلوق فتبين بذلك ان اقراره المريض وقع لوارثه وذلك باطل ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج يعني ان الزوجية اذا ثبتت ثبتت مقتصرة على زمان العقد فبقي اقراره لاجنبية فيصح بخلاف الهبة والوصية لان الوصية تمليك بعد الموت وهي وارثة حينئذ والهبة في المرض وحكم الوصية

قال ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر بدين بعد موته فلها الأقل من دينها ومن ميراثها منه لأن الدين يصح إقراره به ويتعلق به حق الغرماء
مسدد ونور حقه فلما أقر بعد هذا كان متهما في إقراره على ما بينا فلا يصح إقراره في حق الغرماء ولكن يؤخذ بالأقل من الأمرين **فصل** ومن أقر بغلام يولد مثله لمثله
ولا نسب معروف له أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وإن كان له نسب معروف لم يثبت نسبه إلا بشرط تصديقه لأنه في يد نفسه فلا يصح إقرار غيره عليه
يكون مكذبا له بشرط أن يكون له نسب معروف لأنه يمنع ثبوته من غيره والشرط تصديقه لأنه في يد نفسه فلا يصح إقرار غيره عليه

على ما بيناه وفي وصايا الجامع الصغير ولو أن المريض أقر بدين لابنه وهو نصراني أو عبد ثم أسلم الابن أو أعتق العبد ثم مات المريض فالإقرار باطل لأنه حين أقر
كان سبب التهمة قائما وهو القرابة التي بينهما وإن كان في الحال ليس بوارث أو الذي أقر له أو ثم زوجها لأن سبب التهمة لم يكن هناك قائما وقت الإقرار
انتهى قال أي القدوري في مختصره ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر بدين فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه أي من الزوج قال الإمام الزيلعي في شرح الكنز إذا
طلقها بسؤالها وإن طلقها بإسؤالها فلا إشكال لأنه إذا بلغ البيع الإقرار لها لا إشكال وإنه إذا هو فارق وقد بينا في طلاق المريض انتهى وقال نجم الدين الزاهدي في شرح مختصر القدوري
في بعض النسخ والشروح ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا بسؤالها ثم أقر لها بدين والوضعان صحيحان والحكم فيهما واحد على ما ذكره في الجامع والمحيط غير أنه لولا الإقرار في الوضع
الأول ترثه إذا ماتت في العدة وفي الوضع الثاني لا ترثه ومع هذا إذا أقر لها بدين فلها الأقل من الدين ومن الميراث انتهى كلامه أقول قد اختلف رأيهما في استخراج هذا
المقام والذي يطابق ما مر في كتاب الطلاق في هذا الكتاب ما ذكره الزيلعي فإنه قال هناك وإن طلقها ثلاثا في مرضه بأمرها ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل
من ذلك ومن الميراث فكانت المسألة مقيدة هناك بما قيده الزيلعي ههنا ولا يرى للتقييد فائدة سوى الاحتراز عما إذا طلقها بغير أمرها ثم إني تتبعت عامة المعتبرات
حتى الجامع والمحيط ولم أظفر في شيء منها يكون الحكم واحدا في الوضعين المذكورين بل إنما وجدت المسألة المزبورة مذكورة في حكم المصنف ووجدتها مقيدة بكون الطلاق
بسؤال المرأة أو بأمرها فالظاهر ما ذكره الزيلعي وأما عدم تعرض المصنف رح وصاحب الكافي وكثير من الشراح ههنا للتقييد المذكور فيجوز أن يكون بناء على ظهوره مما صرح
في كتاب الطلاق ثم إن صاحب العناية من الشراح وإن قيد المسألة ههنا أيضا بالقيد المذكور إلا أنه فسر بأحيث جعلها مثالا لما كان المقر به دائنا حالة الإقرار دون الوقت
فيه على ما عن بعضهما المذكور في الكتاب فقال كما إذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا بأمرها وقد أقر لها بدين فلها الأقل من الدين والميراث والمذكور في الكتاب ثم أقر لها بدين
بدون التخيير قال المصنف رح في تعليل مسألة الكتاب لأنها أي الزوجين متهمان فيه أي في هذا الإقرار لقيام العدة أشار بهذا إلى أن وضع المسألة فيما إذا كان موت المقر قبل
انقضاء العدة وأما إذا كان موته بعد انقضائها فإقراره لها جائز وباب الإقرار مسدود للوارث فلعله أي فلعل الزوج أقدم على هذا الطلاق ليصح إقراره بها زيادة على ميراثها فوقعت
التهمة في إقراره ولا تهمة في أقل الأمرين فيثبت أي أقل الأمرين قال علاء الدين الأسبيجابي في شرح الكافي ولو أقر لامرأته بدين من مهر صدق فيما بينه وبين مهر مثلها وتحاصر غرماء الصحة
لأنه أقر بما يملك إنشاءه فالعدة التهمة ولو أقرت المرأة في مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق لأنها أقرت بدين للزوج لأن القبض يوجب مثل المقبوض في الذمة ثم يتقاصان قصاصا والإقرار
بالدين للوارث لا يصح انتهى وفي الشادي الصغرى المرتضى إذا أقرت باستيفاء مهرها فإن ماتت وهي منكوحة أو معتدة لا يصح إقراره وإن ماتت غير منكوحة ولا معتدة بأن طلقها قبل الدخول يصح

فصل في بيان الإقرار بالنسب قدم الإقرار بالمال على الإقرار بالنسب للكثرة وقوع الأول وقلة وقوع الثاني ولا ريب في أن هو لغير الدوران هم بالبيان
الثاني بفصل على حدة لانفراده ببعض الشروط والأحكام كما سيظهر ومن أقر بغلام يولد مثله أي مثل ذلك الغلام لمثله أي المثل المقر يعني هما في السن بحيث يجوز أن
يولد للمقر له ولم يكن له أي للغلام نسب معروف بل كان مجهول النسب أنه ابنه أي أقر أنه ابنه وصدقه الغلام أي فيما إذا كان لا يعبر عن نفسه أما إذا كان يعبر عن نفسه
فلا يشترط تصديقه كما صرح به قاضيخان ثبت نسبه منه جواب المسألة أي ثبت نسب الغلام من المقر وإن كان المقر مريضا إلى هنا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف رح في
تعليل المسألة لأن النسب مما يلزمه خاصة يعني أن النسب في الصورة المذكورة مما يلزم المقر خاصة ليس فيه حمل النسب على الغير فيصح إقراره به وإن كان مريضا لأن إقرار
المريض إنما لا يصح فيما فيه التهمة بحق الغير ولا تهمة ههنا وشرط أن يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر فلا يصح إقراره وشرط أن لا يكون له نسب معروف فإنه أي لأن كون
نسبه معروفا يمنع ثبوته من غيره لأن النسب لا يقبل الفسخ بعد ثبوته وإنما شرط تصديقه أي تصديق الغلام لأنه في يد نفسه إذا المسألة في غلام يعبر عن نفسه فإذا كان
في يد نفسه يعتبر تصديقه لأن الحق له فلا يثبت بدون تصديقه كذا ذكر في التبيين أقول يتقيد هذا بالتعليل بالإقرار بغير النسب كالمال ونحوه إذ لا يشترط

بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية ويشارك الورثة في الميراث لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير

في لزوم ما اقر به هناك تصديق المقر له ولكن يرد الاقرار برده على ما تقرر في صدر كتاب الاقرار مع جريان ان يقال في ذلك ايضا ان الحق له فينبغي ان لا يثبت بدون تصديقه وقال في البدائع لان اقراره يتضمن ابطال يده فلا يبطل الا برضاه انتهى اقول تضمن الاقرار بالنسب ابطال يد المقر له محل المنع فتامل وقال في التسهيل لما فيه من الزام حقوق النسب فلا يلزمه الا بالتزامه انتهى اقول هذا اظهر الوجوه وهو الحق عندي اذ لا شك انه يترتب على ثبوت النسب حقوق كثبوت الارث ولزوم النفقة وما شابهها وفي بعضها مشقة على المقر له فبقي الاقرار بالنسب الزام تلك الحقوق فلا بد من التزام المقر له اياها حتى لا يتضرر بخلاف الاقرار بالمال ونحوه اذ هو نفع محض للمقر له فيصح بدون التزامه بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه لانه في يد غيره فلا يشترط تصديقه على ما مر من قبل اي في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى ولا يمتنع بالمرض اي لا يمتنع الاقرار بالنسب بسبب المرض لان النسب من الحوائج الاصلية فصار كالنكاح بمهر المثل ويشارك الورثة في الميراث هذا من تتمة كلام القدوري في مختصره اي ويشارك الغلام المقر له بالنبوة وسائر الورثة في ميراث المقر قال المصنف في تعليله لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته اي ورثة المقر بالنسب قال اي القدوري في مختصره ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد اي بالشرائط التي مر بيانها كما صرح به في الكافي ومعراج الدراية وسائر المعتبرات اقول لا يذهب عليك ان المسئلة المتقدمة مندرجة في هذه المسئلة اذ لا يدل عليها صراحة قوله هنا والولد فاذا كانت الشرائط المعتبرة هناك معتبرة هنا ايضا لم يكن لذكر تلك المسئلة فيما قبل على الاستقلال كما وقع في مختصره القدوري وعامة المتون فائدة يعتد بها كما لا يخفى ولهذا لم يقع كذلك في الاصل والمحيط وعامة معتبرات الفتاوى والزوجة اي ويجوز اقرار الرجل بالزوجة ولكن يشترط هنا ان يكون المرأة خالية عن زوج آخر وعدته وان لا يكون تحت المقر اختها ولا اربع سواها نص عليه في الكافي والشروح والمولى اي ويجوز اقراره بالمولى يعني مولى العتاقة سواء كان اعلى او سفل هذا اذا لم يكن ولاؤه ثابتا من الغير لان الولاء بمنزلة النسب وثبوت النسب من الغير يمنع صحة الاقرار بالنسب فكذلك في الولاء كذا في الذخيرة وغيرها قال صاحب النهاية اعلم ان هذا الذي ذكره هنا من صحة اقرار المقر باللام حيث قال بالوالدين موافق لرواية تحفة الفقهاء اورواية شرح الفرائض للامام سراج الدين المصنف رح ومخالف لعامة النسخ من المبسوط والايضاح والجامع الصغير للامام الحبوبي وغيرها والله تعالى اعلم بصحته انتهى كلامه قال المصنف رح في تعليل مسئلة الكتاب لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير فتحقق المقتضي وانتفى المانع فوجب القول بجوازه وقال صاحب النهاية وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره بالام كصحة اقراره بالاب ثم قال قال صاحب النهاية والله تعالى اعلم بصحته وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور انتهى يعني ان صحته مقررة بدلالة الدليل المذكور عليها فلا وجه لتردد صاحب النهاية فيها كما يشعر به قوله والله تعالى اعلم بصحته اقول فيه بحث اما اولا فلان دلالة الدليل المذكور على صحة اقراره بالام ممنوعة فان من شرائط صحة اقراره بالام تصديق الام اياه وفيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وذلك لا يجوز ولهذا لا يقبل اقرار الام بالولد باتفاق الروايات كما سياتي فاذا لم يجز تصديقها اياه لم يجز اقراره بها لاستلزام انتفاء الشرط انتفاء المشروط واما ثانيا فلان تردد صاحب النهاية في صحة اقراره بالام انما نشأ مما صرح به في عامة الروايات بان اقرار الرجل يصح باربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة وذكر العدد يمنع الزيادة والنقصان على ما عرف في الاصول فلما لم يجز اقراره بالام على مقتضى ما ذكر في تلك الروايات جاز ان يكون دليل ذلك اقوى عن الدليل المذكور في الكتاب للجواز فان الدليل المذكور فيه هو القياس الجلي وجاز ان يكون دليل عدم الجواز هو النص او الاجماع او القياس الخفي الذي هو الاستحسان وكل واحد منها يترك القياس الجلي وان كان دليل ذلك هو القياس الجلي ايضا والاقل من المساواة وعدم اطلاعنا على دليل ذلك لا يقتضي عدم ثبوته عند المجتهدين فالمدار في صحة احدى الجانبين صحة النقل عنهم لا غير فتامل واعترض بعض الفضلاء على مسئلة الكتاب والدليل المذكور فيه ان الاقرار بامومة المرأة فيه تحميل النسب على الغير اذا كانت متزوجة فينبغي ان لا يقبل فان قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين اقرارها بالولد فان اقرارها بالولد

الفقهاء

ويقبل اقرار المرأة بالوالدين بالزوج والمولى لما بينا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها الزوج بان الحق به او تشهد بولادته قابلة لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى

يصح ايضا اذا اخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لاثبات هذا ونفي ذلك انتهى اقول لا نسلم ان الاقرار بامومة المرأة فيه تحميل النسب على الغير وان كانت متزوجة بل فيه تحميل امومة الزوج ايضا بناء على كونه الاصل في النسب فكانه اقر على نفسه بالانتساب اليه ايضا وعن هذا قالوا في الاقرار بالاب صراحة ان المقر بالاب الزم نفسه الانتساب اليه ولم يقل احد ان فيه تحميل نسب نفسه على الغير بخلاف اقرار المرأة بالولد فان فيه تحميل نسب الغير على الغير اقرار على غيره لا على نفسه فكان دعوى وشهادة والدعوى المفردة ليست بحجة وشهادة المفرد فيما يطلع عليه الرجال وهو من باب حقوق العباد غير مقبولة كذا في البدائع وغيره ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا انه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير والابوين لا يمنع صحة اقرارها على النسب ويستوي في صحة الاقرار بالاشياء المذكورة حالة الصحة وحالة المرض لان حالة المرض انما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق حق الغرماء والورثة بالتركة فما لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كان الاقرار به في الصحة والمرض سواء والنسب والنكاح والولاء لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كذا في المبسوط ولا يقبل اي لا يقبل اقرار المرأة بالولد وان صدقها لان فيه اي في اقرارها بالولد تحميل النسب اي تحميل نسب الولد على الغير وهو الزوج لان النسب منه اي من الزوج قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم الا ان يصدقها الزوج استثناء من قوله ولا يقبل بالولد يعني اذا صدقها الزوج يقبل اقرارها بالولد لان الحق له اي للزوج فيثبت بتصديقه او تشهد بولادته قابلة اي او الا ان تشهد قابلة بولادته اي بتولد ذلك الولد من تلك المرأة وفي بعض النسخ بولادتها اي بولادتها اياه ففي هذه النسخة اضيف المصدر الى الفاعل وترك المفعول وفي الاولى عكس الامر لان قول القابلة في هذا اي في هذا الخصوص مقبول فالغرض ان الفراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة وقد مر في الطلاق اي في باب ثبوت النسب عند قوله فان جحد الولادة يثبت النسب بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لان النسب يثبت بالفراش القائم وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى من هذا الكتاب ودليل التفصيل هو ان اقرارها بالولد انما لا يصح بدون شهادة قابلة بالولادة اذا كانت المرأة ذات زوج وان كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رحمه الله واما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة فالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها والاصل في جنس هذه المسائل ان من اقر بنسب يلزمه في نفسه ولا يحمله على غيره فاقراره مقبول كما يقبل اقراره على نفسه بسائر الحقوق ومن اقر بنسب يحمله على غيره فانه لا يقبل اقراره كما لا يقبل اقراره على غيره وبسائر الحقوق كذا في شرح الاقطع فان قلت لاي معنى يثبت نسب الولد من الاب دون الام مع ان الولد ولد منهما وما فائدة ثبوت نسبه من الاب دون الام وما فائدة ثبوت النسب من الرجل في الاربعة والخمسة المذكورة دون من سواهم مع ان للرجل اذا اقر بالاخ بعد موت ابيه يشاركه في تركة ابيه على ما سيأتي في الكتاب وكذلك يجب عليه نفقة الاخ المقر له حال حيوته كما ذكر في المحيط والذخيرة قلت اما الاول فلان الولد منسوب الى الاب دون الام لقوله تعالى ادعوهم لآبائهم وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن حيث اضاف الاب الى الولد بلام التمليك ولذلك اختص الاب بالنسب واما فائدة اختصاص ثبوت النسب من الاب فهي صحة اقرار الاب بالولد ووجوب نفقة الولد على الاب على وجه الاختصاص حتى لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه احد في نسبه واما فائدة ثبوت النسب في حق هذه الاربعة او الخمسة فهي ثبوته على طريق العموم لا على طريق الخصوص اي ان حقوق المقر له كما يلزم على المقر كذلك يلزم على غير المقر تقريره لصحة اقراره حتى انه اذا اقر بالابن مثلا فالابن المقر له يرث من المقر مع سائر ورثته وان جحد سائر الورثة ذلك ويرث من اب المقر وهو جد المقر له وان كان الجد يجحد بنوته لابنه واما فيما سوى الاربعة او الخمسة فلما لم يصح اقرار المقر بظهر انه في موضعين احدهما عدم اعتبار اقراره فيما يلزم غيره من الحقوق حتى ان من اقر باخ وله ورثة سواه يجحدون اخوته فمات المقر لا يرث الاخ مع سائر ورثته ولا يرث من اب المقر وامه بخلاف من صح اقراره في حقه كما ذكرناه والثاني صحة رجوع المقر

ولابد من تصديق هو لا ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت ولكن لا يصح تصديق الزوجة الزوج
لان حكم النكاح باق ولكن لا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه وعند ابي حنيفة رح لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولهذا
لا يحل له غسلها عنده ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار

عما اقر به في حق من سوى الاربعة او الخمسة وعدم صحته في حق هؤلاء فان من اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم رجع عما اقر به يصح حتى انه لو اوصى بماله كله لانسان
بعد الاقرار باخ كان ماله كله للموصى له لان النسب لما لم يثبت كان اقراره بالاخ وقع باطلا فيصح رجوعه عما اقر واما اخذ الاخ المقر له تركة المقر عند عدم المزاحم فليس
باعتبار صحة الاقرار بالنسب بل باعتبار ان ذلك صار بمنزلة الموصى له بجميع المال وباعتبار ان اقراره حجة في حق نفسه لا في حق غيره ولذلك قلنا باستحقاق المقر
له النفقة على المقر في حال حيوته الى هذا كله اشارة في الذخيرة وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي قال المصنف ولابد من تصديق هؤلاء اي لابد من تصديق المقر
لهم المذكورين لانهم في ايدي انفسهم فيتوقف نفاذ الاقرار على تصديقهم كذا في الكافي وغيره الا اذا كان المقر له صغيرا في يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه او عبدا فيثبت نسبه
بمجرد الاقرار ولو كان عبد الغير ويشترط تصديق مولاه كذا في التبيين ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر يعني ان المقر له بالنسب اذا صدق في حال حيوة المقر
يصح فكذا اذا صدق بعد موته لان النسب يبقى بعد الموت فيصح تصديق المقر له بالنسب بعد موت المقر حتى يثبت به احكام النسب باسرها قال تاج الشريعة ولا يشكل
هذا بايجاب البائع اذا مات قبل قبول المشتري لان الاقرار تام في نفسه والتصديق شرط فكان كما اذا باع بشرط الخيار للمشتري ثم مات البائع لا يبطل الايجاب
ثمة فكيف تام لان القبول ذكر انتهى وكذا تصديق الزوجة اي وكذا يصح تصديق الزوجة زوجها في الاقرار بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالاتفاق حتى يكون
لها المهر والميراث لان حكم النكاح وهو العدة باق بعد الموت فان العدة واجبة بعد الموت وهي من آثار النكاح الا ترى انها تغسله بعد الموت لقيام النكاح
من وجه وكذا تصديق الزوج بعد موتها اي وكذا يصح تصديق الزوج المرأة بعد موتها في الاقرار بالزوجية فعليه مهرها ولها الميراث منها لان الارث من
احكامه اي من احكام النكاح وهو مما يبقى بعد الموت كالعدة وهذا عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يصح تصديق الزوج بعد موتها
لان النكاح انقطع بالموت حتى يجوز له ان يتزوج اختها واربعا سواها ولهذا لا يحل له غسلها بعد موتها عندنا ولا عدة عليها فيصح باعتبار ما كان والعكس لا يصح
التصديق على اعتبار الارث هذا جواب سؤال مقدر على قول ابي حنيفة رح تقريره سلمنا ان تصديق الزوج اياها بعد موتها لا يصح نظرا الى انقطاع
النكاح بالموت بدليل ان الزوج لا يحل له ان يغسل زوجته بعد موتها باتفاق اصحابنا ولكن لم لا يصح تصديقه اياها بعد موتها نظرا الى الارث الذي هو
من حق آثار النكاح ايضا فقال لا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه اي لان الارث معدوم حالة الاقرار اي حالة اقرار الزوجية بالنكاح وانما يثبت
اي الارث بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار قال صاحب العناية معناه ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن
ان يثبت بالارث انتهى اقول لا يخفى على الفطن ان معنى كلام المصنف رح ههنا ان التصديق يستند الى اول الاقرار بالنكاح والارث معدوم في تلك الحالة فلا يمكن
اعتبار صحة التصديق باعتبار الارث المعدوم وقتئذ واما المعنى الذي ذكره صاحب العناية فمع كونه مما لا يساعده عبارة المصنف رح اصلا ليس بسديد
ههنا اما اولا فلانه لم يقل احد بان التصديق يثبت بنفس الارث حتى يتم ان يقال في الجواب عنه لا يمكن ان يثبت التصديق بالارث لثبوت الارث
بل قيل صحة التصديق باعتبار مصادفته وقت الارث الذي هو من آثار النكاح ولا ينافيه ثبوت نفس الارث بالتصديق واما ثانيا فلان ذلك ينتقض
بما اذا كان التصديق قبل موتها فانه يصح اتفاقا لمصادفته وقت ثبوت النكاح مع انه يجري ان يقال ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح فلا يمكن ان
يثبت بثبوت النكاح واما ثالثا فلانه يلزم حينئذ ان يكون قول المص رح فانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت ضائعا مستدركا بجريان ذلك
المعنى وان فرض ان الارث موجود حالة الاقرار ثابت قبل الموت تدبر وقال صاحب العناية ولقائل ان يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة
لانها معدومة حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار ويفسد بما ذكرتم ويمكن ان يجاب عنه بان العدة لازمة للموت عن نكاح

قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره في النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث معروف قريب او بعيد فهو اولى بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه يرجع الوارث المعروف وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لان له

بالاجماع فجاز ان يعتبر النكاح المعين قائما باعتبارها فكذا للمقر به واما الارث فليس بلازم له لجواز ان يكون المراة كتابية فلم يعتبر قائما باعتباره انتهى كلامه اقول جوابه ليس بتام لان العدة ايضا غير لازمة للموت عن نكاح عند ابي حنيفة رح لجواز ان تكون المراة ذمية مات عنها زوجها الذمي او يكون حربية خرجت الينا مسلمة او ذمية او مسلمة ثم اسلمت او صارت ذمية فانه لا عدة عليها في هذه الصورة عند ابي حنيفة رح لتداخل المتكن حاملا كما تقرر في محله والمعارضة المذكورة انما ترد على قول ابي حنيفة رح فالجواب لم يورد فيها على اصله ثم ان بعض العلماء قال بعد نقل ما ذكره صاحب الغاية في هذا المقام الظاهر ان مراد صاحب الهداية ان التصديق يستند الى حالة الاقرار وفي تلك الحالة لا يجب الارث بل هو حكم يجب ثبوته بعد الموت فمتى صححنا الاقرار صححنا لاثبات الارث ايضا فيكون التصديق واقعا في شيء هو في الحال معدوم من كل وجه وهو النكاح واشير الى هذا في النهاية فلا ترد المعارضة اصلا لان وجوب العدة ثابت قبل الموت فلا يكون التصديق واقعا في نكاح معدوم من كل وجه انتهى كلامه اقول نعم اشير الى ذلك المعنى في النهاية وغيرها ولكن قوله فلا يرد المعارضة اصلا فممنوع لان وجوب العدة ثابت قبل الموت ان اراد به ان وجوبها ثابت قبل الموت في المعتدة بالطلاق فمسلم لكن ذلك لا يجدي نفعا اذ الكلام في المعتدة بالموت وان اراد به ان وجوبها ثابت قبل الموت في المعتدة بالموت ايضا فممنوع بل وجوبها في المعتدة بالموت بعد الموت كما لا يخفى وصرح به في النهاية وغيرها وقال بعض الفضلاء هذه المعارضة مدفوعة عن المصنف فانه لم يعين ان المراد من حكم النكاح في قوله حكم النكاح باق هو العدة فلعله اراد به مثل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها فانه ثابت في حال النكاح ايضا ولو عينه لامكن ان يقال المراد بالعدة ما يلازمها من امثال ما ذكرنا مجازا فلا اشكال انتهى كلامه اقول ما ذكره من مثل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها ليس بحكم مستقل للنكاح بعد الموت بل هو من دون متفرعات العدة كما لا يخفى على العارف بالفقه فاذا لم يصح التصديق على اعتبار العدة لم يصح ذلك على اعتبار ما هو متفرع عليها لان سقوط الاصل عن حيز الاعتبار يقتضي سقوط الفرع عن حيز ذلك ايضا فالاشكال باق وان قيل اذا اقر رجل لرجل بعبد فمات العبد وترك كسبا اكتسبه بعد الاقرار ثم صدقه المقر له استحق الكسب الارث في مسئلتنا كذلك قلنا الكسب يقع ملكا من الابتداء المالك الرقبة لانه في حكم المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها حكما لها فيصير الاقرار بالعبد اقرارا بان الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد فاما الارث فانما يثبت بعد موت المراة على سبيل الخلافة عنها بسبب الزوجية لا بحكم الاقرار والمستحق عليها بالنكاح يفوت بموتها فيبقى تصديقها بعد ذلك دعوى ارث مبتدا وكذا في الاسرار والايضاح وغيرهما قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بنسب من غير الوالدين في الولد الصلبي نحو الاخ والعم ونحو الجد وابن الابن كما صرح بهما ايضا في الكافي لا يقبل اقراره في النسب وان صدقه المقر له بل لا بد فيه من البينة كما ذكر في المختصر وغيره لان فيه اي في هذا الاقرار حمل النسب على الغير فان في الاقرار بالاخ حمل النسب على الاب اذ المقر له بالاخوة ما لم يكن ابن اب المقر لا يكون اخا له وفي الاقرار بالعم حمل النسب على الجد اذ المقر له بالعمومة ما لم يكن ابن جد المقر لا يكون عما له وفي الاقرار بابن الابن حمل النسب على الابن اذ المقر له لا يكون ابن ابن المقر ما لم يثبت بنوته من ابن المقر وفي الاقرار بالجد حمل النسب على الاب اذ المقر لا يكون جد المقر ما لم يثبت البوة من ابيه فان كان له اي للمقر خبر ما ذكر وارث معروف قريبا كصاحب الفروض والعصبات او بعيدا كذي الارحام فهو اي الوارث المعروف اولى بالميراث من المقر له حتى لو اقر باخ وله عمة او خالة فالارث للعمة والخالة لانه لما لم يثبت نسبه اي نسب المقر له منه اي من المقر لا يزاحم الوارث المعروف قال في النهاية قوله فان كان له وارث ثابت بعد قوله لا يقبل اقراره في النسب وقع في محزه لان هذا نتيجة ذلك فصورة ذلك ان الرجل اذا اقر في مرضه باخ له من ابيه وامه او بابن ابن له ثم مات وله عمة او خالة او معتق موالات فالميراث للعمة والخالة او المولى ولا شيء للمقر له لان النسب لا يثبت باقراره فلا يستحق المقر له مع وارث معروف انتهى وان لم يكن له اي للمقر وارث معروف استحق المقر له ميراثه لان المقر بشيئين بالنسب باستحقاق ماله بعده وهو في الاول مقر على غيره واقراره على غيره غير معتبر اذ لا ولاية له على غيره وفي الثاني مقر على نفسه واقراره على نفسه معتبر لان له

[illegible] جميعه عند عدم الوارث استحق جميع المال [illegible] لم يثبت نسبه [illegible]
[illegible] حقيقة حتى من اقر في مرضه باخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال ولو كان
[illegible] وصدقه المقر له ثم انكر المقر وراثته ثم اوصى بماله كله لانسان كان ماله للموصى له [illegible]
[illegible] فبطل اقراره **قال** ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه لما بينا
[illegible] حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري
[illegible] على البائع بالعتق لم يقبل اقراره حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق

[illegible] عند عدم الوارث الا ترى ان له ان يوصي بجميعه اي بجميع ماله وقد جعل للمقر له ما يختص فيه باقراره فاستحق ذلك فيستحق المقر له جميع المال [illegible] لما فيه من الاقرار الذي فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه اي هذه الصورة او القضية يعني الاقرار المذكور وصية حقيقة حتى ان من اقر في مرضه باخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث المال ولو كان الاول يعني اي الاقرار بالاخ وصية لاشتركا اي الاخ والموصى له بجميع المال نصفين لكنه استدراك من قوله وليست هذه وصية حقيقة اي لكن الاقرار المذكور بمنزلته اي بمنزلة الوصية بدليل الابتداء العربي ان المصرح لفظا في المسئلة في امر التذكير والتانيث في كتابه هذا كما ترى ومن ذلك انما اشار فيما مر آنفا الى الاقرار بلفظ هذه وارجع هنا الى الوصية ضمير المذكر حتى لو اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر وراثته ثم اوصى بماله كله لانسان اي مات ولا وارث له كان ماله للموصى له ولو لم يوص لاحد كان ماله لبيت المال لان رجوعه اي رجوع المقر المذكور صحيح يعني ان انكاره رجوع والرجوع عن مثل هذا صحيح بمنزلة الرجوع عن الوصية لان النسب لم يثبت فبطل اقراره وينبغي لك ان تعرف ان الرجوع عن الاقرار بالنسب انما يصح اذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه لان النسب لم يثبت لكونه تحميلا على الغير وليس له ولاية واما اذا ثبت النسب فلا يصح الرجوع بعد ذلك لان النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته قال اي القدوري في مختصره ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه منه لما ان فيه حمل النسب على الغير ويشاركه في الارث اي يشارك المقر له بالاخوة المقر في الارث من ابيه وبه قال مالك واحمد رحمهما الله واكثر اهل العلم وقال الشافعي لا يشاركه في الارث لعدم ثبوت النسب وحكي ذلك عن ابن سيرين قال المصنف رح في تعليل المشاركة لان اقراره تضمن شيئين احدهما حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه اي للمقر عليه اي على الغير فلا يثبت والثاني الاشتراك في المال وله فيه ولاية لانه اقرار على نفسه وله ولاية على نفسه فيثبت ومثل هذا ليس بممتنع كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق اي بعتق ما اشتراه منه كالعبد لم يقبل اقراره في حق الرجوع بالثمن على البائع حتى لا يرجع عليه بالثمن لكونه اقرارا على الغير في حق الرجوع بالثمن ولكن يقبل اقراره في حق العتق حتى يعتق عليه ما اشتراه لكونه اقرارا على نفسه في حق ذلك ثم اعلم انه اذا قبل اقراره في حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر عندنا وعند مالك وابن ابي ليلى يجعل اقراره شائعا في التركة فيعطى المقر له من نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لو كان لشخص مات ابوه واخ معروف فاقر باخ آخر فكذبه اخوه المعروف فيه اعطى المقر نصف ما في يده عندنا وعندهما ثلث ما في يده لان المقر قد اقر له بثلث شائع في النصفين فيعد اقراره في حصته ويبطل ما كان في حصة اخيه فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر في نصيب اخيه فيبطل اقراره فيه ونحن نقول ان في زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق وان المنكر ظالم بانكاره فيجعل ما في يده كالهالك فيكون الباقي بينهما بالسوية ولو اقر باخت تاخذ ثلث ما في يده عندنا وعندهما تاخذ خمسه ولو اقر ابن وبنت باخ وكذبهما ابن آخر معروف تقسم نصيب المقرين عندنا اخماسا وعندهما ارباعا والتخريج ظاهر ولو اقر بامرأة انها زوجة ابيه اخذت ثمن ما في يده ولو اقر بجدة هي ام ابيه اخذت سدس ما في يده فيعامل فيما في يده كما يعامل لو ثبت ما اقر به ولو اقر احد الابنين المعروفين بامرأة انها زوجة ابيهما وكذبه الآخر اخذت تسعي ما في يده عندنا وعند مالك وابن ابي ليلى لها ثمن ما في يده لان في زعم المقر ان للمرأة ثمنا في يدي الابنين الا ان اقراره صح في ما في يد نفسه ولم يصح في حق صاحبه فاذا صح في حق نفسه يعطيها ثمن ما في يده ونحن نقول ان في زعم المقر ان التركة مقسومة على ستة عشر سهما للزوجة سهمان ولكل ابن سبعة اسهم فلما اخذ اخوه اكثر من حقه في زعمهما صار ذلك كالهالك فيقسم النصف الذي في يد المقر بينه وبينها على قدر حقهما فيجعل للمقر وهو سبعة على تسعة اسهم فيضرب هي بقدر حقها وهو سهمان ويضرب المقر بقدر حقه وهو سبعة اسهم كذا في التبيين والبدائع والايضاح ثم اعلم انه لا يثبت النسب في حق الميراث باقرار وارث واحد وانما يثبت باقرار رجلين او رجل وامرأتين من الورثة وقال ابو يوسف رح والشافعي كل من يحوز الميراث يثبت النسب بقوله وان كان واحدا والاول اعتبار الاقرار بالشهادة كذا ذكره الزاهدي في شرح مختصر القدوري نقلا عن شرح

قال ومن مات وترك ابنين له على آخر مائة درهم فاقر احدهما ان اباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر والآخر خمسون لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذب به اخوه استغرق الدين نصيبه كذا هو المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور

الاقطع وتوضيحه ما ذكره صاحب البدائع من ان الاقرار بخبر الاخوة اقرار على غيره لما فيه من حمل نسب غيره على غيره فكان شهادة وشهادة الفرد غير مقبولة بخلاف ما اذا كان اثنين فصاعدا لان شهادة رجلين او رجل وامرأتين في النسب مقبولة قال اي محمد رحمه الله في الجامع الصغير ومن مات وترك ابنين وله اي للميت على آخر مائة درهم فاقر احدهما الى احد الابنين ان اباه قبض منها اي من المائة خمسين وهما لا شيء للمقر اي لا شيء من المائة للابن المقر وللآخر اي وللابن الآخر خمسون منها يعني كان للابن الآخر ان يأخذ الخمسين من الغريم بعد ان يحلف بالله ما يعلم ان اباه قبض منه المائة لان هذا اي لان اقرار احد الابنين بما ذكر اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء اي استيفاء الدين بقبض مضمون لما مر ان الديون تقضى بامثالها فيجب للمديون على صاحب الدين مثل مال صاحب الدين عليه فيلتقيان قصاصا واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة فاذا كذبه اي كذب المقر اخوه استغرق الدين نصيبه اي نصيب المقر كما هو المذهب عندنا احترز عن قول ابن ابي ليلى فان هلاك الدين على الغير بسبب الاقرار يختص عندنا بنصيب المقر وعند ابن ابي ليلى يشيع في النصيبين كذا في اكثر الشروح وقال في الكفاية خلافا للشافعي فعنده يشيع في النصيبين وقال في معراج الدراية وبما هو المذهب عندنا قال الشافعي رح في قول واحمد رح يلزمه نصف الدين وهو قياس مذهب مالك رح وبه قال النخعي والحكم والحسن واسحق وابو عبيدة وابو ثور انتهى قال صاحب العناية وعورض بان صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز والجواب ان قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا اقر المقر بقبض خمسين قبل الوراثة لم ينتقل على زعمه من الدين الا الخمسون فلم تتحقق القسمة انتهى اقول الجواب المزبور ليس بثابت لان حاصله عدم لزوم قسمة الدين قبل القبض على زعم المقر وزعم المقر انما يؤثر في حق نفسه لا في حق الغير فيكفي في المحذور لزوم ذلك على زعم الآخر فان قسمة الدين قبل القبض لا تجوز بالنظر الى كل احد فالاظهر عندي في الجواب ان يقال قسمة الدين قبل القبض انما لا تجوز في القسمة الحقيقية واما في القسمة الحكمية كما نحن فيه فممنوع جوازها ممنوع ويؤيده ما صرحوا به في فصل الدين المشترك من كتاب الصلح بان القسمة قبل القبض انما لا تجوز قصدا لا ضمنا فتامل قال المصنف رح غاية الامر انهما اي الابنين تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما اي على كون الخمسين الباقي على الغريم الذي يقبضه الابن المنكر مشتركا بين الابن المقر والابن المنكر هذا جواب سؤال مقدر تقريره ان جميع الدين كان مشتركا بينهما فكذلك كل جزء من اجزائه يكون مشتركا بينهما فما هلك سهلك مشتركا وما بقي يبقى مشتركا فالابن المنكر لما جحد الهلاك لم ينكر الاشتراك في شيء من اجزائه والابن المقر وان زعم ان بعض اجزائه هالك الا انه لم ينكر الاشتراك فيما بقي بعد الهلاك فهما متصادقان في الاشتراك في الباقي المقبوض فينبغي ذلك ان يكون بينهما نصفين ويرجع المقر على القابض بنصف ما قبضه فاجاب بانهما وان تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لا يرجع على القابض بشيء لعدم الفائدة اذ لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم بقدر ذلك على زعم ان اباه لم يقبض شيئا من الغريم وله تمام الخمسين بسبب سابق ويرجع الغريم ايضا على المقر بقدر ذلك لانتقاض المقاصة في ذلك القدر وبقائه دينا على الميت بموجب اقراره والدين مقدم على الارث فيؤدي الى الدور ولا فائدة فيه وقد قرر صاحب العناية السؤال والجواب ههنا بوجه آخر حيث قال فان قيل زعم المقر لا يعارضه زعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على الشركة كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما في المرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما اجاب بقوله غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع يعني ان المرجح هو ان اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة يلزم الدور انتهى اقول كل واحد من تقرير السؤال والجواب على الوجه الذي ذكره مختل اما تقرير السؤال فلان حديث معارضة زعم المقر لزعم المنكر وترجيح زعم المقر على زعم المنكر مما لا مساس له بكلام المص رح ههنا لانه قال غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ولا شك ان التصادق ينافي التعارض والترجيح فكيف يحمل كلام المص على ذلك والعجب ان صاحب العناية ادرج تصادقهما ايضا في اثناء تقرير السؤال وفرع عليه تعارض زعميهما حيث قال فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ثم طلب الترجيح بقوله والمنكر

كتاب الصلح

لزعم المقر على زعم المنكر ولا يخفى ان في نفس هذا التقرير تعارضا وتناقضا واما تقرير الجواب فلان المفهوم من قوله يعني ان المرجح هو ان اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة بلزوم الدور هو ان لزوم الدور انما يكون باعتبار زعم المنكر دون زعم المقر وليس كذلك بل لزوم الدور انما يكون باعتبار زعم المقر دون زعم المنكر لان رجوع الغريم على المقر بالآخرة انما هو على زعم المقر ان اياه قبض منه الخمسين والباقي عليه الخمسون المقبوض واما على زعم المنكر وهو ان اياه لم يقبض منه شيئا فلا يرجع الغريم على المقر شيء بل يلزمه ان يعطي المقر ايضا مثل ما اعطاه المنكر فلا يلزم الدور تدبر تفهم ثم قال صاحب العناية والقائل ان يقول اذا كان من زعم المنكر ان اياه لم يقبض شيئا كان من زعمه ان اخاه في اقراره ظالم وهو فيما يقبضه اخوه منه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشيء لان المظلوم لا يظلم غيره والجواب ان المظلوم لا يظلم غيره ولكن في زعمه ليس في الرجوع بظلم بل طالب لتمام حقه انتهى اقول في الجواب نظر لان الخمسين الذي قبضه المنكر من الغريم اولا ان كان بتمامه حق المنكر لم يكن هو في رجوعه على الغريم بعد ذلك طالبا لتمام حقه اذ ليس حقه في المائة زائدا على الخمسين حتى يكون طالبا لتمامه وان لم يكن المقبوض اولا بتمامه حقه بل كان بعضه حق اخيه لم يكن هو فيما يقبضه اخوه منه مظلوما وسوق الجواب المزبور على تسليم مظلوميته كما ترى فالحق في الجواب ان يقال لا نسلم انه اذا كان من زعم المنكر ان اياه لم يقبض شيئا كان في زعمه انه فيما يقبضه اخوه منه مظلوم كيف وهما متصادقان على كون ما قبضه من الغريم اولا مشتركا بينهما كما تقرر نعم يجوز ان يكون من زعم المنكر ولكن ان اخاه ظالم لنفسه حيث ابطل حقه في المائة باقراره بان اياه قبض منها الخمسين

كتاب الصلح

قدم مناسبة الصلح بالاقرار في اول كتاب الاقرار والصلح في اللغة اسم للمصالحة التي هي المسالمة خلاف المخاصمة واصله من الصلاح وهو استقامة الحال ومعناه دال على حسنة الذات وفي الشريعة عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة وسببه تعلق البقاء المقدر بمعاطيه كما في سائر المعاملات وركنه الايجاب والقبول كذا ذكر في البدائع والكافي وكثير من الشروح وقال صاحب العناية اخذا من النهاية وركنه الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين واما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقبول المدعى عليه ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه لانه اسقاط لبعض الحق وهو تتم بالمسقط بخلاف الاول لانه طلب البيع من غيره ومن طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع الا بقبول الطالب قبلت انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلانه سيأتي في الكتاب ان الصلح اذا وقع عن اقرار فان كان عن مال بمال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات وان كان عن مال بمنافع اعتبر بالاجارات واذا وقع عن سكوت او انكار كان في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة فاذا تقرر هذه الضابطة فلو وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح عن ذلك الجنس وكان وقوع الصلح عن سكوت او انكار وجب ان لا يتم الصلح بقبول المدعي فعلت لان كونه اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر فيما اذا وقع عن سكوت او انكار انما هو في حق المدعي واما في حق المدعى عليه فانما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة فلا بد من قبوله ايضا حتى يتحقق الافتداء وينقطع الخصومة واما ثانيا فلانه اذا وقع الدعوى فيما يتعين بالتعيين كالدار مثلا فصولح على قطعة منها والحق بذلك البراءة عن دعوى الباقي كان الصلح صحيحا كما سيجيء فينبغي ان يتم هناك ايضا بقبول المدعي فعلت بدون قبول المدعى عليه لكونه اسقاطا لدعوى بعض الحق بمثل ما قال فيما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فلا يتم اطلاق قوله والقبول فيما يتعين بالتعيين واما ثالثا فلان قوله لانه طلب البيع من غيره الى آخره في تعليل قوله بخلاف الاول قاصر عن افادة كلية المدعي وهو كلية الايجاب والقبول معا فيما يتعين بالتعيين مطلقا فان طلب البيع من غيره لا يتمشى في كل صورة من الصور الثلاث المندرجة في الضابطة المذكورة للصلح بل انما يتمشى في صورة واحدة منها وهي اذا كان الصلح من اقرار وكان عن مال بمال فتأمل وشرط مطلق الصلح كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض والانواع شروط آخر سيأتي تفصيلها في الكتاب وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي كذا في الكافي وبعض الشروح قال في العناية اخذا من النهاية وحكمه كيلا المدعي المصالح عليه منكرا كان او مقرا ووقوعه للمدعى عليه في المصالح عنه ان كان مما يحتمل التمليك والبراءة في غيره ان كان مقرا وان كان منكرا فحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي احتمل المصالح عنه التمليك او لا انتهى اقول فيه كلامه هو ان المصالح عليه ايضا قد يكون مما لا يحتمل التمليك لترك الدعوى فانهم صرحوا بانه اذا ادعى حقا في

قال الصلح على ثلثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار
فكل ذلك جائز الا حلالا لقوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه السلام كل صلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا

دار رجل وادعى المدعى عليه في ثانى ارض بيده للمدعى فاصطلحا على ترك الدعوى فانه جائز فجعل حكم الصلح في جانب المصالح عنه قيمين تملك المدعى عليه اياه وبراءته عن دعوى المدعى
وفي جانب المصالح عليه قيما واحدا هو تملك المدعى اياه مع جريان احتمال التمليك وعدم احتماله في الجانبين معا مما لا يخلو عن تحكم فان نوقش في المثال المذكور بان كون المصالح
عليه ترك الدعوى في ذلك امر ظاهري مبني على المسامحة وانما المصالح عليه حقيقة في ذلك ادعاء كل واحد منهما من الحق فيما بيد الآخر فانه يقع مصالحا عنه بالنظر الى ذي اليد
ومصالحا عليه بالنظر الى الآخر وهو لا يحتمل التمليك قطعا قلنا فماذا يقال فيما اذا ادعى كل واحد منهما على الآخر قصاصا فاصطلحا على ترك الدعوى والعفو من الجانبين اذ لا شك
انه كما ان ترك الدعوى والعفو مما لا يحتمل التمليك كذلك نفس القصاص مما لا يحتمله فلا يتصور في هذه الصورة تملك المدعى المصالح عليه بل انما يتيسر فيها براءة كل واحد منهما في دعوى
الآخر بقي هنا كلام آخر وهو انه اذا ادعى رجل دارا وانكر المدعى عليه ودفع المدعى الى ذي اليد شيئا بطريق الصلح واخذ الدار فانه جائز كما سيأتي في الشروح واصل المسئلة في الفصل
السابع من فصول الاستروشني مع انه يملك هناك المدعى المصالح عنه والمدعى عليه المصالح عليه فينتقض ما ذكر من حكم الصلح في احد الجانبين طردا وعكسا فتامل قوله الصلح على
ثلثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار قال في العناية الحصر على هذه الانواع ضروري لان الخصم وقت الدعوى اما ان يسكت او يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفي
والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لانه سقط بقولنا مجيبا انتهى اقول وعلى ظاهره جوابه انه انما يفيد انحصار القسمة الثانية وهو قوله وهو لا يخلو عن النفي ويفيد انحصار
القسمة الاولى وهو قوله ان الخصم وقت الدعوى اما ان يسكت او يتكلم مجيبا اذ يخرج صورة التكلم بما لا يتصل بمحل النزاع عن قسمته معا فيبقى الاعتراض بهذه الصورة على
قوله الحصر على هذه الانواع ضروري ويمكن ان يقال المراد بالسكوت في قوله اما ان يسكت او يتكلم مجيبا هو السكوت عن التكلم لا السكوت مطلقا وهو عدم التكلم اصلا فتدخل
الصورة المزبورة في القسم الاول من تقسيمه الاول وهو قوله اما ان يسكت فيصح قوله الحصر على هذه الانواع ضروري وتفسير السكوت في الكتاب بقوله وهو ان لا يقر المدعى عليه
ولا ينكر لا يخلو عن ايماء الى ان المراد بالسكوت هنا هو السكوت عن الجواب دون مطلق السكوت لان معنى مطلق السكوت مع كونه غنيا عن التفسير ليس ما ذكر في الكتاب
بل هو ان لا يتكلم اصلا قوله وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير لسامح المص ههنا في التعبير حيث قال لاطلاق قوله تعالى مع انه لا يذهب عليك ان الدليل على
جواز كل ذلك في الحقيقة قوله المطلق لا اطلاق قوله الا انهم كثيرا ما يتسامحون في العبارة في امثال هذا بناء على ظهور المراد وتنبيها على فائدة تفيد بتلك العبارة كما في
تعبير الفقهاء العلم بحصول صورة الشيء في العقل مع انه في الحقيقة هو الصورة الحاصلة في العقل على ما حققه الفاضل الشريف في بعض تصانيفه قال بعض الفضلاء في حل قول المص
لاطلاق قوله تعالى اي لقوله المطلق فالاضافة من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف انتهى اقول ليس هذا بسديد اما اولا فلان اضافة الصفة الى الموصوف ليست بجائزة
كاضافة الموصوف الى الصفة على ما هو المذهب المختار المقرر في كتب النحو حتى انهم اولوا مثل جرد قطيفة واخلاق ثياب بما يخرج به عن ان يكون من قبيل اضافة الصفة الى
الموصوف في معنى حمل كلام المصنف رح ههنا على ذلك واما ثانيا فلان الصفة في لفظ المطلق وهو المطلق الا الاطلاق والكلام في توجيه اطلاق قوله فلا يجدي حديث اضافة الصفة الى
الموصوف شيئا بل لا بد من المصير الى المسامحة كما ذكرنا وقال صاحب العناية فان صنع الاطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فلا جناح عليهما ان
يصلحا بينهما صلحا والصلح خير فكان للعهد اجيب بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وبانه ذكر للتعليل اي لا جناح عليهما ان يصلحا لان الصلح خير فكان عاما
ولانه وقع قوله تعالى ان يصلحا في سياق الشرط وكان مستقبلا فقوله والصلح خير كان في الحال فلم يكن اياه بل عينه انتهى اقول ان الجواب الاول والثالث من هذه الاجوبة
الثلثة ليسا بتامين اما الاول فلان كون الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب لا يجدي شيئا في دفع السؤال المذكور لان حاصله منع عموم اللفظ بجعل اللام في قوله تعالى والصلح
خير للعهد فانه حينئذ يصير خاصا وانما يجدي نفعا لو سلم عموم اللفظ في نفسه وانى تخصيصه بخصوص السبب واما الثالث فلانه ان اراد بقوله والصلح خير كان في الحال ان
التكلم بهذا الكلام والاخبار بهذا الخبر كان في الحال اي في حال ورود الآية الكريمة فمسلم لكن هذا لا ينافي ان يكون تحقق مدلوله في الاستقبال الا يرى انك اذا قلت الآن

وقال الشافعي لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا ولنا ما تلونا واول ما روينا كرر ذكره تاكيدا وتطييبا لقوله وتاويل آخر الى آخره والا لكفى ههنا بيان هذا التاويل مع بيان ان دفع الرشوة لدفع الظلم جائز في الشرع لانه بصدد الجواب عما قاله الشافعي رحمه الله والجواب عنه بيانهما اقول بقي ههنا اشكال في قوله واول ما روينا وهو ان المفهوم منه ان يكون اول ذلك الحديث دليلا لنا مع قطع النظر عن آخره وهذا ليس بصحيح لان آخره مستثنى من اوله وقد اشتهر في علم اصول الفقه ان المذهب الصحيح المختار عند الائمة الحنفية في الاستثناء ان يتاخر حكم صدر الكلام عن اخراج المستثنى من المستثنى منه فلا يكون اول الكلام في صورة الاستثناء حكم مستقل بدون آخره بل لا يتم المعنى الا بمجموع المستثنى والمستثنى منه ويمكن ان يوجه بان قوله وتاويل آخره احل حراما لعينه الى آخره متصل من حيث المعنى بقوله واول ما روينا فان اصل الكلام ان لنا اول ما روينا مع تاويل آخره فالدليل مجموع الحديث بملاحظة هذا التاويل لكن الانصاف ان لفظة اول ههنا مع كونها زائدة لا فائدة لها مهمة لما يخل بالكلام ويضر بالمقام كما بينا فالاولى ان تطرح من البين **قوله** وتاويل آخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة وجملة على هذا الحق لان الحرام المطلق ما هو حرام لعينه والحلال المطلق ما هو حلال لعينه وما ذكره غير محتمل اذ الصلح مع الاقرار لا يخلو عن ذلك فان الصلح يقع على بعض الحق

الذي يحدث فيما اخبر فلا شك ان يكلمك بهذا الكلام واخبارك بكائن في الحال او اتحقق ذلك الامر والصافه بالخبرية فيكون في المستقبل فلم تتم قوله فلم يكن اياه بل نسب وان اراد بذلك ان الصلح الذي اخبر بانه خير كان في الحال فهو ممنوع فالصواب من بين تلك الاجوبة هو الجواب الثاني وهو المذكور في الكافي وفي سائر الشروح اخذا من الاسرار ووجه كون الصلح عاما في قوله تعالى والصلح خير على تقدير ان ذكر التعليل هو ان العلة لا تقيد بمحل الحكم الذي علل فيه بل انما وجدت العلة يثبتها حكمها كذا قالوا وهو التقرير المناسب لقواعد الاصول واما التقرير المطابق لقواعد المعقول فهو انه يكون حينئذ خارجا مخرج الكبرى من الشكل الاول كانه قيل فان هذا صلح والصلح خير وكلية الكبرى شرط لانتاج الشكل الاول على ما عرف في الميزان واعترض بعض الفضلاء على هذا الجواب ايضا حيث قال فيه بحث لانه لو كان تعليلا لابدال الفاء بالواو وانتهى اقول ليس في الشيء لان ذلك الابدال انما يلزم لو كان تعليلا من حيث اللفظ وليس كذلك بل هو تعليل من حيث المعنى وعن هذا قالوا ان الله تعالى اخرجه مخرج التعليل كما سبق ذكره كانه قال صالحوا لان الصلح خير وقال في غاية البيان وهو المفهوم من لسان العرب كما يقال صل والصلوة خير على ان قوله تعالى والصلح خير بمنزلة الكبرى من الدليل والصغرى مطوية كما اشرنا اليه فيما مر واذا التعليل كاللام والفاء اذا ذكرت انما تدخل على اول الدليل فهو الصغرى دون الكبرى فلا يلزم الابدال ههنا اصلا ثم قال صاحب العناية فان قيل سلمناه يعني الاطلاق في قوله تعالى والصلح خير ولكن صرفه الى الكل متعذر لان الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفا على آخر وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فانكرت لا يجوز فيصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار اجيب بان ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه انتهى اقول يرد على ظاهر قوله وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فانكرت لا يجوز انه خبط اذ هو مخالف لصريح ما ذكر في عامة الكتب حتى الهداية والبداية فيما سياتي وهو انه اذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى تترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع ثم اقول توجيهه ان لعدم الجواز رواية في هذه المسئلة وان كان ظاهر الرواية بخلافها والسوال المزبور فيما اوردته الشافعية فهم اخذوا في هذه المسئلة واخواتها بما هو الملائم لغرضهم والحنفية اجابوا عنه تارة بمنع عدم الجواز في تلك المسائل واخرى بان ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه فصاحب العناية اكتفى بالثاني ولم يتعرض للمنع واما صاحب غاية البيان فتعرض لهما معا حتى قال في الجواب ههنا على انا نمنع عدم جواز الصلح في دعوى النكاح عليها اذا انكرته فصالحت على مال لانه يجوز وبه صرح القدوري في مختصره ويحيى ذلك في فصل عقيب هذا انتهى وقال في ذلك الفصل وهذا الذي ذكره القدوري هو ظاهر الجواب يدل على ذلك ما ذكره في مختصر الكافي وشرحه كذلك فعلى هذا لا يرد علينا سوال الشافعية في مسئلة الصلح على الانكار لقولهم اذا ادعى على امرأة نكاحا فانكرت فصالحت على مال لا يجوز ولئن صحت تلك المسئلة كما اوردوها في نسخ طريقة الخلاف فالجواب عنه ما مر في تلك المسئلة انتهى **قوله** وقال الشافعي لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا قلت كان الاظهر ان يقال لما روينا لان ادلة حجة عليه لا له **قوله** ولنا ما تلونا واول ما روينا كرر ذكره تاكيدا وتطييبا لقوله وتاويل آخر الى آخره والا لكفى ههنا بيان هذا التاويل مع بيان ان دفع الرشوة لدفع الظلم جائز في الشرع لانه بصدد الجواب عما قاله الشافعي رحمه الله والجواب عنه بيانهما اقول بقي ههنا اشكال في قوله واول ما روينا وهو ان المفهوم منه ان يكون اول ذلك الحديث دليلا لنا مع قطع النظر عن آخره وهذا ليس بصحيح لان آخره مستثنى من اوله وقد اشتهر في علم اصول الفقه ان المذهب الصحيح المختار عند الائمة الحنفية في الاستثناء ان يتاخر حكم صدر الكلام عن اخراج المستثنى من المستثنى منه فلا يكون اول الكلام في صورة الاستثناء حكم مستقل بدون آخره بل لا يتم المعنى الا بمجموع المستثنى والمستثنى منه ويمكن ان يوجه بان قوله وتاويل آخره احل حراما لعينه الى آخره متصل من حيث المعنى بقوله واول ما روينا فان اصل الكلام ان لنا اول ما روينا مع تاويل آخره فالدليل مجموع الحديث بملاحظة هذا التاويل لكن الانصاف ان لفظة اول ههنا مع كونها زائدة لا فائدة لها مهمة لما يخل بالكلام ويضر بالمقام كما بينا فالاولى ان تطرح من البين **قوله** وتاويل آخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة وجملة على هذا الحق لان الحرام المطلق ما هو حرام لعينه والحلال المطلق ما هو حلال لعينه وما ذكره غير محتمل اذ الصلح مع الاقرار لا يخلو عن ذلك فان الصلح يقع على بعض الحق

فحاصل

ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضي بجوازه لان المدعي يأخذ عوضا عن حقه في زعمه وهذا يعتبر دفعا لدفع الخصومة لما
عن نفسه وهذا مشروع ايضا لدفع الظلم وقاية لا لنفس ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز قال فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع
عن مال بمال الوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال من المتعاقدين بتراضيهما فيجري فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب فيثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسد بجهالة البدل
لانها تفضي الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل فان وقع عن مال بمنافع يعتبر
بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة لانتهاء

فمازاد على الماخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعي اخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح كذا في الكافي وقال صاحب العناية في شرح
هذا المحل والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به اصلا وذلك انه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق
فمازاد على الماخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعي اخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا ان المراد به ما كان حلالا او حراما
لعينه انتهى اقول في تقريره خلل اذ لا معنى لقوله لانه لو حمل على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الكلام في حمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة
لا في حمله على الصلح على الاقرار خاصة اذ لا فرق بين الصلح على الاقرار والصلح على غيره في الصحة على تقدير ان يحمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة و
لا فرق بينهما في عدم الصحة على تقدير ان يحمل آخره على ما يعم الحرام لغير عينه والحلال لغير عينه ايضا فمدار التاويل والحمل في آخر الحديث انما هو لفظا الحرام والحلال دون
لفظ الصلح فالحق في التقرير ان يقال لانه لو حمل على ما يعم الحرام والحلال لعينهما ولغير عينهما لكان الصلح على الاقرار كالصلح على غيره في الاشتمال على حلال
الحلال وتحريم الحرام ثم ان بعض الفضلاء اورد على قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق بان قال هذا يختص بالدين لظهور عدم جريانه في العين فلا يلزم
بطلان العمل به اذ لا يجوز الصلح على بعض الحق في العين الا بالابراء عن دعوى الباقي كما سيجيء انتهى اقول هذا كلام خال عن التحصيل اذ لا يلزم من عدم جواز الصلح على
بعض الحق في العين الا بالابراء عن دعوى الباقي عدم جوازه على بعض الحق في الحق اصلا غاية الامر ان يكون جواز الصلح على بعض الحق في العين مشروطا بالابراء
عن دعوى الباقي على انه ليس كذلك ايضا اذ يجوز الصلح على بعض الحق في العين طريق آخر وهو ان يزيد درهما في بدل الصلح وسياتي كلا الطريقين في الكتاب وعلى
كليهما يجري قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق في العين ايضا قوله ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضي بجوازه الى قوله ودفع الرشوة لدفع الظلم
امر جائز هذا دليل عقلي على ما ذهب اليه ائمتنا من جواز الصلح مع انكار او سكوت ايضا متضمن للجواب عن دليل عقلي للشافعي مذكور فيما قبل وهو قوله ولان المدعى عليه
يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة قال الشراح لا يقال لا نسلم جواز دفع الرشوة لدفع الظلم لان قول النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرتشي عام لانا
نقول هذا الحديث محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض في امر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى اذا اخرج الوالي الى احد الورثة عن الارث واما دفع الرشوة
لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدليل انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه ان المعتبر هو عموم اللفظ واما الدليل على انه محمول على ما ذكر غير مجرى على عمومه
انتهى اقول الدليل عليه ما ورد من النصوص في ان الضرورات تبيح المحظورات منها قوله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج ولا شك ان في دفع الضرر عن نفسه دفع الحرج
قوله فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما اعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال الى آخره هذا لفظ القدوري في مختصره ولما كان الاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب
العقود اليه كما صرحوا به اراد ان يبين ضابطة يعرف بها انه على اي عقد يحمل اقول ليست هذه الضابطة بتامة لان الصلح عن اقرار قد يقع عن منافع بمال وبمنفعة كما اذا
اوصى لرجل بسكنى داره سنة فمات وادعى الموصى له السكنى فصالحه الورثة عن ذلك على دراهم معينة او على خدمة عبد شهرا او على ركوب دابة شهرا فان كل ذلك
جائز على ما صرحوا به في اول الفصل الآتي مع انه لم يذكر في هذه الضابطة وان كان في معنى عقد الاجارة وكذا يقع عما ليس بمال ولا منفعة كالصلح عن جناية العمد
فانه جائز وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما يصلح مسمى فيه يصلح ههنا ايضا كما سياتي في الكتاب مع انه ليس بمذكور ايضا في هاتيك الضابطة وليس في معنى عقد البيع ولا في
معنى عقد الاجارة بل هو في معنى عقد النكاح فلم يفهم من هذه الضابطة المذكورة قط وكذا يقع الصلح عن دعوى الرق بمال فيكون في معنى الاعتاق على مال وعن دعوى
الزوج النكاح بمال فيكون في معنى الخلع وليس شيء منهما داخلا ايضا في الضابطة المذكورة ولا مفهوم منها اصلا فكانت قاصرة عن تمام افادة المراد لا يقال يستغنى
عن ذكر تلك الصور ههنا بما ذكر في الفصل الآتي عن قريب لانا نقول قد ذكر هناك ما ذكره ههنا ايضا بان قال والصلح جائز عن دعوى الاموال والمنافع فلا يلزم التعذر

ثم ان كون الصلح عن اقرار في معنى البيع اذا وقع عن مال بمال انما هو فيما اذا وقع على خلاف جنس المدعى واما فيما اذا وقع على جنسه فان كان باقل من المدعى فهو حط وابراء وان كان بمثله فهو قبض واستيفاء وان كان باكثر منه فهو فضل وربا واصرح به في التبيين وغيره **قوله** والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا اشارة الى ما ذكره بقوله لان المدعي ياخذ عوضا عن حقه في زعمه اقول ههنا كلام وهو ان كون الصلح عن السكوت والانكار في حق المدعي مطلقا بمعنى المعاوضة ممنوع فانه اذا ادعى عينا وانكر المدعى عليه او سكت ودفع المدعى الى المدعى عليه شيئا بطريق الصلح واخذ العين كان ذلك الصلح جائزا على ما صرحوا به مع انه في حق المدعي ليس بمعنى المعاوضة لان في زعم المدعي ان العين الذي ادعاه حقه ولا يتصور ان يعاوض انسان ملك نفسه بل هو في حق المدعي في تلك الصورة لقطع الخصومة كما صرحوا به ايضا **قوله** او يلحق به ذكر البراءة من دعوى الباقي قال صاحب النهاية فان قلت كيف صورة البراءة قلت هي ان يقول قد بريت من هذه الدار او يقول قد بريت من دعواي في هذه الدار فهذا جائز حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لا تقبل اما لو قال برأتك عن هذه الدار او قال قد ابرأتك عن خصومتي في هذه الدار فهذا وامثاله باطل ولا ان يخاصم فيها بعد ذلك وفرق بين قوله بريت وبين قوله ابرأتك فان في قوله ابرأتك انما ابرأه عن ضمانه لا من الدعوى وعن هذا قالوا ان عبدا في يد رجل لو قال الرجل بريت منه كان بريئا منه ولو قال ابرأتك منه كان له ان يدعيه وانما ابرأه عن ضمانه كذا في الذخيرة الى هنا كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان بيان صورة البراءة بقوله بريت من هذه الدار مع كونه غير مطابق للمشروح وهو قول المص او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي يدل على صحة البراءة من العين وليس كذلك لان سراية عموم صحة الصلح على بعض المدعى في العين بدون الحيلة في تصحيحه باحد الامرين انما هو عدم صحة البراءة من العين والا يصح الصلح عن ذلك بان كان استيفاء البعض الحق واسقاطا لبعضه الباقي كما في الصلح على بعض المدعى في الدين فالصورة الصحيحة المطابقة للمشروح انما هو قوله بريت من دعواي في هذه الدار واما ثانيا فلان قوله فان في قوله ابرأتك انما ابرأه من ضمانه لا من الدعوى انما يتمشى في قوله ابرأتك عن هذه الدار لا في قوله ابرأتك عن خصومتي لان الابراء من الخصومة هو الابراء من الدعوى وقد صرح بان قوله ابرأتك عن خصومتي في هذه الدار باطل ايضا بخلاف ما قالوا في عبد في يد رجل فان المذكور هناك في جانب الابراء انما هو قول الآخر برأتك منه لا غير تبصر

فصل لما فرغ من مقدمات الصلح وشرائطه وانواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز **قوله** والصلح جائز عن دعوى الاموال هذا لفظ القدوري في مختصره وقال المص في تعليله لانه في معنى البيع على ما مر اقول ههنا شيء وهو ان قول القدوري والصلح جائز عن دعوى الاموال مطلق يتناول الصلح عن مال بمال والصلح عن مال بمنفعة فان اجري على اطلاقه كما هو الظاهر لم يتم تعليل المصنف رح بقوله لانه في معنى البيع على ما مر لظهور ان الصلح عن مال بمنفعة ليس في معنى البيع بل هو في معنى الاجارة كما صرح به فيما مر وان قيد بما كان عن مال بمال كما فعله صاحب العناية لزم ان لا يندرج ما كان عن مال بمنفعة في هذا الفصل مع انه معقود لبيان انواع ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز فكان تقصيرا من المقيد بلا ضرورة لا يقال انما ترك ذلك النوع في هذا الفصل بناء على كونه معلوما فيما مر لانا نقول ينتقض ذلك بما كان عن مال بمال فانه ايضا كان معلوما فيما مر **قوله** والمنافع بالجر عطف على الاموال اي وعن دعوى المنافع وهو من تمام لفظ القدوري قال المصنف رح في تعليله لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح اقول لقائل ان يقول يشكل هذا التعليل بما ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي الحاكم الشهيد في باب الصلح في الوصايا حيث قال واذا اوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم او على سكنى بيت او على خدمة عبد آخر او على ركوب دابة او على لبس ثوب شهرا فهو جائز والقياس ان لا يجوز لان الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تمليك المنفعة من احد ببدل ولهذا لو اجر منهم لا يصح الا انا نقول بان هذا ليس تمليك اياهم ببدل بل هو اسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية ببدل ولفظة الصلح لفظة تحتمل التمليك

والاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا للتصحيح تصرف العاقل ما امكن قال ولو صلح عن جناية العمد والخطأ اما الاول لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع الآية قال ابن عباس رض انها نزلت في الصلح وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح بدلا هنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا ان عند فساد التسمية ههنا يصار الى الدية لانها موجب الدم ولو صالح على اكثر لا يجب شيء لانه لا يجب بمطلق العفو وفي النكاح يجب مهر المثل في النفس ايضا لانه الموجب الاصلي ويجب مهر السكوت عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في الطرف ايضا وهنا يكون الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك لا حق في المحل قبل التملك اما القصاص فمالك المحل في حق القتل فيصح الاعتياض عنه واذا صح الصلح بطل الشفعة لانه تبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه غير ان في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه

وتحتمل الاسقاط فان لم يكن لتصحيحه تمليكا امكن تصحيحه اسقاطا فمعناه اسقاطا وهو حق معتبر يزاحم الملك فاحتمل التقويم بالشرط الى هنا كلامه فان الموصى له اذا لم يقدر على تمليك المنفعة الموصى بها من احد لم يصح تعليل جواز الصلح عن تلك المنفعة بان المنافع تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح ثم اقول يمكن ان يقال ان الموصى له وان لم يقدر على تمليك المنفعة الموصى بها حقيقة الا انه يقدر على تمليكها حكما من حيث انه يقدر على اسقاطها ببدل وقد اشار اليه الامام الاسبيجابي بقوله وهو حق معتبر يزاحم الملك فاحتمل التقويم فمعنى تعليل المص ان جنس المنافع تملك حقيقة بعقد الاجارة كما اذا آجر ملكه وكذا يملك حكما بالصلح كما اذا صالح عن المنفعة الموصى بها فعلى هذا يحصل التوفيق بين كلامي الشيخين قال الامام السغناقي في الكافي الصلح جائز عن دعوى المنافع بان ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحده او اقر به وصالحه الوارث على شيء جاز لانه جاز اخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصلح انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا ونقل ما ذكره الامام الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد على ما مر وانت خبير بما بين ما نقل من الامام الاسبيجابي والكافي من المخالفة ولعل في جواز الاجارة روايتين فليتامل انتهى اقول المخالفة بينهما في الفهم لا في المفهوم لان مراد صاحب الكافي هو انه جاز اخذ العوض عن جنس المنافع بالاجارة كما اذا آجر ملكه فكذا جاز اخذ العوض عن جنس المنافع بالاجارة بالصلح كما اذا صالح عن المنفعة الموصى بها فعلى هذا يحصل التوفيق بين كلامي الشيخين قال الامام السغناقي في الكافي الصلح جائز عن دعوى المنافع بان ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحده او اقر به وصالحه الوارث على شيء جاز لانه جاز اخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصلح انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا ونقل ما ذكره الامام الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد على ما مر وانت خبير بما بين ما نقل من الامام الاسبيجابي والكافي من المخالفة ولعل في جواز الاجارة روايتين فليتامل انتهى اقول المخالفة بينهما في الفهم لا في المفهوم لان مراد صاحب الكافي هو انه جاز اخذ العوض عن جنس المنافع بالاجارة كما اذا آجر ملكه فكذا جاز اخذ العوض عن جنس المنافع بالاجارة بالصلح كما اذا صالح عن المنفعة الموصى بها كسكنى دار سنة مثلا وليس مراده انه كما جاز اخذ العوض عن منفعة معينة هي سكنى دار سنة وصية من رب الدار بالاجارة كذلك جاز اخذ العوض عن تلك المنفعة بالصلح عنها حتى يلزم المخالفة ثم اقول بقي ههنا كلام وهو ان ما ذكره الامام الاسبيجابي في شرح الكافي من انه اذا اوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم او على سكنى بيت او على خدمة عبد آخر او على ركوب دابة او على لبس ثوب شهرا فهو جائز وما ذكره صاحب النهاية نقلا عن المغني من انه اذا اوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلث ماله فصالحه الوارث من الخدمة على دراهم جاز وكذلك لو صالحه على خدمة عبد آخر يجوز ايضا وكذلك لو صالحه على ركوب دابة شهرا او لبس ثوب شهرا فهو جائز انتهى مخالف لما ذكر في كثير من الكتب المعتبرة فان مدلولها جواز الصلح عن المنفعة على المنفعة وان اتحد جنس المنفعتين حيث جوز فيها مصالحة الوارث عن خدمة عبد على خدمة عبد آخر والمصرح به في كثير من المعتبرات عدم جواز الصلح عند اتحاد جنس المنفعة قال في البدائع فان كان المنفعتان من جنسين مختلفين كما اذا صالح من سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالاجماع وان كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا وموضع المسئلة كتاب الاجارات واذا اعتبر الصلح على المنافع اجارة يصح بما يصح به الاجارات ويفسد بما تفسد به الاجارات انتهى وقال في التبيين انما يجوز عن المنافع على المنفعة اذا كانتا مختلفتي الجنس بان يصالح عن السكنى على خدمة العبد او زراعة الارض او لبس الثياب اما اذا اتحد جنسهما كما اذا صالح عن السكنى على السكنى او عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز لانه لا يجوز استيجار المنفعة بجنسها فكذا الصلح وعند اختلاف الجنس يجوز استيجارها بالمنفعة فكذا الصلح انتهى الى غير ذلك من المعتبرات فلزم قوله والاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا للتصحيح تصرف العاقل ما امكن اقول لقائل ان يقول قد يقع الصلح على مجرد ترك الدعوى من الجانبين ويجوز كما صرحوا به فامكن حمل مثله على شيء من العقود غير ظاهر سيما اذا وقع عن ترك دعوى جناية العمد من الجانبين فتامل قوله وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح بدلا هنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال قال الشراح في شرح قوله حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح هنا ولا ينعكس هذا اي لا يقال كل ما صلح بدلا في الصلح يصلح مسمى في النكاح فان هذا العكس غير لازم ولا ملتزم لان الصلح عن دم العمد على اقل من عشرة دراهم صحيح وان لم يصلح ما دون العشرة صداقا ولانه لو صلح من عليه القصاص على ان يعفو عن قصاص له على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص صداقا لان كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك لكفى بكون العوض فيه متقوما والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز

التمليك

فتدبر

ان يقع عوضا عن قصاص اخر انتهى كلامهم اقول هنا اشكال وهو انه اذا صح ان يكون بدل المال في جناية العمد ما ليس بمال كالعفو عن القصاص لزم ان
لا يصح قول المصنف رح او كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال لان الصلح عن جناية العمد في صورة ان صالح من عليه القصاص على العفو عن قصاص له على اخر
ليس بمبادلة المال بغير المال بل هو هناك مبادلة غير المال بغير المال كما لا يخفى وقال الشراح تفريعا على قول المصنف رح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح هنا فلو
صالح عن دم العمد على سكنى غير دار او خدمة عبد سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صداقا فكذا بدلا في الصلح ولو صالحه على ذلك ابدا او على ما في بطن امته او على غلة
نخله سنين معلومة لم يجز لانه لم يصلح صداقا فكذا بدلا في الصلح انتهى اقول فيه بحث لان تعليلهم عدم جواز الصلح عن دم العمد على الاشياء المذكورة بقولهم لانه
لم يصلح صداقا فكذا بدلا في الصلح ينافي قولهم بان العكس هنا غير لازم ولا ملتزم فان صحة التعليل بما ذكره انما يبتنى على لزوم العكس والتزامه فالصواب تعليل
عدم جواز الصلح في تلك الصور بجهالة المصالح عليه من غير تعرض لان لا يصلح صداقا فان جهالته تفسد الصلح فيما احتيج فيه الى التسليم والتسلم كما يقرر فيما
وقال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب العناية ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو ملتزم لكن قال في المحيط اذا صالحه على وصيف عن دم
العمد فهو جائز والاصل في جنس هذه المسائل ان ما صلح مهرا في النكاح صلح بدلا في الصلح عن دم العمد فهو جائز وما لا فلا والوصيف يصلح مهرا في
النكاح ويصرف مطلقه الى الوسط فكذا يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف الى الوسط انتهى والمقصود قوله وما لا فلا
فليتامل فان فيه مخالفة اخرى لقوله عند فساد التسمية يصار الى الدية الى هنا كلام ذلك البعض اقول لا مخالفة فيه لقوله عند
فساد التسمية يصار الى الدية اذ لا فساد في التسمية فيما قاله صاحب المحيط لان فساد التسمية بجهالة فاحشة وليس في الوصيف جهالة فاحشة سيما اذا تصرف مطلقه
الى الوسط كما صرح به ولهذا يصلح مهرا في النكاح وهذا امر لا ستر به **قوله** واما الثاني وهو جناية الخطاء فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع اقول فيه شيء
وهو انهم صرحوا بان الصلح اذا كان على جنس ما استحقه المدعي على المدعى عليه لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه وسياتي ذلك
في الكتاب ايضا في باب الصلح في الدين ولا يخفى ان الصلح عن جناية الخطاء اذا كان على احد مقادير الدية مطلقا قبل ان يقضي القاضي باحد منها بعينه او كان
على جنس ما قضى القاضي به بعد ان قضى باحد مقاديرها بعينه كان من ذلك القبيل فلم يتم اطلاق قوله فيصير بمنزلة البيع فتامل **قوله** وجه الاول ان يجعل زيادة في
مهرها اي ان يجعل كانه زاد في مهرها ثم خالعها على اصل المهر دون الزيادة فسقط الاصل دون الزيادة كذا في الكافي وكثير من الشروح قال صاحب غاية البيان
وفيه نظر عندي لانه ضعيف جدا لان الكلام في دعواها النكاح وصالح الرجل عنه على مال والصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال فكيف يكون
ذلك زيادة في المهر انتهى اقول هذا كلام خال عن التحصيل فان كون الصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال لا ينافي كون ذلك زيادة في المهر بل
يقتضيه لان ترك النكاح بلا فرقة مما لا يتصور شرعا فلا بد ان يجعل ترك النكاح بمال فرقة مبدل وهي الخلع ولما جعل خلعا سقط اصل المهر فلا بد ان يجعل ما بدله
لها زيادة في المهر وهذا وجه لا غبار عليه **قوله** فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة اذ لا تسلم شيء من هذه الفرقة وانما الفرقة هي
التي تسلم لها نفسها وتخلص عن الزوج كذا في الكافي وكثير من الشروح اقول لمانع ان يمنع قولهم اذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة فانه يسلم له منها اصل المهر
اذ لولا هذه الفرقة لازمه مهرها عند اثباتها النكاح فجاز ان يعطي الزوج العوض ليسلم له اصل المهر في ضمن هاتيك الفرقة التي هي في معنى الخلع فان قلت يجوز
ان يكون مراد المصنف رح فالزوج لا يعطي العوض بناء على وقوع هذه الفرقة من جانب المرأة كما يشعر به تقرير تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال يعني ان
هذا الصلح ان جعل في هذه الفرقة فلا عوض في الفرقة من جانبها على الزوج كالمرأة اذا كانت ابن زوجها لا يجب عليه شيء انتهى ويشير اليه قول صاحب العناية

وحقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء وتقييمه باذ تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة **قال** وان كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الآخر على اكثر من نصف قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما بينا والفرق لابي حنيفة رح ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير المتقاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه على عرض جاز لما بينا انه لا يظهر الفضل

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح له يلزم الوكيل ما صالح عنه الا ان يضمنه

فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا كانت ابن زوجها انتهى فماذا حال هذا المعنى قلت يرد عليه ايضا ان يقال وقوع الفرقة من جانب المرأة انما يمنع اعطاء الزوج العوض لو كانت هي مستقلة في مباشرة سبب الفرقة كما اذا كانت ابن زوجها واما اذا كانت مباشرتها السبب الفرقة رأي الزوج ورضاه كما فيما نحن فيه اذا كان ترك دعوى النكاح فيه بطلب الزوج ورضاه حيث تصالحا عنه على مال بذله لها فلا نسلم ان وقوع الفرقة من جانب المرأة في مثل ذلك يمنع اعطاء الزوج العوض الا يرى انه لو قال رجل لامرأته طلقي نفسك او قال لها اختياري تنوي بذلك الطلاق فلها ان تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك فان طلقت نفسها في ذلك المجلس لزمه مهرها قطعا فلم يكن وقوع الفرقة من جانبها هناك مانعا عن وجوب المهر على الزوج كما كان مانعا عنه فيما اذا كانت ابن زوجها فكذا ههنا لا يكون وقوعها من جانبها مانعا عن لزوم اعطاء الزوج العوض تدبر **قوله** او حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء الى آخره قال صاحب العناية وفي كلام المصنف رح تسامح لانه وضع المسئلة في القيمي وذكر في الدليل المثلي فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات لا في القيميات الا اذا انقطع المثلي فحينئذ يصار اليها انتهى كلامه اقول قد غلط في استخراج هذا المقام فحمل كلام المصنف رح على التسامح ومنشأ ذلك انه زعم ان مراد المصنف رح بالحق في قوله او حقه في مثله صورة ومعنى هو حق الاخذ وهذا غير متصور في القيميات لان اخذ المثل فرع وجوده ووجود المثل صورة ومعنى انما يتصور في المثليات وليس مراد المصنف رح به ذلك قطعا بل انما مراده به حق تعلق الملك بجهة ان الواجب في ذمة الغاصب حقا للمالك مثل الهالك صورة ومعنى وهذا الحق يتصور في القيميات ايضا وان لم يتصور حق الاخذ الا في المثليات لان وجوب القيميات في الذمة ممكن كالحيوان والثوب في النكاح والدية وغيرها على ما صرحوا به ومما يفصح عما قلناه وما ذكر في الذخيرة ونقل عنها في النهاية بان قال والوجه لابي حنيفة رحمه الله ان هذا الاعتياض عن الثوب والحيوان حكما فيجوز بالغا ما بلغ كالاعتياض عن الثوب القائم والحيوان القائم حقيقة وانما قلنا ان هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكما لان الواجب في رقبة الغاصب حقا للمالك مثل الحيوان والثوب من جنسه لانه ضمان عدوان فيكون مقيدا بالمثل والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنى ولهذا كان الواجب من جنسه في غير الثوب والحيوان نحو المكيلات والموزونات وايجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كما في النكاح والدية الا عند الاخذ فيصار الى القيمة ضرورة ان اخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن الا بسابقة التقويم والاخذ والدافع لا يعرفان ذلك حقيقة لما فيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة في الوجوب لان الوجوب بايجاب الله تعالى والله تعالى اعلم بذلك فصح ما ادعينا ان هذا اعتياض عن الثوب والحيوان فيجوز كيف ما كان انتهى والعجب من صاحب العناية انه بعد ما نظر الى النهاية وسائر المعتبرات واطلع على ما فيها كيف وقع في تلك الورطة ثم قال صاحب العناية ويمكن ان يجاب عنه بانه فعل ذلك اشارة الى ان المثلي اذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه الى القيمة الا بالقضاء فقبله ان تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة انتهى اقول عذره اقبح من ذنبه لان المصنف رح ههنا ليس بصدد بيان المسئلة حتى يفيد اشارته الى اشتراك المسئلتين في الحكم شيئا بل هو في مقام الاستدلال على قول ابي حنيفة رح في الصلح عن الثوب المستهلك على اكثر من قيمته فان لم يفد الدليل الذي ذكره المدعي بناء على كون المدعى في القيمي وكون الدليل مخصوصا بالمثلي كما زعمه لا يتم المطلوب فيختل الكلام لعدم ايفائه حق المقام ولا تجدي الاشارة الى امر جلي عن الصدور فضلا كما لا يخفى

باب التبرع بالصلح والتوكيل به قال صاحب النهاية لما كان تصرف المرء لنفسه اصلا اقدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لما ان الانسان في العمل لغيره متبرع واقتفى اثره صاحب الغاية وصاحب العناية اقول ان قوله وهو المراد بالتبرع بالصلح ليس بسديد اذ لو كان المراد بالتبرع بالصلح ههنا مجرد التصرف لغيره لكان قول المصنف رح والتوكيل به مستدركا لتناول التبرع بالصلح بمعنى مجرد التصرف لغيره ما حصل بالتوكيل به ايضا فالحق عندي ان المراد بالتبرع بالصلح ههنا هو الصلح عن آخر بغير امره وبالتوكيل به هو الصلح عنه بامره وكلتا الصورتين مذكورتان في هذا الباب فيسلم ما ذكر في عنوان

[illegible]

قال وان صالح عند بحال [illegible] اربعة او عبدان [illegible]

[illegible]

باب الصلح في الدين

قال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة [illegible] وان استوفى بعض حقه وسقط باقيه [illegible]

الباب عن الاستدراك بشيء وهو ان التوكيل بالصلح فعل الموكل وهو متصرف فيه لنفسه فلا يتم وجه التقديم الذي ذكره بالنظر الى قول المصنف رح في العنوان والتوكيل به والجواب ان التوكيل المذكور في العنوان مصدر من المبني للمفعول فيرجع الى معنى التوكيل وهو يصرف الغير فان قلت فلم لم يقل والتوكل به بدل قوله والتوكيل به حتى لا يحتاج الى البيان بانه مصدر من المبني للمفعول قلت فائدة التعبير عن التوكل بالتوكيل هي الايماء الى ان المراد التوكل الحاصل بالتوكيل وهو التوكل بامر الغير الذي هو الموكل لا المباشرة بنفسه بدون امر الغير وهو التبرع بالصلح فينتفع به توهم الاستدراك تامل فانه معنى لطيف **قوله** والمال لازم للموكل قال صاحب النهاية ومعراج الدراية وفي شرح الاقطع والمال لازم على الموكل انتهى وقال صاحب غاية البيان واللام في للموكل بمعنى على كما في قوله تعالى وان اسأتم فلها اي فعليها وقفى اثره صاحب العناية حيث قال والمال لازم للموكل اي على الموكل كما في قوله تعالى وان اسأتم فلها اي فعليها انتهى اقول لا وجه لجعل اللام في قوله المال لازم للموكل على معنى على لان للموكل متعلق بلازم وكلمة اللزوم تتعدى بنفسها او بالباء يقال لزمه ولزم به ولا يتعدى بعلى فلو جعل اللام بمعنى على لزم تعدية اللزوم بعلى ولم تسمع قط والصحيح ان يبقى اللام في عبارة الكتاب على حالها ويكون اقحامها لتقوية العمل فالمعنى والمال يلزم الموكل وادخال اللام على معمول اسم الفاعل من الافعال المتعدية بانفسها لتقوية العمل شائع في كلام العرب بخلاف قوله تعالى وان اسأتم فلها لان اللام في فلها هناك متعلق بمقدر كما لا يخفى فيجوز ان يقدر بالصلح ان تكون كلمة على صلة له فلا غير في ان يجعل اللام هناك على معنى على تامل تقف **قوله** وتاويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد وكان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين الى آخره قال صاحب النهاية وهذا الذي ذكره من التاويل لا يكفي لتاويل المسئلة فان فيه قيدا آخر وهو انه اذا كان الصلح على الانكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل من شيء وان كان الصلح في المعاوضات لانه ذكر في المبسوط في باب الصلح في العقار ولو ادعى رجل في دار رجل حقا فصالحه عنه آخر بامره او بغير امره الى ان قال ولا يجب المال على المصالح الا ان يضمنه للذي صالحه لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال وذلك جائز مع الاجنبي كما يجوز مع الخصم انتهى وقفى اثره كثير من الشراح في ان ما ذكره المصنف رح لا يكفي لتاويل المسئلة بل لا بد فيه من قيد آخر وهو ان لا يكون الصلح في المعاوضات على الانكار اقول يمكن ان يقال يستغنى عنه بما ذكره المصنف به فان قوله اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل من تتمة تاويله ومقصوده منه تعميم جواب المسئلة لكل ما لم يكن الصلح عن مال بمال بطريق المفهوم كانه قال وفيما سوى ذلك لا يرجع الحقوق الى الوكيل بل تلزم الموكل كما ذكر في جواب المسئلة وفائدته التنبيه على ان ما ذكره في ابتداء التاويل من الصلح عن دم العمد والصلح على بعض ما يدعيه من الدين انما هو بطريق التمثيل لا بطريق تخصيص جواب المسئلة بذلك فان تخصيصه بذلك ليس بصحيح لجريانه قطعا في غير ذلك كالصلح عن جناية العمد فيما دون النفس والصلح عن كل عقد يكون الوكيل فيه سفيرا محضا كالنكاح والخلع وغيرهما واذا تقرر هذا فقد فهم دخول الصلح على الانكار في جواب هاتيك المسئلة وان كان الصلح في المعاوضات اذ قد تحقق فيما مر ان الصلح على الانكار في حق المدعى عليه انما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة وانما هو معاوضة في حق المدعي وانه يجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما فلم يكن الصلح على الانكار في حق المدعى عليه وان كان الصلح في المعاوضات صلحا عن مال بمال وقد اشار اليه في المبسوط بقوله لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال ولا يخفى ان ما نحن فيه هو الوكالة من قبل المدعي عليه فتم المطلوب بدون الاحتياج الى التصريح بقيد آخر تفكر

باب الصلح في الدين قوله وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه وسقط باقيه اقول فيه كلام وهو ان كلية ذلك بالنظر الى قوله لم يحمل على المعاوضة مسلمة واما بالنظر الى قوله وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه فممنوعة

وهذا لان تصرف العاقل يجب تصحيحه ما امكن لا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا لجعل اسقاط البعض في المسئلة الاولى والبعض والصفة في الثانية ولو صالح على الف مؤجلة
جاز لانه امكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز حملناه على التاخير ولو حملناه على ما قبل الاجل لكان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة
فلا يمكن حمله على التاخير لوجه تصحيح المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة يجوز فلم يمنع الصلح **قال** ولو كانت له الف وجياد فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لان الاجل خير
مال الربوا وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل بجنسه وان كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لان البيض غير مستحقة
بعقد المداينة وفي زيادة وصف تكون معاوضة لان خمسمائة زيادة وصف بمنزلة ما اذا صالح عن الف البيض على خمسمائة سود لانه اسقاط بعض حقه لذلك ومعناه ما اذا صالح على الدين وهو سود
لانه معاوضة المثل بالمثل لا معاوضة بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس لو كان له الف درهم دينا فصالحه على خمسمائة حالة لانه امكن ان يجعل اسقاطا
للدنانير كلها والدراهم الامائة وتاجيلا للباقي لا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد لان معنى الاسقاط فيه اتم **قال** ومن له على آخر الف درهم فقال له عجل لي نصفها وحط عني خمسمائة على انك
بريء من النصف فعل فهو بريء فان لم يفعل فهو على حقه وهو قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا يعود عليه لانه ابراء مطلق اذ الخمسمائة غير مذكورة حيث ذكرها
بكلمة على وهي للمعاوضة والابراء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه بجهة وجوده وعلى هذا لا يعود عليه كما اذا ابرأه مطلقا ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيتقيد بقبوله لانه بدل ما
الخمسمائة في الغرض فيصلح عوضا حتى لا يملكه او توسلا الى الحاجة الى ابرائه منه وكلمة على وان كانت للمعاوضة ففي محتملة والشرط وجوده معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على الحقيقة

لان ما وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة اذا كان على مثل جنسه قدرا ووصفا كما اذا كان عليه الف درهم جياد وصالح عن ذلك على الف درهم جياد يحمل على استيفاء عين حقه
صرح به في كثير من المعتبرات كالبدائع والتحفة وغيرهما وليس فيه اسقاط شيء قط وعن هذا قال في الوقاية وصلحه على بعض من جنس ماله عليه اخذ البعض حقه وحط الباقي
لا معاوضة انتهى ويمكن ان يعتذر عما في الكتاب بانه خارج مخرج العادة فان المعتاد ان يكون الصلح على اقل من مثله بناء على عدم الفائدة في عقد الصلح على
مثل المدعى قال صاحب النهاية وههنا ينبغي ان يزاد في لفظ الرواية قيد آخر وهو ان يقال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة ولا يمكن حمله على
بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة وانما قلنا ذلك لانه اذا امكن حمله على بيع الصرف يحمل على بيع الصرف وهو معاوضة وان كان من جنس ما هو مستحق بعقد المداينة فبعد
ذلك ينظر ان كان موجلا يبطل الصلح والا فلا الا يرى انه لو كان عليه الف درهم سود حالة فصالحه على الف درهم بخية الى اجل لا يجوز والبخية اسم لما هو
اجود من السود ولكن كل منهما من جنس الدراهم وانما لم يجز في هذه الصورة لان هذه مصارفة الى اجل والصرف الى اجل باطل انتهى كلامه اقول فيه
بحث لان قوله في رواية الكتاب وهو مستحق بعقد المداينة يخرج ما يمكن على بيع الصرف فان ما يمكن حمله على بيع الصرف عند اهل الشرع مما وقع عليه
الصلح ليس مما هو مستحق بعقد المداينة وما هو مستحق بعقد المداينة ليس بما يمكن حمله على بيع الصرف عندهم لشهد بذلك كلمة الاشتمال المذكورة في المسائل الآتية في
الكتاب واولتها المفصلة فيه واما المثال الذي ذكره بقوله الا يرى انه لو كان عليه الف درهم سود حالة فصالحه على الف درهم بخية الى اجل لا يجوز فيعزل
عما نحن فيه بجواز اجل لانه ليس مما هو مستحق بعقد المداينة ولا مما يمكن حمله على بيع الصرف اما الاول فلان البخية اجود من السود ففيها زيادة وصف وهي غير
مستحقة بعقد المداينة بالسود وانما المستحق به السود لا غير واما الثاني فلان الاجل يمنع عن الحمل على بيع الصرف كما اعترف به نفسه حيث قال وانما لم يجز
في هذه الصورة لان هذه مصارفة الى اجل والصرف الى اجل باطل **قوله** وهذا لان تصرف العاقل يجري تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه
الى الربوا اقول لقائل ان يقول انما يفضي الى الربوا لو جعل المصالح عليه وهو خمس مائة عوضا عن مجموع الالف المدعى واما اذا جعل عوضا عما يساويه
بعض المدعى وهو الخمس مائة بناء على ان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها فلا افضاء الى الربوا فما بالهم حملوا الصلح في مثل ذلك على انه استوفى بعض حقه
واسقط باقيه ولم يحملوا على انه صارف بعض حقه واسقط باقيه حتى لم يشترطوا القبض في المجلس وجوزوا التاجيل فتامل في الجواب **قوله** ومن له على آخر
الف درهم فقال اولي غدا منها خمس مائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء قال صاحب العناية قيل معناه فقبل فهو بريء في الحال ويجوز ان يكون
معناه فاوفى عليه ذلك غدا فهو بريء من الباقي انتهى اقول لا يذهب على الفطن ان قوله فان لم يدفع اليه الخمس مائة غدا عاد اليه الالف يابى المعنى الثاني
ويناسب المعنى الاول لان عود الالف اليه يقتضي تحقق البراءة عنه اولا لكن يمكن توجيهه على المعنى الثاني ايضا بانه لا شك ان البراءة الموقوفة على
اداء الخمسمائة اليه غدا متحققة اولا وان لم تتحقق البراءة المقطوعة الا باداء ذلك اليه غدا ففيما اذا لم يدفع ذلك اليه غدا الصحيح ان يقال عاد اليه الالف
نظرا الى تحقق البراءة الموقوفة من قبل فان نصف الالف قد كان خرج من ملكه خروجا موقوفا على اداء نصفه الآخر اليه غدا فاذا لم يؤد اليه ذلك غدا عاد اليه
الالف كما كان واما جعل العود مجازا عن البقاء كما كان فعله بعض الفضلاء فمما لا يقبله الفطرة السليمة **قوله** الا ترى انه جعل اداء الخمس مائة عوضا حيث
ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة قلت الباقي بكلمة على في قوله حيث ذكره بكلمة على للمقابلة كما في قولك بعت هذا الهذا فالمعنى حيث ذكر اداء الخمس مائة بمقابلة كلمة
على التي للمعاوضة فلا حاجة الى ما تمحل به بعض الفضلاء في توجيه قوله حيث ذكره بكلمة على حيث قال اي في المعنى والا ففي اللفظ دخل كلمة على في الابراء دون الاداء
انتهى وكانه حمل الباء على الالصاق فاخذ منه الدخول في الاداء فاحتاج الى التكلف وفيما ذكرناه مندوحة عن ذلك **قوله** والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه

[illegible] متعارف ولا يجوز [illegible] بشرط ان كان لا يتعلق به كالحوالة وتخريج البداية بالابراء ان الله تعالى [illegible] وهذه المسئلة على وجوه [illegible]
[illegible] من الالف على الف [illegible] من الالف على ان تعطيني خمسمائة
[illegible] الخمسمائة [illegible] بالشرط [illegible] به

قال صاحب العناية في شرحه والاداء والايفاء عوضان عند المعاوضة ان يستوفيه كل واحد بالمكين قبلها والاداء يستحق اليه ليستوفيه متى لم يكن انتهى ورد عليه بعض الفضلاء قوله والاداء يستحق عليه ليستوفيه متى لم يكن ممنوعا قال فيه متى بل يستحق البراءة اقول ليس هذا بشيء لان مراد صاحب العناية انه لم يستفد بالاداء متى في جانب المأمور والبراءة انما يستفاد في جانب المديون وعند المعاوضة ان يستفيد كل منهما بالمكين قبلها فاذا لم يستفد في جانب المديون متى لم يتحقق عند المعاوضة فتم المطلوب

قوله اولانه متعارف قال صاحب العناية قوله اولانه متعارف معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني ان حمل كلمة على على الشرط لامعنيين اما لوجود المقابلة واما لان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف اقول فيه نظر لان المعنى الثاني لا يكون علة لحمل كلمة على على الشرط لانها لما كانت موضوعة للمعاوضة لم يصح حملها على غيرها لما لم يوجد بينهما علاقة المجاز ولا يخفى ان كون مثل هذا الشرط في الصلح متعارفا لا يجدي مناسبة بين ما وضعت له كلمة على وبين هذا الشرط حتى يصلح علاقة للمجاز بخلاف المعنى الاول فان اشتراك المعاوضة والشرط في معنى المقابلة مناسبة مصححة للتجوز نعم يكون المعنى الثاني علة مرجحة للتجوز بعد ان ثبتت العلة المصححة له لكن الكلام في كونه علة مستقلة لحملها على المجاز وذلك لا يتصور الا بكونه علة مصححة للتجوز كالاول وليس فليس ثم اقول الاقرب ان يكون قوله اولانه متعارف معطوفا على الاقرب وهو قوله لتصحيح تصرفه وان كان الظاهر من كلام كثير من الشراح ان يكون معطوفا على ما ذكره صاحب العناية فمعنى كلام المص فحمل كلمة على على الشرط عند تعذر حملها على المعاوضة لتصحيح تصرف العاقل اولان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف فيكون قوله لوجود معنى المقابلة بيانا للعلاقة المصححة للتجوز ويكون قوله لتصحيح تصرفه وقوله اولانه متعارف بيانا للعلة المرجحة للحمل على المجاز بوجهين فينتظم اللفظ والمعنى

قوله والابراء مما تقيد بالشرط وان كان يتعلق به كما في الحوالة قال صاحب العناية قوله كما في الحوالة متعلق بقوله فيفوت بفواته يعني انه لما كان مقيدا بالشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيد بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل انتهى اقول لا يخفى على ذي مسكة ان جعل قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله فيفوت بفواته مع تحقق الحمل الكثيرة الفاصلة بينهما بعيد عن سنن الصواب عند المحال الواضح بجعله متعلقا بما يتصل به وهو قوله والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به وعن هذا قال صاحب النهاية في شرح قوله كما في الحوالة يعني ان الابراء مما لا يتقيد كالحوالة لان الحوالة على نوعين مطلقة ومقيدة وقال صاحب الكافي في تقرير هذا المقام والابراء يتقيد بالشرط وان لم يتعلق به كالحوالة فانها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحتال عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل انتهى وعلى هذا المنوال شرح جمهور الشراح هذا المقام ولم ار احدا ذهب الى كون قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله فيفوت بفواته سوى صاحب العناية والعجب منه ان ما صوره من المعنى لا يساعد ما ذهب اليه بل يناسب خلاف ذلك فانه قال يعني انه لما كان مقيدا بالشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيد بشرط السلامة ولا يخفى على الفطن ان قوله لما كان مقيدا بالشرط كان كالحوالة وقوله فان براءة المحيل مقيد بشرط السلامة انما يناسب كون قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله والابراء مما يتقيد بالشرط وانما المساعد كما ذهب اليه البيان فقال يعني ان الابراء لما كان فائتا بفوات الشرط كان كالحوالة فانها تفوت بفوات شرط السلامة على ان فوات الشيء بفوات الشرط فرع لصحة تقييد ذلك الشيء بالشرط وليس باصل مستقل في الكلام فكيف يحسن تعلق قوله كما في الحوالة بذلك دون اصله تبصر ترشد

قوله قال العبد الضعيف وهذه المسئلة على وجوه قال صاحب النهاية اي وجوه خمسة فوجه الحصر فيها هو ان رب الدين في تعليق الابراء باداء بعض الدين لا يخلو اما ان يبدأ بالاداء ام لا فان بدأ به فلا يخلو اما ان يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط ام لا فان لم يذكره فالوجه الاول وان ذكره فالوجه الثاني وان لم يبدأ بالاداء فلا يخلو اما ان يبدأ بالابراء ام لا فان بدأ فالوجه الثالث وان لم يبدأ بالابراء فلا يخلو اما ان يبدأ بحرف الشرط ام لا فان لم يبدأ فالوجه الرابع وان بدأ فالوجه الخامس انتهى كلامه

بخلاف ما اذا ابرأه عن خمسمائة فقبل الابراء عوضا ليتم [illegible] ومن حيث انه لا يصلح عوضا لا يقع مطلقا [illegible]

[illegible] الابراء [illegible] لان الابراء [illegible] الابراء [illegible] الابراء [illegible]

[illegible] الشرط [illegible] قال [illegible]

فصل [illegible] الدين [illegible] الشركة [illegible] الدين [illegible] الشركة [illegible]

قال [illegible] الشركة [illegible] الدين [illegible] الشركة [illegible]

وهكذا ذكر وجه الحصر في النهاية ايضا نقلا عن صاحب النهاية اقول فيه اشكال اما اولا فلانه جعل الوجه الثاني قسما مبدأ بالاداء مع انه لم يبدأ فيه بالاداء ومن بدأ بالاداء مع انه لم يبدأ فيه بالاداء بالمصالحة واما ثانيا فلانه جعل الوجه الرابع قسما مما لم يبدأ بالاداء مع انه بدأ فيه بالاداء كما ترى ويمكن الجواب عن كل واحد منهما بنوع عناية اما عن الاول فبان يقال ان المبدأ في الوجه الثاني وان لم يكن بالاداء صورة الا انه كان به معنى لان حاصل معناه اداء الى خمسمائة من الالف وانت بريء من الفضل على انك ان لم تفعل فالالف عليك على حاله فالمراد بان بدأ بالاداء ان بدأ فيما يتم به وجه المسئلة ويمتاز عن سائر وجوهها ولا يخفى ان الوجه الثاني يتم بما ذكرناه من حاصل المعنى ويمتاز عن سائر الوجوه واما المصالحة فانما ذكرت فيه لمجرد التفصيل والايضاح واما عن الثاني فبان يقال ليس المراد بالبداء بالاداء في وجه الحصر البداء بالاداء المطلق بل المراد به البداء بالاداء الموقت ولا يخفى انه لم يبدأ في الوجه الرابع بالاداء الموقت بل انما بدأ فيه بالاداء المطلق فاستقام التقسيم واجاب بعض الفضلاء عن الاشكال الاول بوجه آخر حيث قال فان قيل لم يبدأ في الوجه الثاني بالاداء بل بالمصالحة فلا معنى لجعله قسما مما بدئ فيه بالاداء قلنا ذلك مبني على اتحاده مع ما بدئ فيه بالاداء حكما فلينظر انتهى اقول ليس هذا الجواب بشيء لان اتحاده مع ما بدئ حكما لا يقتضي ولا يجوز جعله مما بدئ فيه بالاداء اذ الاتحاد في الحكم لا يستلزم الاتحاد في الذات ولا في الصفات كيف ولو جاز جعل الوجه الثاني مما بدئ فيه بالاداء بناء على اتحاده في الحكم مع ما بدئ فيه بالاداء وهو الوجه الاول لجاز جعل ما لم يذكره معه نظرا الى الباقي على المديون بسببا عن عدم الوفاء بالشرط مما ذكره معه ذلك بناء على الاتحاد في الحكم ايضا فلم يظهر وجه لجعل الوجه الاول والوجه الثاني قسمين مستقلين **قوله** بخلاف ما اذا ابدأ باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به من حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا اقول فيه بحث لان هذا وان افاد الفرق بين الوجهين الا انه ينافي ما تقرر في التعليل المذكور من قبل ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول لانه كما لا يثبت الاطلاق بالشك لا يثبت الشرط به ايضا فيلزم ان لا يثبت تقييد الابراء بالشرط في ذلك الوجه اذ لم يثبت تقييده اولا هناك كما يثبت اطلاقه اولا في الوجه الثالث حتى لا يزول بالشك بل ان اخذ التقييد هناك فانما يؤخذ من مقارنة الابراء بالاداء واذا كان الاداء مترددا بين ما يقتضي الاطلاق وما يقتضي التقييد كما ذكره هنا كان تقييده بالشرط مشكوكا غير ثابت وقد جزم في التعليل المذكور هناك من قبلهما بكون الابراء مقيدا بالشرط في ذلك الوجه وبين ذلك بما لا يزيد عليه فكان بين الكلامين تنافر فليتامل في التوفيق

فصل في الدين المشترك اخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لان المركب يتلو المفرد **قوله** واصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض قال في النهاية واما اذا اخذ بمقابلة نصيبه ثوبا ليس لصاحبه ان يشاركه في المقبوض بل الخيار للقابض على ما ذكرنا من تنصيص رواية المبسوط واشارة رواية الكتاب انتهى اقول فلقائل ان يقول اذا كان قبض احد الشريكين في الدين شيئا من الدين مخالفا لاخذ احدهما ثوبا بمقابلة نصيبه في حكم المشاركة في المقبوض لم يتحقق اتحاد في الحكم بين مسئلة ما اذا قبض احد الشريكين في الدين شيئا من الدين وبين مسئلة الكتاب فلم يظهر لجعل الاولى اصلا في الثانية كما فعله المصنف وغيره وجه حسن وانما يظهر حسن ذلك فيما اذا صالح احدهما عن نصيبه على دراهم او دنانير كما ذكرت هذه الصورة ايضا في المبسوط وما نحن فيه ليس من ذلك **قوله** ولحق المشاركة قال بعض الفضلاء الظاهر اسقاط لفظ الحق فان التحقق في الولد والثمرة حقيقتهما لا حقهما انتهى اقول بل الحق اقحام لفظ الحق لان الضمير في وله عائد الى صاحب الشريك القابض في الدين المشترك لا الى احد الشريكين في كل شيء وليس له حقيقة المشاركة في المقبوض والا لما نفذ تصرف القابض فيه قبل المشاركة وانما له حق المشاركة فيه فلو اسقط لفظ الحق ههنا عسى يتوهم ان يكون له حقيقة المشاركة كما في الولد والثمرة فاقحم لفظ الحق دفعا لذلك التوهم **قوله** ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه قال الشارح

ولا يستثنى بالمقاصة بين قسمة وبين دين لان الشريك لا يتبع الغريم في جميع ما ذكر لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة
يكون به حق المشاركة فلا يشاركه في تسليمه لانه لم يرض الشريك القابض الا بتسليم ما في ذمة الغريم لا بتسليم

قائله هذا الاستدراك جواب سؤال مقدر وهو ان يقال فلو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لاحد الشريكين التصرف في الثمرة والولد بغير اذن الآخر اقول نعم كذلك لكن يرد عليه انه وان تم جوابا عن ذلك السؤال الا انه مناف لما تقرر آنفا من ان لصاحبه حق المشاركة في المقبوض لانه قال في تعليله لان العين غير الدين علم منه ان ما قبضه احد الشريكين غير ما اشتركا فيه لا عينه ولما قال وقد قبضه بدلا عن حقه علم منه ان ما قبضه ليس بدلا عن المشترك بينهما كما انه ليس عين ذلك بل هو بدل عن حصة القابض فقط فكيف يتصور ان يثبت للشريك الساكت حق المشاركة في المقبوض الذي ليس هو عين ما اشتركا فيه ولا بدلا عنه فتامل ثم ان هذا مخالف لما ذكر في شرح الاقطع في تعليل قوله وان شاء اخذ نصف الثوب في جواب مسئلة الكتاب بان قال لان الصلح وقع على نصف الدين وهو مشاع لان قسمة الدين حال كونه في الذمة لا يصح وحق الشركة متعلق بكل جزء من الدين فصار عوض الثوب نصفه من حقه فوقف على اجازته واخذه النصف دلالة على دلالة العقد فصح ذلك وجاز فان ضمن له شريكه ربع الدين لم يكن له على الثوب سبيل لان حقه في الدين انتهى فان الظاهر ان يكون ما قبضه احد الشريكين في الدين بدلا من حقهما معا لا من حق القابض فقط **قوله** والاستيفاء بالمقاصة بينه وبين الدين هذا جواب عن سؤال مقدر وهو ان يقال ثبت انه ملكه بعقده ولكن كان عقده ببعض دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض فكيف يقولون لا سبيل للشريك على الثوب في البيع فاجاب بان الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى الغريم من نصيبه عند العقد لا تنافي ذلك لان النقود عينا كانت او دينا لا تتعين في العقود وكذا في عامة الشروح قال صاحب العناية بعد ذلك فان قيل في هذا الجواب ورد سؤال آخر وهو ان قسمة الدين قبل القبض لا يصح وفي المقاصة بدينه الخاص يلزم قسمة الدين قبل القبض قلنا قسمة الدين قبل القبض انما لا تجوز قصدا اما ضمنا فجائز وههنا وقعت قسمة الدين في ضمن صحة المشتري كما وقعت في المسئلة الاولى في ضمن صحة المصالحة انتهى كلامه وقد اقتفى اثره صاحب معراج الدراية وقال صاحب العناية بعد تقرير السؤال المقدر وجواب المصنف رحمه عنه واذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانها لزمت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها انتهى اقول في تحرير صاحب العناية قصور فانه فرع اندفاع توهم قسمة الدين قبل القبض على ظهور المقاصة مع ان ذلك التوهم انما نشأ من المقاصة اذ لو لم تحقق المقاصة لكان الاشتراك في الثوب المقبوض في البيع ايضا بناء على الاشتراك فيما اضيف اليه العقد من بعض الدين المشترك فلا يتوهم القسمة قبل القبض اصلا ولهذا فرع غيره ورد السؤال بلزوم القسمة قبل القبض على تحقق المقاصة ثم اقول لا احتياج عندي ههنا الى التشبث بجواز القسمة قبل القبض ضمنا اذ لا وجه للتوهم المذكور اصلا لانه ان لم يكن للشريك الساكت سبيل على الثوب في بناء على كون استيفاء الشريك القابض في البيع بالمقاصة كان له سبيل على ما استوفاه من الدين المشترك بالمقاصة حيث كان له ان يضمنه نصفه وهو ربع الدين فلا مجال لتوهم قسمة الدين قبل القبض ضرورة ان لا سبيل لاحد الشريكين على شيء مما استوفاه الآخر بعد وقوع القسمة لا يقال تلك الضرورة في القسمة القصدية دون الضمنية والمتوهم ههنا مطلق قسمة الدين قبل القبض فلا بد من المصير الى ان يقال قسمة الدين قبل القبض قصدا غير لازمة واما ضمنا فلازمة ولكنها جائزة لانا نقول تلك الضرورة ثابتة قطعا في القسمة الصحيحة بعد ان وقعت سواء كانت قصدية او ضمنية فلو سلم وقوع قسمة الدين قبل القبض ضمنا ههنا واعترف بصحتها لزم ان لا يكون للشريك الساكت سبيل على ما استوفاه القابض من الدين المشترك بالمقاصة ايضا فلزم ان لا يضمنه ربع الدين وقد تقرر ان له ان يضمنه ذلك فالمسلك الصحيح ان لا يسلم لزوم قسمة الدين قبل القبض فيما نحن فيه لا قصدا ولا ضمنا كما قررناه **قوله** ولا شريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فلا ان لا يشاركه اقول فيه كلام وهو انه ان كان حق الشريك الساكت باقيا في ذمة الغريم وكان ما استوفاه القابض نصيب نفسه حقيقة كان ثبوت حق المشاركة

ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض ولو ابرأ عن نصيبه فكذلك لانه لا فرق بين قبض
ولو ابرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على الباقي من سهامهم ولو ابرأ احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عند ابي حنيفة لانه دين قسمة الدين قبل القبض ولو
ابرأهما عينا منه المشتري شيئا فاستحق ذلك الشيء فرجع بنصيبه قبض كل الآخر ان عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله وفي ظاهر الرواية كذا الصلح عليه عن جناية العمد **قال** وان صالح المسلم بن
فيها كان الصلح احدهما عن نصيبه على ان المال لهما يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف لا يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه

للساكت فيما استوفاه القابض شكا غير معقول المعنى لحصر ان هذا مخالف لما ذكر في غاية البيان وغيرها في صدر هذه المسائل من الاصل ان الصحيح المرجح عليه بان يقال
الاصل هنا ان الدين المشترك الذي يثبت بسبب واحد للشريكين اذا قبض احدهما شيئا منه فالمقبوض من النصيبين انا لو جعلناه من نصيب احدهما لكنا قسمنا
الدين مال كونه في الذمة وقسمة الدين حال كونه في الذمة لا تجوز والدليل على ذلك هو ان القسمة تمييز الحقوق وذلك لا يتأتى فيما في الذمة ولان القسمة فيها معنى
التمليك لان كل واحد من المقتسمين يأخذ نصف حقه ويأخذ الباقي عوضا عما في يد الآخر وتمليك الدين لغير من في ذمته لا يجوز فاذا ثبت هذا كان المقبوض من احدهما
فكان لشريكه ان يأخذ نصف المقبوض بعينه انتهى فتامل قال صاحب العناية في تعليل قول المصنف فله ان لا يشاركه لئلا يتقلب ماله عليه فانه خلف باطل اقول
فيه نظر لانه يستلزم ان لا يثبت له حق المشاركة اصلا بل يتعين له عدم المشاركة وهذا ظاهر لزوما وبطلانا **قوله** ولو وقعت المقاصة بدين كان من قبل لم يرجع عليه
الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض اقول فيه شيء وهو انه يلزم في هذه المقاصة قسمة الدين قبل القبض وما لا يجوز وليس ههنا عقد حتى تجوز في ضمنه كما لو
في صورة البيع اللهم الا ان يحمل نفس المقاصة نوع عقد او شبه عقد وتجوز قسمة الدين قبل القبض في ضمنها ايضا **قوله** ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة
الدين قبل القبض قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقالا يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز احد النصيبين عن الآخر باتصاف احدهما بالحلول والآخر
بالتأخير وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لانه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز بعضه عن بعض واقائل ان يقول بتأخير البعض هل تميز احد النصيبين
عن الآخر اولا فان تميز بطل قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وان لم يتميز بطل قولكم لامتياز احد النصيبين عن الآخر كذا وكذا والجواب عنه ان تأخير البعض
عنه يستلزم التمييز بذكر ما توجبه فيما يستحيل ذلك فيه فمعنى قوله لامتياز احد النصيبين لاستلزام التأخير الامتياز فان قيل فقد جوزوا ابراء احدهما عن نصيبه وذكر الابراء
يوجب التمييز بكون بعضه مطلوبا وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك اجيب بان القسمة تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة الابراء بموجود فلا قسمة اصلا
هنا كلامه اقول في الجواب الثاني بحث لان عدم تحقق القسمة في صورة الابراء بموجود بسبب عدم تحقق مقتضاها لا يدفع السؤال الثاني لان حاصله نقض ما ذكر
في الجواب الاول بان ذكر ما يوجب التمييز تحقق في صورة الابراء ايضا فلو استلزم مجرد ذلك قسمة الدين قبل القبض في صورة التأخير لاستلزامها في صورة
الابراء ايضا واما عدم تحقق القسمة بسبب تخلف مقتضاها فامر مشترك بين الصورتين لان القسمة كما تقتضي وجود النصيبين كذلك تقتضي كون كل واحد
من النصيبين قابلا للتمييز عن الآخر وتمييز بعض الدين عن بعض غير متصور فلا قسمة في الدين لا في صورة الابراء ولا في صورة التأخير كيف ولو امكن القسمة
في الدين لما بطلت قسمة الدين قبل القبض فاذا لم يتصور حقيقة القسمة في الدين لا في صورة الابراء ولا في صورة التأخير بقي اصل النقض على حاله فتدبر
قوله وكذا الصلح عليه عن جناية العمد قال في النهاية ومعراج الدراية قيل انما قيد بجناية العمد لان في جناية الخطاء يرجع ولكن ذكر في الايضاح
مطلقا فقال ولو شج الطالب المطلوب موضحة فصالحه على حصة لم يلزمه الشركة شيء لان الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح انتهى وقال في العناية بعد ما ذكر فيها
دارمي انه قيد بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا الشيء انتهى واورد بعض الفضلاء حيث قال فيه ان العاقلة لا يعقل صلحا على ما يجيء انتهى اقول هذا ساقط جدا لان العاقلة انما لا تعقل الا مثل الذي
يجب بالصلح وهو الذي يجيء في كتاب الديات ولا يكون ذلك الا في الصلح عن جناية العمد وانما مراد صاحب العناية ههنا لان الارش قد يلزم العاقلة بجناية
الخطاء ثم يصالح عنه على مال اعطاه الجاني فهي مثله اذا وقع الصلح على نصيب الجاني من الدين المشترك لم يكن الجاني في الصلح مقتضيا الشيء اذ الارش
لم يلزمه حتى يكون مقتضيا له بل قد لزم العاقلة فاين ما اراده مما اورده ذلك المراد ثم اقول بقي كلام فيما قاله صاحب العناية اما اولا فلان القاتل يدخل مع العاقلة
عندنا فيكون فيما يؤدي كاحدهم على ما يجيء في كتاب المعاقل فلم يتم قوله فلم يكن مقتضيا الشيء اذ قد كان مقتضيا لقدر لزمه ان يؤديه مع العاقلة واما ثانيا فلان

وفي الاشباه لو جازت نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جازت في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر عند كل شيء العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد
والعقد [illegible] وصار المسلم [illegible] فيه [illegible] عليه [illegible] سقوطه [illegible] قال [illegible] تركة [illegible] قال [illegible] تركة [illegible] عطوا [illegible]
[illegible] عن [illegible] قبض [illegible] من [illegible] قبض [illegible] تركة [illegible] من [illegible] نصيبه [illegible] تركة [illegible]
[illegible] تركة [illegible] من [illegible] نصيبه [illegible] تركة [illegible] قال [illegible] ولو كان [illegible] تركة [illegible] الصلح [illegible] الصلح [illegible]
[illegible] الدين [illegible] الصلح [illegible] الدين [illegible] الصلح [illegible] الدين [illegible] الصلح [illegible] الدين [illegible] الصلح [illegible]

اذ كره انما يقتضي اطلاق الجناية لا تقييدها بالعمد فان المصالح اذا لم يكن مقتضيا للشيء لزم ان لا يرجع شريكه عليه كما في الصلح من جناية العمد فلم يظهر للتقييد وجه فليتأمل

قوله ولهما انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر يعني انه لو جاز اما ان جاز في نصيبه خاصة او في النصف
من النصيبين فان كان الاول لزمه قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا يظهر الا بالتعيين ولا تمييز الا بالقسمة واللازم باطل وان كان الثاني فلا بد من
اجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه اقول فيه نظر اما اولا فلان الدليل منقوض بسائر الديون لانه جاز فيها بعينه كما لا يخفى مع تخلف الحكم المذكور وهو عدم جواز
الصلح كما تقرر في دليل ابي يوسف رح واما ثانيا فلان قسمة الدين في الذمة انما لا يجوز اذا كانت قصدا واما اذا كانت ضمنا فيجوز كما صرحوا به وقد مر من قبل وفي
الشق الاول من الترديد المذكور انما لزمه قسمة العين قبل القبض في ضمن عقد الصلح فلا محذور في اللازم **قوله** ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا شاركه فيه رجع
المصالح على من عليه بذلك فيعود الى عود المسلم بعد سقوطه وقال صاحب العناية اخذا من شرح تاج الشريعة واعترض بان هذا المعنى موجود في الدين المشترك
اذا استوفى احدهما نصفه فاذا شاركه صاحبه في النصف يرجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه واجيب بانه اخذ بدل الدين واخذه يوذن بتقرير
البدل لا بسقوطه بل يتقاصان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه لان الديون تقضى بامثالها وفي المسلم يكون فسخا والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب
انتهى كلامه اقول للمعترض ان يعود ويقول هذا المعنى موجود ايضا فيما اذا اشترى عبدا فاقال احدهما في نصيبه والفرق المذكور في الجواب المزبور لا يتمشى فيه لان
الاقالة فسخ عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد ذكر في آخر الجواب ان المفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب ولم يتجدد السبب في تلك الصورة قطعا فينتقض الدليل
المذكور بها ويمكن الجواب عنه بمنع جريان قوله لو جاز لشاركه في المقبوض في صورة الاقالة في العين بناء على جواز تفرد احدهما بالرفع في العين كما فهم من قول المصنف رح
بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قائم بهما فلا ينفرد احدهما برفعه فلم يوجد المعنى المذكور في تلك الصورة فلا انتقاض بها تأمل تقف

فصل في التخارج التخارج تفاعل من الخروج ومعناه ان يتصالح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بشيء معلوم وانما اخره لقلة وقوعه اذ قلما يرضى
احد ان يخرج من البين بغير استيفاء نصيبه او لوقوعه بعد الحيوة **قوله** وفيه اثر عثمان رضي الله عنه فانه صالح ثماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رض

عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار قال في غاية البيان والاصل في جواز التخارج ما روى محمد بن الحسن رح في الاصل في اول كتاب الصلح عن ابي يوسف رح
عمن حدثه عن عمرو بن دينار ان احدى نساء عبد الرحمن بن عوف رض صالحوها على ثلثة وثمانين الفا على ان اخرجوها من الميراث وقال محمد رح ايضا حدثنا ابو يوسف رح
عمن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس رض انه قال تتخارج اهل الميراث وكذلك روى الحاكم الشهيد عن عمرو بن دينار ان احدى نساء عبد الرحمن بن عوف رض
صالحوها على ثلثة وثمانين الفا على ان اخرجوها من الميراث وقد اثبت شمس الائمة السرخسي رح علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي لفظ الكافي كما فيه من غير
تغيير الا ان شمس الائمة السرخسي قال وهي تماضر طلقها في مرضه فاختلف الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الثمن وكانت اربع نسوة واولاد فحط ربع الثمن
بزيادة من اثنين وثلثين جزءا من التركة فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من اربعة وستين جزءا واخذت بهذا الحساب ثلثة وثمانين الفا وقد ذكر محمد رح الالف مطلقا
ولم يفسر انها دراهم او دنانير وذكر ثلثة قبل الثمانين ولم يذكر اسم المصالحة ولم يذكر ان عبد الرحمن عن كم نسوة مات وصاحب الهداية لم يذكر الثلثة قبل الثمانين وفسر
الثمانين بالدينار الى هنا لفظ غاية البيان وهذا ابسط ما ذكر في جملة الشروح ههنا غير انه ذكر في سائر الشروح انه ذكر في كتب الحديث ثلثة وثمانين الف دينار

قوله واذا كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب او فضة فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة
بحقه من بقية التركة احترازا عن الربوا اما اذا كان ما اعطوه اقل من نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لانه تبقى الزيادة على الماخوذ من جنس ذلك من غير جنسه خالية عن العوض

في الوجهين ضرر لبقية الورثة ولا وجه ان يقال المصالح مقدار نصيبه ونصيب سواه اولا ام الدين لبريئة لهم على استيفاء نصيبه من التركة

وكذلك اذا كان ما اعطوه مثل نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لانه تبقى الزيادة على الماخوذ من جنس ذلك ومن غير جنسه خالية عن العوض فتعذر تجويزه بطريق المعاوضة في
هاتين الصورتين للزوم الربوا ولا يصح تجويزه بطريق الابراء عن الباقي ايضا لان التركة عين والابراء عن الاعيان باطل كذا في الذخيرة وفي كثير من شروح هذا الكتاب اقول عدم صحة تجويز ذلك بطريق
الابراء عن الباقي منظور فيه عندي لان الابراء عن نفس الاعيان وان كان باطلا الا ان البراءة عن دعوى الاعيان صحيحة كما صرحوا به وقد مر في الكتاب
فلم لا يصح تجويز الصلح عن الاقل والمثل فيما نحن فيه بطريق البراءة عن دعوى الباقي وحمل كلام العاقل على الصحة واجب مهما امكن فان قلت قد مر في الكتاب
انه لو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لان قبضه عين حقه وهو على دعواه في الباقي وما نحن فيه نظير تلك المسئلة فاذا لم يصح الصلح هناك فكيف
يصح ههنا قلت قد مر ايضا في الشروح هناك ان ما ذكر جواب غير ظاهر الرواية واما في ظاهر الرواية فانه صحيح وقد ذكر في الذخيرة وفي فتاوى قاضيخان ايضا
اختلاف جواب ظاهر الرواية وجواب ظاهر الرواية في تلك المسئلة حتى قال في الذخيرة هناك وجه ظاهر الرواية ان الابراء لا في عينا ودعوى والابراء عن
الدعوى صحيح وان كان الابراء عن العين لا يصح واما فيما نحن فيه فالجواب عدم صحة الصلح برواية واحدة لا غير على ما ذكر في جميع الكتب فيرد عليه ما اوردناه
من النظر كما لا يخفى وقال الحاكم ابو الفضل انما يبطل الصلح على مثل نصيبه من الدراهم وعلى اقل من نصيبه من الدراهم حالة التصادق واما حالة المناكرة فالصلح
جائز لان حالة المناكرة المعطي يعطي المال لقطع المنازعة ويفدي به يمينه فلا يكون الربوا كذا في الذخيرة والتتمة ونقل عنها في النهاية ومعراج الدراية قال
الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد قال ابو الفضل يعني الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على اقل من نصيبهما من العين في حالة التصادق
اما في حالة المناكرة فالصلح جائز لانه ان لم يكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه اسقاطا ثم قال الامام الاسبيجابي والصحيح انه باطل في الوجهين لانه يكون معاوضة في
حق المدعى فيدخل فيه معنى الربوا من الوجه الذي قلنا انتهى وهكذا نقل عنه في غاية البيان وقال الامام فخر الدين قاضيخان في فتاواه قال الحاكم الشهيد
انما يبطل الصلح عن اقل من حصتهما من مال الربوا في حالة التصادق اما في حالة الجحود والمناكرة يجوز الصلح ووجه ذلك ان في حالة الانكار ما يوخذ لا يكون
بدلا لا في حق الآخذ ولا في حق الدافع انتهى كلامه اقول في الوجه الذي ذكره قاضيخان اشكال لان عدم كون الماخوذ بدلا في حق الدافع ظاهر مسلم واما عدم
كون ذلك بدلا في حق الآخذ فممنوع فان قلت انما لا يكون الماخوذ بدلا في حق الآخذ ايضا لامكان تصحيح هذا الصلح بدون الحمل على المعاوضة بحمله على اخذ عين
الحق في قدر الماخوذ واسقاط الحق في الباقي كما قالوا في الصلح عن الدين باقل من جنسه قلت الكلام في الصلح عن اعيان التركة والابراء عن الاعيان باطل
على ما صرحوا به فلو امكن تصحيح هذا الصلح في حالة المناكرة بحمله على اخذ بعض الحق واسقاط البعض الآخر لامكن تصحيحه في حالة التصادق ايضا بذلك الطريق لعدم
الفارق بين الحالتين في ذلك المعنى قطعا وقد اجمعوا على عدم امكان تصحيحه اصلا في حالة التصادق نعم يبقى لنا الكلام في هذا المقام بانه لم لا يجوز تصحيح هذا الصلح
في الحالتين معا بحمله على البراءة عن دعوى الباقي من اعيان التركة لا عن نفس تلك الاعيان والباطل هو الثاني دون الاول كما قررناه من قبل قوله

وفي الوجهين ضرر بقية الورثة لعدم رجوعهم على الغرماء كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وقالوا في سائر الشروح اما في الوجه الاول فان بقية الورثة لا يكنهم الرجوع
على الغرماء وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة انتهى قال بعض الفضلاء بعد نقل المعنى الاول عن الكفاية هذا
هو الحق لا ما في سائر الشروح من لزوم النقد بالنسبة في الصورة الثانية اذ لا نسيئة عند التبرع فليتامل انتهى اقول قد يكون التبرع في نفس المال بان يعطيه على ان
لا ياخذ عينه ولا بدله من بعد وقد يكون في نقده وتعجيله بان يعطيه في الحال عند عدم وجوب اعطائه عاجلا عليه وهذا لا ينافي ان ياخذ عينه او بدله في الثاني
فلما كان قول المصنف رح في الوجه الثاني متبرعين محتملا لكل واحدة من صورتي التبرع حمله بعض الشراح على الصورة الاولى لتبادرها فقال ضرر بقية الورثة في الوجهين

ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت التركة
غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين وقيل انه يجوز لانها لا تفضي الى المنازعة
لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم تملكها الوارث وان لم يكن
مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتعلق حاجة الميت ولو فعلوا قالوا لا يجوز وذكر الكرخي في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا

معا بعدم وجوعهم على الغرماء وحمله اكثر الشراح على الصورة الثانية لقلة الضرر فيها وتفاحش الضرر في الصورة الاولى فيفسر والضرر في الوجهين بالمعنيين المختلفين
فقول ذلك القائل في الرد عليهم اولا انه عند التبرع ناش من المنقول عن الصورة الثانية من التبرع واعلم ان صدر الشريعة حمل معنى الوجه الثاني في شرح
الوقاية على ما حمل عليه اكثر شراح هذا الكتاب حيث قال والثانية ان بقية الورثة يودون الى المصالح نصيبه نقدا ويحتمل لهم حصته من الدين على الغرماء وفي هذا الوجه
يتضرر بقية الورثة لان النقد خير من الدين انتهى ولكن خالف في توجيه الوجه الاول صاحب الهداية وشراح كتابه خاطبته وسائر المحققين كصاحب الكافي وغيره حيث قال
الحيلة الاولى ان يشترطوا ان يبرئ المصالح الغرماء عن حصته من الدين ويصالح عن اعيان التركة بمال وفي هذا الوجه فائدة لبقية الورثة لان المصالح
لا يبقى له على الغرماء حق لان حصته تصير لهم انتهى كلامه اقول فيه بحث لان ما ذكره انما يفيد ثبوت الفائدة للغرماء لا لبقية الورثة فان قيل اذا لم يبق للمصالح
على الغرماء حق يسهل للغرماء اداء حصص بقية الورثة فيحصل من هذه الجهة فائدة لبقية الورثة قلنا ان حصل لهم فائدة من تلك الجهة يحصل لهم الضرر من جهة ان حصة
المصالح لا تصير لهم فقوله لان حصته تصير لهم حجة له عليه لا له فلا وجه لذكره في تعليل فائدة لبقية الورثة ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح زاد في الطنبور نغمة
حيث قال في هذا المقام وفي هذا الوجه نوع ضرر لسائر الورثة حيث قال لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح ونوع نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق
على الغرماء فنقصان ذلك الضرر بخير هذا النفع وقال في حاشيته فيه دخل لصاحب الهداية حيث اعتبر الضرر المذكور ولم يعتبر النفع ولصدر الشريعة حيث عكس انتهى
اقول فيه ايضا بحث اذ لا يخفى على الفطن ان عدم تمكن سائر الورثة من الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح وضياع ذلك القدر من مال التركة بالكلية
ضرر فاحش لهم لا يجبر بمجرد ان لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فان النفع فيه لسائر الورثة امر وهمي من جهة تاديه الى سهولة اداء الغرماء حصص باقي الورثة فاين
هذا من ذاك فالحق ما ذكره صاحب الهداية **قوله** ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا
بين هذا في كثير من الشروح بان كان له في التركة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح او اقل وهكذا ذكر في الذخيرة ايضا اقول فيه خلل لان
نصيبه من ذلك اذا كان اقل من بدل الصلح لا يلزم الربوا اذ يكون نصيبه من ذلك حينئذ بمثله من بدل الصلح ويكون زيادة البدل بحقه من بقية التركة
كما مر في الكتاب فيما اذا كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب او فضة من انه لا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس
حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربوا فالحق في البيان ههنا ان يقال بان كان في التركة مكيل او موزون ونصيبه من
ذلك مثل بدل الصلح او اكثر ولقد اصاب صاحب غاية البيان حيث علل قوله لاحتمال الربوا بقوله لانه يجوز ان يكون في التركة كيلي او وزني وبدل الصلح مثل
نصيب المصالح من ذلك او اقل لان ما زاد على بدل الصلح من نصيب المصالح يكون ربوا انتهى فانه اعتبر القلة في جانب بدل الصلح لا في جانب نصيب المصالح
من ذلك على عكس ما اعتبره الآخرون فكان صاحب الكافي ايضا بينه لما ذكرناه من الخلل فاكتفى بذكر المثل حيث قال في تعليل هذا القيل لاحتمال ان يكون
في التركة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربوا انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية ولكن الاوجه ان يزاد عليه قيدا واكثر كما بينا
عليه آنفا لان فيه توسيع دائرة احتمال الربوا كما لا يخفى **قوله** وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة لاحتمال ان لا يكون في التركة من ذلك الجنس وان كان فيحتمل ان يكون
نصيبه من ذلك اكثر مما اخذ او اقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة كذا في العناية وعلى هذا المنوال ذكر في الذخيرة وكثير من الشروح وكتب بعض الفضلاء على قول
صاحب العناية فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر او اقل فيه بحثا اقول لعل مراده بالبحث انه على تقدير ان يكون نصيبه اقل مما اخذه لا يلزم الربوا لما بينا
في امر خلا وجه لذكره في اثناء بيان احتمال الربوا لكنه سائغ ههنا لان مراد صاحب العناية وغيره فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر فيلزم الربوا او اقل فلا يلزم

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سميت بذلك

الربوا لانه على كل تقدير يلزم الربوا فانهم بصدد بيان شبهة الشبهة التي ليست بمعتبرة فلا بد لهم من بيان احتمال كل واحد من جانبي الصحة والفساد الايرى الى قولهم لاحتمال ان لا يكون في التركة من ذلك الجنس فان الاحتمال احتمال جانب الصحة قطعا كيف ولو كان الاحتمال مقصورا على جانب الفساد كان اللازم حقيقة الربوا لا شبهة الربوا فضلا عن شبهة الشبهة تامل تقف ثم اعلم ان صاحب الاصلاح والايضاح بعد ما بين الاختلاف في هذه المسئلة على ما ذكر في الكتاب قال والقائل ان يقول حق الجواب التفصيل بان يقال ان كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز وان لم يكن يجوز وان لم يدر حال التركة فعلى الاختلاف انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلانه لا احتياج ههنا الى ما ذكره من التفصيل اصلا اذ الشقان الاولان من تفصيله قد استغنى عنهما بالمسئلتين المذكورتين سابقا على استقلال احدهما قوله وان كانت التركة فضة او ذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب او فضة الى آخره واخرهما قوله في اول الفصل واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقارا او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا واما ثانيا فلان التفصيل الذي ذكره لا يخلو عن اختلال لان قوله ان كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز لا يصح على اطلاقه فانه اذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان ما اعطوه اكثر قدرا من نصيب المصالح من ذلك الجنس يجوز الصلح قطعا كما مر مفصلا ومدللا وكذا اذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان فيها دراهم ودنانير وكان بدل الصلح دراهم ودنانير ايضا يجوز الصلح قطعا كما مر ايضا مستوفا واما ثالثا فلان مسئلتنا هذه لا يقبل التفصيل المذكور جدا اذ قد اعتبر فيها كون اعيان التركة غير معلومة فان عبارة هذا الكتاب في هذه المسئلة هكذا ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز وقيل يجوز وعبارة الوقاية وكذا عبارة متن ذلك القائل في هذه المسئلة هكذا وفي صحة الصلح عن تركة جهلت على مكيل وموزون اختلاف انتهى فكيف يتصور في هذه الصورة التفصيل المزبور فهلا هي منحصرة في الشق الثالث منه وهو ما لم يدر حال التركة فالجواب بالاختلاف لا غير على ما ذكر في الكتب المعتبرة عامة

كتاب المضاربة

قد مر وجه المناسبة في اول كتاب الاقرار والمضاربة في اللغة مفاعلة من ضرب في الارض اذا سار فيها قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله يعني الذين يسافرون في الارض للتجارة وسمي هذا العقد بها لان المضارب يسير في الارض غالبا طلبا للربح وفي الشريعة عبارة عن عقد على الشركة بمال من احد الجانبين وعمل من الآخر كما سياتي في الكتاب وقال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه وهي في الشريعة عبارة عن دفع المال الى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطا اقول فيه قصور اذ الظاهر ان المضاربة في الشريعة ليست نفس الدفع المزبور بل هي عقد يحصل قبل ذلك او معه وركنها الايجاب والقبول بالفاظ تدل عليها مثل ان يقول رب المال دفعت هذا المال اليك مضاربة او مقارضة او معاملة او خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله فهو بيننا على كذا او يقول المضارب قبلت او ما يؤدي هذا المعنى وشروطها كثيرة تذكر في اثناء المسائل قال في العناية وشروطها نوعان صحيحة وهي ما يبطل العقد بفواته وفاسدة يفسد في نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سياتي ذكر ذلك انتهى اقول فيه قصور لان الشروط الفاسدة ايضا نوعان نوع يفسد العقد ايضا ونوع يفسد في نفسه ويبقى العقد صحيحا نص عليه ههنا في النهاية وسياتي التصريح به في الكتاب ايضا وعبارة العناية تشعر بانحصار الشروط الفاسدة في النوع الثاني منها فكانت قاصرة وحكمها الايداع والوكالة والشركة بحسب الاوقات كما اشير اليه في المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها على ما فصل في النهاية قال في العناية وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح اقول فيه خلل اما اولا فلان حكمها عند الدفع هو الايداع وانما الوكالة حكمها عند التصرف والعمل كما نص عليه في كثير من المعتبرات حتى المتون الايرى الى ما قال في الوقاية وهي ايداع اولا وتوكيل عند عمله وشركة ان ربح واما ثانيا فلانه لم يذكر الايداع

من المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهو ابن سماعة عن ابي حنيفة ليس لان الناس بين غني المال على من تصرف فيه وبين كونه في يده وهو مبضعة
فسقت بحجة ادخرها لنوم من يستحق مصلحة الغني وفي ذلك وتقدير يغني بالبعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس بين اسرته فقرهم عليه
به ضرورة فلما كان المضارب امينا في يده قبضه يد مالكه على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه ايضا ولا يستحق فيه اجرا ولا
فيه شيء من الربح وان شرط فهو فاسد حتى استوجب العامل اجر مثله وان خالف كان غاصبا لوجود التعدي من غير قال مضاربة
عقد توجب على شركة بين اهل الجانبين والشركة في الربح وهو يستحق بالمال من الجانبين ويحصل من الجانب الآخر مضاربة بدونه ولا يكون شرطا لكلمة الباء في الصلة وتوسطه
للمضاربة كان وجه قال اي المضارب للمال الذي تعطيه بدنك وقد تقدم بيانه من قبل او لم يتعرض وقال بعد العمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه كيل او اجارة
من الصحة وكذا اذا قال له ابتغ على ثمن ما اعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال العمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا يصح للمضاربة

عنه بيان حكمها وهو حكم لها ايضا يثبت بها او لا على ما صرح به في عامة الكتب وقال في الكافي والكفاية وحكمها انواع ايداع ووكالة وشركة واجارة وغصب اقول فيه
ايضا خلل لان معنى الاجارة انما يظهر اذا فسدت المضاربة ومعنى الغصب انما يتحقق اذا خالف المضارب فكان متعديا كما سيأتي وكلا الامرين ناقض لعقد المضاربة
منافي لصحتها فكيف يصح ان يجعل الاجارة والغصب حكما من احكامها وحكم الشيء ما يثبت به والذي يثبت ثمنا فيه لا يثبت به قطعا لا يقال ان الاجارة والغصب وان
لم يصلحا ان يجعلا حكما للمضاربة الصحيحة الا انهما تصلحان ان يجعلا حكما للمضاربة الفاسدة فيصل درجها في احكام المضاربة يريد باحكامها احكام مطلق المضاربة صحيحة
كانت او فاسدة لانا نقول لا شك ان ما ذكر في قرابتها من كنها وشرطها وغيرهما انما يراد به ما كان للمضاربة الصحيحة لا غير نفي احكامها ايضا لا بد ان يكون كذلك
ولئن سلم صحة التعميم للمضاربة الفاسدة ايضا في الاحكام والغصب ليس من احكام المضاربة الفاسدة ايضا لان حكم المضاربة الفاسدة على ما صرح به في البدائع
بل في الكتاب ايضا فيما يجيء ان يكون للعامل اجر مثل عمله ولا شك ان ليس للغاصب اجر قط لكونه متعديا فلا مجال لجعل الغصب من احكام المضاربة في شيء

قوله لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله قال الشارح العيني فيه مناقشة لان المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله حتى لو سعى وعمل ولم يظهر ربح لا يستحق شيئا انتهى
اقول ليس هذا بشيء لان المباني قوله بسعيه وعمله للسببية والمعنى ان المضارب يستحق الربح بسبب سعيه ووظيفة السبب مجرد الايصال والافضاء الى المسبب في الجملة
لا التأثير فيه وانما التأثير وظيفة العلة وقد عرف ذلك كله في الاصول فتخلف استحقاق الربح عن سعي المضارب وعمله عند عدم ظهور الربح لا يخل بصحة الكلام المذكور اصلا

قوله ولو وقع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة قال صاحب النهاية في بيان
التعليل اي لان عقد المضاربة مشتمل على الوكالة والاجارة كما عرف وكل واحد منهما يقبل الاضافة الى زمان في المستقبل فيجب ان يكون المشتمل عليهما وهو عقد
المضاربة قابلا للاضافة الى زمان في المستقبل ايضا لئلا يخالف الكل الجزء انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في هذا البيان غير انه قال والاجارة بالراء او الاجازة
بالزاي اقول فيه بحث اما اولا فلان المضاربة بالمال الفاسد لم تصر اجارة بالراء كما صرح به وكما مر في الكتاب آنفا والمدعى هنا صحة عقد المضاربة في الصورة المذكورة
والمضاربة الصحيحة لا تشتمل على الاجارة بالراء اصلا بل تخالفها قطعا فلا معنى لدرجها في تعليل صحة عقد المضاربة في الصورة المذكورة واما ثانيا فلان لزوم عدم صحة الكل
الجزء ممنوع فانا نعلم قطعا مخالفة الكل لاجزائه الخارجية والعقلية في كثير من الاحكام الا يرى ان الواحد جزء من الاثنين والاول فرد لا زوج والثاني زوج
لا فرد الى غير ذلك من المخالفات البينة على ان المخالفة بين المضاربة وبين الوكالة والاجارة ايضا متحققة قطعا في كثير من الاحكام منها ان الوكيل لا يستحق
الربح ولا يشترك فيه مع الموكل والمضارب يستحق ذلك ويشترك فيه مع رب المال وان الاجير يستحق به الاجر ولا يستحق الربح والمضارب على العكس الى غير ذلك
واما ثالثا فلان الوكالة والاجارة لا يحتملان الجزئية من المضاربة اما الوكالة فلانهم اتفقوا على انها حكم من احكام المضاربة ولا شك ان حكم الشيء خارج عنه مترتب
عليه لا ركن داخل فيه واما الاجارة فلانها ايضا حكم من احكامها على ما ذكره البعض وشيء مناف لصحتها مضاد لها على مقتضى التحقيق كما مر وعلى كلا التقديرين
لا تصلح الجزئية منها فحديث الجزئية في تمشية التعليل المذكور مما لا وجه له ولم ار احدا حام حوله سوى الشارحين المذكورين فالوجه في تمشية ذلك تقرير صاحب الكافي
حيث قال لانه لم يضف المضاربة الى العرض وانما اضاف الى ثمنه والثمن مما يصح المضاربة به والاضافة الى زمان في المستقبل يجوز لانه وكالة او وديعة
او اجارة وليس في شيء من ذلك ما يمنع صحة الاضافة الى زمان في المستقبل انتهى نعم فيه ايضا شيء مما مر وهو ان المضاربة انما تصير اجارة بعد فساد لا في حال
صحتها فلا معنى لدرج الاجارة في تعليل صحتها في الصورة المذكورة اللهم الا ان يكون درجها فيه على سبيل المبالغة كانه قيل ليس في عقد المضاربة ما يمنع عن الاضافة
الى زمان في المستقبل لا في حال صحته ولا بعد فساده فتأمل ثم اقول بقي لي بحث قوي في هذا المقام وهو انهم اتفقوا على ان المضاربة ايداع ابتداء وتوكيل

لان عند ابي حنيفة رح يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما لا يصح لكن يصح المالك في المشتري مرتبة مضاربة بالعرض قال ومن شرطها
ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما دراهم مسماة من الربح لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما لا يربح صاحب المال في عقد الشركة قال
فان شرط زيادة عشرة فله اجر مثله لفساده فلعله لا يربح الا هذا القدر فيقطع الشركة في الربح وعند ابي يوسف انه ابتغى عن منافعه عوضا لم ينل فساده
ولا يخرج رب المال لانه نماء ملكه وهذا حكم في كل موضع لم يصح المضاربة ولا يجاوز به الاجر المسمى عند ابي يوسف خلافا لمحمد كما بينا
في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لان الاجير يجب بتسليم المنافع والعمل وقد وجد وعن ابي يوسف انه لا يجب اعتبارا
بالمضاربة الصحيحة مع انفاقهما والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة

عند العمل وشركة بعد الربح وقد صرحوا في محله بان مالا يصح اضافته الى زمان في المستقبل تسمى وعدا واما الشركة فاذا لم يصح اضافة الشركة الى زمان في المستقبل فقد
وجد في المضاربة ما يمنع صحة الاضافة الى ذلك وهو الشركة فينبغي ان لا يصح عقد المضاربة في الصورة المزبورة بناء على ذلك المانع اذ لا ريب ان ارتفاع موانعه
لا يجدي عند تحقق مانع آخر **قوله** لان عند ابي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع واذا لم يصح هذا التوكيل كان المشتري للمشتري والدين بحاله فكان
راس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح كذا في العناية والنهاية قال بعض الفضلاء والاظهر ان يقال اذا لم يصح التوكيل لم يصح المضاربة لان صحة الاجر مستلزم لصحة
عقد الكل انتهى اقول قد مر منا ان حيث كون الوكالة جزءا من المضاربة ليس بصحيح فانهم صرحوا بان الوكالة حكم من احكام المضاربة مترتب على صحة عقد
المضاربة ثابت عند تصرف المضارب في مال المضاربة لا قبله فلا مجال لان يكون جزءا فيها فلا بد في بيان بطلان المضاربة في الصورة المزبورة على تقدير بطلان
ذلك التوكيل عند ابي حنيفة رح من المصير الى ما ذكره صاحبا العناية والنهاية نعم انهما قالا ايضا بجزئية الوكالة من المضاربة فيما مر ولكنهما اصابا في ترك ذلك هنا
قوله فان شرط زيادة عشرة فله اجر مثله وهب عامة الشراح الى ان هذا تفسير للمسئلة المتقدمة والفا في قوله فان شرط للتفسير وزيادة عشرة اي على ما شرطا
كالنصف والثلث فله اي فللعامل اقول فيه نظر لان هذه المسئلة التي هي مسئلة الجامع الصغير ولا تصلح ان يكون تفسيرا للمسئلة المتقدمة التي هي مسئلة مختصر القدوري
لوجهين احدهما ان المسئلة الاولى اعم من المسئلة الثانية لان اشتراط دراهم مسماة لاحدهما يتمشى في صورة متعددة مذكورة في معتبرات الفتاوى كالبدائع والذخيرة
وغيرهما منها ان شرطا ان يكون لاحدهما مائة درهم من الربح او اقل او اكثر والباقي للآخر ومنها ان شرطا لاحدهما نصف الربح او ثلثه الا عشرة دراهم ومنها ان
شرطا لاحدهما نصف الربح او ثلثه وزيادة عشرة وفي كل ذلك تفسد المضاربة بناء على ان كل واحد من الشروط المزبورة تقطع الشركة في الربح لانه ربما لا يربح
الا القدر المسمى او اقل كما صرحوا به واما اشتراط زيادة عشرة فانه يتمشى في صورة ثالثة من الصور المذكورة فكيف يكون الاخص مفسرا للاعم وثانيهما ان حكم
المسئلة الاولى فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لاحدهما وحكم المسئلة الثانية وجوب اجر المثل للعامل فكيف يتصور ان يكون احد المتخالفين في الحكم مفسرا للآخر
فالحق عندي ان الفا في قوله فان شرط زيادة عشرة للتفريع والمقصود بالمسئلة الاولى بيان ان عقد المضاربة يفسد باشتراط دراهم مسماة لاحد المتعاقدين
وبالثانية بيان ان حكم المضاربة الفاسدة وجوب اجر المثل للعامل كانه قال اذا عرفت فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لاحدهما فاعلم ان حكم فساد
عقد المضاربة باشتراط ذلك وجوب اجر المثل للعامل الا انه ذكر في التفريع صورة اشتراط زيادة عشرة لكونها هي المذكورة في مسئلة الجامع الصغير على سبيل
التمثيل لا على سبيل الحصر فيها ومن عادة المصنف رح ان لا يغير المسئلة التي اخذها من الجامع الصغير من مختصر القدوري ولكن دفع احتمال توهم اختصاص
ذلك الحكم بالصورة المذكورة بان قال بعد تعليل المسئلة وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة **قوله** وعن ابي يوسف رح انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة
الصحيحة مع انفاقهما فان قلت ما جواب ظاهر الرواية عن هذا التعليل القوي لابي يوسف رح فان العقد الفاسد يوجد حكمه ابدا من العقد الصحيح من جنسه كما في
البيع الفاسد قلت جوابه هو ان الفاسد انما يعتبر بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة
والمضاربة الفاسدة تنعقد اجارة فيعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند ايفاء العمل وان تلف المال في يده فله اجر مثله فيما عمل كذا في النهاية والعناية
وعزاه صاحب النهاية الى المبسوط اقول مقتضى هذا الجواب ان لا يجوز اعتبار المضاربة الفاسدة بالمضاربة الصحيحة في شيء من الاحكام مع انهم اعتبروها
بالمضاربة الصحيحة في حكم كون المال غير مضمون بالهلاك كما ذكره المصنف رح متصلا بما نحن فيه حيث قال والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك
اعتبارا بالصحيحة نعم يمكن اثبات ذلك الحكم بدليل آخر مآله الى اعتبارها بالاجارة الصحيحة كما ذكره المصنف رح ايضا بقوله ولانه عين مستاجرة في يده ولكن الكلام

وكذا عين مستاجرة في يده بوكالة شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلاف مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب قال ولا بد من ان يكون المال مسلما الى المضارب ولا بد لرب المال فيه لانه المال امانة في يده ولا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ولا بد من ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه اما العمل في الشركة من الجانبين فاشتراط خلوص اليد لاحدهما ينعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف ولا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير لان يد المالك ثابتة له وبقاؤها يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين باحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لتمام المالك له وان لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد من المضارب وحده غير مالك يفسد وان لم يكن من اهل المضاربة فيه كالمأذون بخلاف الاب والوصي لانهما من اهل ان يأخذا مال الصغير مضاربة بالنفس فكان اشتراطه عليهما كجزء من المال

في جملتهم اعتبارا بالمضاربة الصحيحة وليلا مستقلا عليه كما هو الظاهر من عبارة الهداية والكافي وغيرهما قال ثم ان بعض الفضلاء رد على صاحب العناية في قوله وهذا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة بانه يخالف ما اسلفه من ان عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والاجارة اقول انما يخالف ذلك ان لو كان مراده بما اسلفه ان عقد المضاربة مشتمل على حال صحة التوكيل والاجارة معا واما اذا كان مراده بذلك ان عقد المضاربة مشتمل على التوكيل حال صحته وعلى الاجارة بعد فساده فلا مخالفة بين كلاميه والظاهر هو الثاني لكونه موافقا لما صرح به قوله ولانه يعمل مستاجرة في يده وفي بعض النسخ عين مستاجرة يعني ان راس المال عين استوجر المضارب ليعمل به هو لا غيره فلا يضمن كاجير الوحد كذا في الشروح قال بعض الفضلاء يكون مستاجرة في قول المصنف رح عين مستاجرة صفة جرت على غير من هي له وهو من قبيل سيل منهمر ولعل هذا اولى انتهى اقول فيه ان قولهم سيل منهمر مما بني للمفعول واسند الى الفاعل اذ المنهمر اسم مفعول من انهمرت الانهار بانه وقد اسند الى الفاعل لان السيل هو المراد لا الماء بخلاف ما نحن فيه فان راس المال ليس بفاعل للاستيجار قطعا كما انه ليس بمفعول فكيف يكون هذا من قبيل ذلك اللهم الا ان يكون مراده بقوله او هو من قبيل سيل منهمر او هو من قبيل الاسناد المجازي مطلقا لانه من قبيل خصوص الاسناد الواقع فيه فحينئذ يجوز كما اشار اليه تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال المستاجر في الحقيقة انما هو المضارب لكن سمي العين مستاجرا لعمل المضارب فيه انتهى ثم ان جماعة من الشراح قالوا وهذا التعليل يشير الى ان المضارب بمنزلة اجير الوحد من حيث انه اجير لا يمكن له ان يؤاجر نفسه في ذلك الوقت لاجر قال صاحب العناية والنهاية منهم في تعليل ذلك لان العين الواحد لا يتصور ان يكون مستاجرا لمستاجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن لاجير الوحد ان يؤجر نفسه لمستاجرين في الوقت الواحد انتهى اقول فيه بحث لانه ان اريد بالعين الواحد في قولهما لان العين الواحد لا يتصور ان يكون مستاجرا لمستاجرين في الوقت الواحد نفس المضارب فالمسلم ان نفسه لا يتصور ان يكون مستاجرا لمستاجرين في الوقت الواحد ان الاجارة اذا كانت عقدا على العمل لا على المنفعة يجوز ان يكون اي هذا شخص واحد مستاجرا لاكثر من المستاجرين في وقت واحد كالقصار والراعي للغنم للعامة ونحوهما من الاجير المشترك لامكان العمل لكل واحد منهم في ذلك الوقت وقد وقع عقد المضاربة على العمل من المضارب فيجوز ان يكون مستاجرا لاكثر من واحد بخلاف اجير الواحد فان الاجارة فيه كانت على المنفعة دون العمل فما يقدر على ان يؤجر نفسه آخر في الوقت الواحد على ما تقرر في محله وان اريد بالعين الواحد في قولهما لان راس المال فمسلم ان ذلك لا يتصور ان يكون مستاجرا لمستاجرين في وقت واحد اي ان يكون في يد كل واحد منهما ليعملا به في وقت واحد ولكن هذا لا يقتضي ان يكون المضارب بمنزلة اجير الواحد بحيث ان هذا المعنى في كل اجير مشترك فان ما يعمل به من الاعيان لا يتصور ان يكون في يده وفي يد غيره على الاستقلال في الوقت الواحد لامتناع وقوع شيء واحد في محلين مختلفين في وقت واحد فلا يتم التشبيه قوله وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلاف مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب قال في النهاية فان قلت هذا الكلي منقوض بما ذكر بعد هذا بخطوط وهو قوله وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد فان هذا الشرط داخل تحت ذلك الكلي لان هذا الشرط لا يوجب جهالة في الربح ومع ذلك افسد عقد المضاربة على قضية ذلك الكلي ينبغي ان لا يفسد المضاربة لانه غير الذي يوجب جهالة في الربح قلت نعم كذلك الا انه يحتمل ان يريد بقوله وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها الشرط الذي لا يمنع موجب العقد واما اذا كان شرطا يمنع موجب العقد يفسد العقد لان العقد انما شرع لاثبات موجبه انتهى اقول هذا الجواب لا يشفي العليل ولا يجدي طائلا لان كون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد مع انه مجرد احتمال محض لا يدل عليه اللفظ المزبور لعمومه مفسدا لما هو المقصود في المقام اذا المقصود هنا بيان اصل ينضبط به احوال الشروط

قال واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لان العقد وان تقيد لا يستوعب منافعه بل يخرج الاتجار فينتظم
العقد مقصود التجار وما هو من ضرورته التوكيل من صنيعهم كذا الايداع والابضاع للمسافرة الا ترى ان المودع اذا سافر فلصاحب الوديعة ان يكتب الى المضارب عليه الثناء شتمته لمن يعرف بالمضاربة
وهو السير من غير يوسف انه ليس له ان يسافر عند ابي حنيفة رحمه الله ان تعرض عن الاموال من غير ضرورة وان سافر في غير ضرورة لا يكون مضاربا لانه هو المراد الغالب والظاهر
ما ذكر في الكتاب قال ايضا لا الا وفي قوله ان يقول الا عمل برأيك ان الشيء بتضمن هذا الشارح في القولان من التصريح عليه والتفويض المطلق اليه فكان التوكيل ان يوكل غيره فيما
وكله به الا اذا قيل له اعمل برأيك بخلاف الايداع والابضاع لانه ورثه فيه نفسه غالبا وتمامه حيث لا يملكه ان قيل له اعمل برأيك لان المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار ليس في اضاعته وهو تدبر كلامه
ونصه فانه لا يحصل به الخروج وهو الاجرة لا يجوز الزيادة عليه الا الدم مضاربة فمن صنيعهم كذا الشركة واخلاط المال لنفسه نبه رحمه الله على ان الاستدلال بعدم الاذن في بلد بعينه وفي سلعة بعينها
لم يتعرض لهما وهو الاصل الذي يتفرع عليه ما ليس له ان يدفعه بضاعة ان يحجر بها مالك ليل لانه عيب الا اخراج نفسه عن التوصية اخذ قال ان خرج اخذ ذلك لانه يشترط ضمان كذا الاطلاق لانه تصرف
ان لم يستحق رد الى الكوفة فيه عليه شيء من العمل كالودعة ثم ورد بحمل اسفار الى القافلة الا ان ذلك بعضه تسوية بعضه تسوية المصر والمورد والمشتري المقصود المضاربة فلما شرط الشيخ
وجوده واسقط الصدر في كتاب المضاربة فمنه بنفس الاخراج والتحجير ان بالشرب يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه فاما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج والدنا
شيء السرب يتقرر كل احتمال الوجود هذا بخلاف ما اذا قال ان تشتري سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا تفيد التقييد

الفاسدة في باب المضاربة فعلى تقدير ان يكون المراد بقوله وعدم ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد يكون الشرط الذي
يمنع موجب العقد ولا يوجب جهالة في الربح خارجا عن مدلول الاستثناء فلا يتحقق الانضباط فالاتيم المقصود والجواب
صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال قيل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة لما سيأتي فيرد
القاعدة مطردة والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسد اي المضاربة واذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء
عن المعدوم صحيح يجوز ان يقال زيد المعدوم ليس بجعيد وقوله بعد هذا الخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد العقد معناه مانع عن تحققه انتهى كلامه اقول
مضمون هذا الجواب وان لم يكن فاسدا في نفسه الا انه مفسد لمعنى القاعدة لان معنى القسم الثاني من الاصل المذكور على ما صرحوا به وان غير ذلك من الشروط
لا يفسد المضاربة بل ينفي المضاربة صحيحة ويبطل الشرط وقد اشار اليه المصنف رح بقوله كاشتراط الوضيعة على المضارب فان الشرط هناك باطل والمضاربة صحيحة
وقد كان اعترف بصاحب العناية ايضا حيث قال اولا ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه ويبقى المضاربة صحيحة اراد ان يشير الى ذلك
بارجلي فقال كل شرط يوجب جهالة في الربح الى آخره ولا شك ان المضاربة المعدومة لا تندرج في هذا المعنى **قوله** واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب
ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع فسر اكثر الشراح المضاربة المطلقة ههنا بان لا يكون مقيدة بزمان ولا مكان اقول هذا التفسير منهم جدا لانها
اذا لم تكن مقيدة بزمان ولا مكان ولكن كانت مقيدة بسلعة بعينها او كانت مقيدة بالمعاملة لفلان بعينه لم تكن مطلقة بل كانت مقيدة لم يكن للمضارب
ان يتجاوز عنها كما سيأتي وقال بعض الفضلاء من الشراح في تفسير المضاربة المطلقة ههنا اي غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة اقول فيه ايضا نوع تقصير لدخول ما كانت
مقيدة بالمعاملة لفلان بعينه في هذا التفسير ايضا مع انها ليست بمطلقة حيث يصح ذلك التقييد كما سيأتي في الكتاب فالاولى في تفسيرها ان يقال هي ما لم تقيد
بزمان ولا بمكان ولا بنوع من التجارة ولا بشخص من المعاملين وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط اذا دفع المال مضاربة بالنصف ولم يزد على هذا فهذه مضاربة
مطلقة وله ان يشتري بها ما بدا له من سائر التجارات وله ان يعمل بها ما هو من عادات التجار انتهى **قوله** ولا يضارب الا ان يأذن له رب المال او يقول له
اعمل برأيك لان الشيء لا يتضمن مثله قال صاحب العناية ولا يرد جواز اذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والاجارة للمستأجر والاعارة للمستعير
فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فانها امثال لا يجانسها وقد تضمنت امثالها لان المضاربة تضمنت الامانة اولا والوكالة ثانيا وليس للمودع والوكيل
الايداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره انتهى كلامه اقول الظاهر ان قوله لان المضاربة تضمنت الامانة الى آخره تعليل لقوله ولا يرد جواز اذن المأذون
الى آخره لكنه منظور فيه لان حاصله اقامة دليل آخر على عدم جواز ان يضارب المضارب غيره بتضمن المضاربة الامانة والوكالة اللتين لا يجوز فيهما الايداع والتوكيل
ولا يلزم منه عدم ورود النقض بالصور المزبورة على الدليل المذكور في الكتاب وهو قوله لان الشيء لا يتضمن مثله فلا يتم التقريب والوجه في الجواب عن النقض
بتلك الصور ما ذكر في بعض الشروح من ان الكلام في التصرف نيابة وهؤلاء يتصرفون بحكم المالكية اما المأذون فلان الاذن فك الحجر ثم بعد ذلك فيتصرف العبد
بحكم المالكية الاصلية واما المكاتب فلانه صار حرا يدا واما المستأجر والمستعير فلانهما مالكا المنفعة **قوله** ورجع المال مضاربة على حاله قال صاحب العناية فان قيل
قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها مالكة واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد اجيب بانه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما
يتحقق بالشراء والشرف فلا فيه وانما قال رجع بناء على انه صار على شرف الزوال واما على رواية المبسوط فانها زالت بزوال الموقوف فاحتيج ضمنه بنفس الاخراج انتهى اقول
قوله اذ على رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء مخالف لما حققه المصنف رح وغيره فيما سيأتي من ان شرط الشراء في رواية الجامع الصغير

لتقدير الضمان لا لاصل وجوبه وانما وجوبه بنفس الاخراج اذ حينئذ يتحقق الخلاف بمجرد الاخراج على رواية الجامع الصغير ايضا فالحق في الجواب ان يكتفى بان يقال ان المضاربة
زائلة بالاخراج زوالا موقوفا فاذا لم يشتر ورد المال الى البلد الذي عينه رب المال سقط الضمان وعادت المضاربة الى اصلها والتقدير انما لا يرجع الا بالتقييد فيما اذا
زال زوالا مقطوعا غير موقوف على شيء **قوله** الا اذا خرج بالنهي اقول الاصل في السوق لا تعمل في غير السوق لانه يرجع بالجر والولاية اليه قال في معراج الدراية فان قيل يشكل على هذا ما ذكر
في الذخيرة انه لو قال بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد او على العكس حيث لو باع بالنقد او بالنسيئة لا يكون مخالفا صريح المنهي اذ كان الاجل والنقد او النسيئة لا يتفاوت قلنا هذا مخالفة بالخبر فلا يكون
مخالفة خلافا لزفر رح وهذا كما لو وكله بان يبيع عبده بالف فباعه بالفين يجوز عندنا خلافا لزفر رح لانه مخالفة بالخبر انتهى اقول في كل واحد من السؤال والجواب
خبط اما في الاول فلان قوله او على العكس غير صحيح اذ لم يذكر كون الجواب في عكس قوله بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد كالجواب فيه لا في الذخيرة ولا في شيء من الكتب
الشرعية واما في الثاني فلان قوله هذا مخالفة بالخبر مما لا يكاد يصح بعد درج العكس المذكور في الاشكال لانه اذا كان البيع بالنقد مخالفة بالخبر فيما اذا كان السعر
بالنقد والنسيئة غير متفاوت لم يتصور كون البيع بالنسيئة في العكس مخالفة بالخبر ايضا وهذا ظاهر جدا فالصواب ان يطرح حديث العكس مع السؤال كما فعله غيره **قوله**
ومعنى التخصيص ان يقول على ان تعمل كذا او في مكان كذا الى آخره يعني ان معنى التخصيص يحصل بان يقول كذا وكذا اي بهذه الالفاظ ومقصوده التمييز بين ما يفيد
التخصيص من الالفاظ وما لا يفيد ذلك منها وجملة ذلك على ما عنوا ثمانية منها تفيد التخصيص فيعتبر شرطا واثنان منها لا يفيد فيعتبر مشورة والضابط التمييز بين ما يفيد
التخصيص عما لا يفيده هو ان رب المال متى ذكر عقيب المضاربة بالبيع الملفوظ به ابتداء وبيع متعلقا بما قبله بحيث يصير متعلقا به لئلا يلغو ومتى ذكر عقيبها بالبيع الابتداء
به لا يجعل متعلقا بما قبله لانتفاء الضرورة هذا خلاصة ما ذكره هنا في جملة الشروح والكافي اقول فيه شيء وهو انهم اتفقوا على ان قول رب المال خذ هذا المال
تعمل به في الكوفة برفع تعمل وبجزمه من تلك الالفاظ الستة التي تفيد التخصيص مع انه يصح الابتداء بتعمل مرفوعا على ان يجعل كلاما مستأنفا كما يصح الابتداء بالفظ
اللذين حصروا فيهما ما يصح الابتداء به في باب المضاربة وهما قوله واعمل به بالواو وقوله اعمل به بغير الواو فعلى مقتضى الضابط المذكور ينبغي ان يكون قوله تعمل به في
الكوفة بالرفع مما لا يفيد التخصيص ايضا فتأمل **قوله** اما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة
فان قيل لماذا لم يجعل الواو للحال كما في قوله ادخلوا الفسادكم انت حرقلنا لانه غير صالح للحال ههنا لان حال العمل لا يكون وقت الاخذ وانما يكون العمل بعد الاخذ
كذا في النهاية وخاتمة الشروح اقول ينتقض هذا الجواب بما اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة بالرفع فانهم جعلوا قوله تعمل به بالكوفة مما لا يفيد التخصيص وقد صرح
في النهاية ومعراج الدراية بان قوله تعمل على الاعرابين بالرفع على الحال وبالجزم على جواب الامر مع ان العلة التي ذكروها في الجواب المزبور لعدم صلاحية قوله
واعمل به بالكوفة للحال وهي كون العمل بعد الاخذ لا وقت الاخذ بعينها في قوله تعمل به بالكوفة بالرفع فيلزم ان لا يصلح للحال ايضا وان قالوا هذا
حال مقدرة كما في قوله تعالى محلقين رؤسكم ومقصرين يرد ان يقال لم لم يكن الامر كذلك في قوله واعمل به بالكوفة فلا تنحسم مادة الاشكال بذلك الجواب ثم اقول
الجواب التام عن اصل السؤال الحاسم مادة الاشكال ان يقال ان قوله واعمل به بالكوفة جملة انشائية وقد تقرر في العلوم العربية ان الجمل الانشائية لا يصح
ان تقع حالا سواء كانت مع الواو او بدونها وهذا مع وضوحه جدا كيف خفي على الشراح حتى تركوه وتشبثوا بما يرد عليه الاشكال والشارح العيني قد اعترض على
الجواب الذي ذكره خاتمة الشراح بعد ان ذكره ايضا بانه لم لا يجوز ان يكون قوله واعمل به بالكوفة حالا مقدرة كما في قوله تعالى محلقين رؤسكم ولم يرد على
هذا شيئا فهو ايضا غافل عن عدم صلاحية الجمل الانشائية لان تقع حالا ثم ان بعض الفضلاء تدارك ما اورده الشارح العيني وقصد توجيه الجواب الذي ذكره
العامة فقال وجملة حالا مقدرة خلاف الظاهر فكانه ايضا غافل عن عدم صلاحية ذلك لان يقع حالا **قوله** والمدعي موسر قال الشراح وانما قيد بقوله والمدعي

ويستسعى في الف وخمسين لان الالف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يستسعى في الف وخمسين درت سل ... ان يضمن الدرهم الفضل
قيمة الاجارية لان الالف الموجود لما استحق برأس المال ظهر ان الجارية كلها ربح فتكون بينهما وقد تلفت حصة صحيحة لاجل الفراش لانه بتلك الحرية وقد فاته نفاذها فتضمن
فاذا ظهر ذلك تلفت تلك الحصة وصارت الجارية ام ولده وحصتها نصيب رب المال لان عن اضمان تملك وهذا ان تلف الولد يستسعى في صغيرا كما اذا استولد جارية بالنكاح
فهلكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا ولو ضمان العلية عليه

باب المضارب يضارب

قال اذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع لانه تصرف المضارب الثاني حتى يربح فاذا ربح ضمن لان لرب المال وهو الربح والحسن
عن ابي حنيفة رحمه الله انه على به ضمن ربحا ولم يربح وهذا ظاهر الرواية وقال زفر يضمن بالدفع على كل حال وهو رواية عن ابي يوسف لان الملك له الدفع على وجه
الايداع وهذا الدفع على وجه المضاربة وهما ان قدر فيه لا حقيقة ولما تقرر كونه المضاربة بالعمل فكان الحل مراعى قبله ولابي حنيفة رحمه الله ان الدفع قبل العمل
ايداع بعده مضاربة والضمان بملكها المضارب فلا يضمن بمجاوزته الا شركة اذا ربح فقد ثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره

موسرا لنفي شبهة هي ان الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب هو ضمان اعتاق في حق الولد وضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار وكان الواجب ان
يضمن المضارب اذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن انتهى كلامهم اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان القيد المذكور لا ينفي الشبهة على التقرير المزبور بل يؤيدها
سيما اذا جعل قولهم ومع ذلك لا يضمن من تمام الشبهة كما هو الظاهر من تقريرهم وانما الذي ينفي الشبهة على التقرير المزبور ما ذكره المصنف رح فيما سيأتي بقوله
ولا يضمن لسبب المال شيئا من قيمة الولد لان حقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرها فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد انتهى
فالظاهر في تقرير فائدة القيد المذكور ان يقال انما قيد به تنبيها على عدم اختصاص عدم وجوب الضمان على المضارب بحالة اعساره فانه اذا لم يجب الضمان عليه في حالة يساره
فلان لا يجب ذلك عليه في حالة اعساره اولى بخلاف ما لو ذكر الكلام غير مقيد بذلك فانه يحتمل ان يكون محمولا على حالة اعساره فقط **قوله** ويستسعى في الف وخمسين
وخمسين لان الالف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى في هذا المقدار قال في الكافي فان قيل لماذا لا تجعل الامة رأس المال وجميع الولد ربحا قلنا لان ما يجب على الولد من السعاية في
جنس رأس المال والامة ليست من جنس رأس المال فكان تعيين الالف من السعاية لرأس المال اولى انتهى وقد مضى ما ترد في هذا السؤال وهذا الجواب عامة شراح هذا الكتاب وقال
صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب المزبورين وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاد وجب قيمتها على المضارب وهي من
جنس رأس المال انتهى اقول نظره ساقط جدا لانا لو جعلنا الجارية رأس المال لم تعتق بالاستيلاد لان من شرط كونها ام ولد للمضارب ان يكون المضارب
مالكا لها وعلى تقدير ان تجعل هي رأس المال تكون مملوكة لرب المال دون المضارب فلا يصير ام ولد للمضارب ولا يعتق فلا يجب قيمتها على المضارب
فلا تحقق المجانسة وهذا مع ظهوره جدا كيف خفي على صاحب العناية فاورد النظر المزبور على الجواب الذي ارتضاه جمهور الثقات كصاحب الكافي وشراح الكتاب
وغيرهم ثم ان بعض الفضلاء قال في دفع النظر المزبور وجوابه ان الاستسعاء مقدم لان الولد اصل في الدعوة والحرية والام تبعه فينبغي ان يكون مراد المجيب
هذا انتهى اقول الجواب الذي ذكره هذا القائل وان كان مما لا يصلح ان يكون جوابا عن اصل السؤال كما اشار اليه المصنف رح بقوله لان الالف الماخوذ لما استحق
برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما انتهى الا انه لا يصلح ان يكون مرادا للمجيب بالجواب الذي هو محل النظر اذ لو كان
مراده هذا لما ترك ذكره بالكلية وتشبث بمناسبة المجانسة التي لا مدخل لها في تمشية هذا الجواب اذ التقدم في الاستيفاء والاستيفاء امر مستقل في اقتضاء كون
الالف الماخوذ من الولد رأس المال دون الجارية ونظر صاحب العناية على ذلك الجواب المبني على المجانسة فلا يدفعه هذا الجواب وانما الدافع القاطع له
ما تقفناه من قبل ثم ان الشارح العيني بعد ان ذكر اصل السؤال والجواب المزبورين نقلا عن الكافي وبعد ان ذكر نظر صاحب العناية على ذلك الجواب نقلا
عنه قال قلت الولد زاحمها فترجح بسبب ظهور الربح من جهته انتهى اقول لا يرى لهذا معنى مفيد فان ظهور الربح من جهته لا يقتضي رجحان كون رأس المال
هو الالف الماخوذ منه دون قيمة الجارية بل الالف المناسب لظهور الربح من جهته ان يكون الالف الماخوذ منه ايضا من الربح تامل

باب المضارب يضارب لما ذكر حكم المضاربة الاولى ذكر في هذا الباب حكم المضاربة الثانية اذ الثانية تتلو الاولى ابدا فكذا بيان حكمها في النهاية
ومعراج الدراية وهو المختار عندي وذكر فيهما وجه آخر ايضا هو ان المضاربة مفردة ومضاربة المضاربة مركبة والمركب يتلو المفرد ابدا واختاره صاحب
العناية والعناية اقول فيه تعسف لان مضاربة المضارب وان كانت بعد مضاربة رب المال الا انها مفردة ايضا غير مركبة من المضاربتين قطعا الا يرى
ان الثاني ابدا يتلو الاول ولكنه ليس بمركب من الاول ومن نفسه قطعا وانما المركب منهما الاتيان نعم ان مضاربة المضارب لما اقتضت المضاربة الاولى
جاز ان يحصل من مجموعهما امر مركب في العقل لكنه ليس بمدار الحكم في هذا الباب كما لا يخفى على ذوي الالباب **قوله** وبعده ايضاع قال بعض الفضلاء فيه بحث
والظاهر ان يقول توكيل كما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي انتهى اقول ليس الامر كما فهمه فان المحكوم عليه ههنا بانه ايضاع انما هو الدفع لا عقد المضاربة والذي

ثانی الایضاع ویلائم التوکیل انما هو عقد المضاربة لا الدفع نفسه فانه انما یلائم الایداع قبل العمل والایضاع بعده لا التوکیل لان التوکیل تفویض التصرف
لاجل الموکل الی غیره وهذا المعنی لا یحصل من الدفع نفسه بخلاف عقد المضاربة کما لا یخفی واما فی شرح الکنز للعلامة الزیلعی فلم یحکم علی الدفع نفسه بانه توکیل فانه
قال فیه وجه المروی عن ابی حنیفة رح ان العقد المجرد لا یوجب الضمان ولهذا لا یضمن الفضولی المجرد بیع مال الغیر ولا بالتسلیم لاجل التصرف لانه ایداع وهو تملک
ذلک ولا بالتصرف لانه توکیل فیه علی ما بینا من قبل انتهی ولا یخفی ان المفهوم منها ان المضارب وکیل لا ان الدفع نفسه توکیل ولا کلام فی ان المضارب
وکیل بحکم عقد المضاربة واما انه وکیل بحکم الدفع فقط فلم یقل به احد قوله وهذا اذا کانت المضاربة صحیحة قال فی النهایة ومعراج الدرایة ای الضمان علیهما
فی الربح او العمل علی الاختلاف الذی ذکرنا فیما اذا کانت المضاربة صحیحة وقال فی العنایة وشرح العینی ای وجوب الضمان علی الاول او علیهما بالربح
او العمل علی ما ذکرنا اذا کانت المضاربة صحیحة اقول لا یحتمل ان یکون المشار الیه بهذا ههنا وجوب الضمان علیهما ای علی المضارب الاول والثانی بل
کون المشار الیه به ههنا هو الضمان علی الاول متعین لان المذکور فی الکتاب هو ضمان الاول لا غیر ولم یمر من المصنف رح الی الآن شیء یشعر بضمان الثانی
ایضا فکیف یصح ان یجعل کلمة هذا ههنا اشارة الی الضمان علیهما وشان اسم الاشارة ان تشار به الی المحسوس المشاهد او ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد علی
ما عرف فی محله ووجوب الضمان علی الثانی مما لم یشم رائحته قط الی الآن فضلا عن ان یجعل بمنزلة المحسوس المشاهد علی ان المصنف رح ههنا بصدد بیان ما ذکر
فی الکتاب من ضمان الاول لرب المال واما ان الثانی هل یضمن ایضا ام لا فسیبینه بعد مفصلا بقوله ثم ذکر فی الکتاب یضمن الاول ولم یذکر الثانی الی آخره
فهو ههنا بمنزلة عنه قوله لانه ملکه بالضمان من حین حالف بالدفع الی غیره لا علی الوجه الذی رضی به فصار کما اذا دفع مال نفسه اقول لقائل ان یقول
هذا التعلیل انما یمشی علی قول زفر لان تحقق المخالفة بالدفع الی الغیر انما هو قول زفر رح وعند ابی یوسف رح ومحمد رحمه الله لا یتحقق المخالفة بالدفع ما لم یعمل
وعند ابی حنیفة رحمه الله لا یتحقق بالدفع ولا بالعمل ما لم یربح وقد مر ذلک کله ولا یخفی ان الاهم بالبیان والتعلیل ههنا قول ابی حنیفة رح لکونه المذکور
فی الکتاب ثم قولهما لکونه ظاهر الروایة فلا ینبغی ان یساق التعلیل علی وجه یختص بقول زفر رح فلیتامل فی التوجیه

فصل قوله واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح علی ان یعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز وهذه من مسائل
الجامع الصغیر وقد تکلم الشراح فی امر التقیید بعبد رب المال فیها فقال صاحب النهایة التقیید بعبد رب المال لا للشرط فان الحکم فی عبد المضارب
کذلک ایضا ونقل من الذخیرة والمعنی تفصیلا یدل علی ذلک وقال صاحب معراج الدرایة التقیید بعبد رب المال لا للشرط فان حکم عبد المضارب کذلک
وکذا لو شرط الاجنبی وکذا کل من لا یقبل شهادة المضارب او شهادة رب المال له وقیل قید بعبد رب المال لان فیه خلافا لبعض اصحاب الشافعی رح
وبعض اصحاب احمد رح وفی غیره لا خلاف وجه قول البعض ان ید الغلام کید سیده فلا یجوز اشتراط عمله کاشتراط عمل رب المال انتهی کلامه ورد علیه
بعض الفضلاء فیما ذکره فقیل حیث قال بعد نقل ذلک عنه وفیه بحث لانه لا خلاف فی جواز اشتراط عمل عبد المضارب او الاجنبی علی ان یکون له الثلث
انتهی اقول لا یفهم لهذا البحث وجه ورود علی ذلک المنقول اصلا بل هذا یؤید ذلک لان قوله لانه لا خلاف فی جواز اشتراط عمل عبد المضارب الی آخره
یصیر بیانا لما قیل وفی غیره لا خلاف فلا مخالفة بین البحث ومورده فضلا عن المناقشة ثم ان محصول ذلک المنقول انه اذا کان فی عبد رب المال خلاف
لا فی غیره کان ذکر عبد رب المال محل الاحتیاط والاهتمام دون ذکر غیره فلذلک قید به وهذا مما لا یقدح فیه البحث المذکور اصلا کما لا یخفی علی الفطن

فصل في العزل والقسمة قال وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل

وقال صاحب العناية قوله ولعبد رب المال في مقابلة شيئان عند المضارب والأجنبي وليس ذلك باحتراز عن الأول لأن حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز أن يكون احترازا عن الثاني فإنه إذا اشترط ذلك الأجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وإن لم يشترط عمل الأجنبي معه صحت المضاربة مع الأول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للأجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لأن الربح إنما يستحق برأس المال أو بالعمل ولم يوجد من ذلك شيء انتهى كلامه أقول فيه بحث لأنه لا يكاد أن يحصل الاحتراز بقوله ولعبد رب المال عن الأجنبي أصلا أي سواء اشترط أن يعمل مع المضارب أو لم يشترط إذا اشترط ذلك فإن حكم الأجنبي حينئذ عين حكم عبد رب المال حيث يصح الشرط والمضاربة جميعا فكيف يتصور الاحتراز مع الاتحاد في الحكم وأما إذا لم يشترط ذلك فإنه وإن تغير الحكم حينئذ حيث يبطل الشرط لكن السبب فيه عدم اشتراط العمل لا كونه أجنبيا فالاحتراز عنه إنما يحصل بقوله على أن يعمل معه لا بقوله ولعبد رب المال الا يرى أنه لو قال بدل قوله ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه وللأجنبي ثلث الربح على أن يعمل معه لاخرج الأجنبي الذي لم يشترط له العمل مع المضارب من حكم المسألة أيضا فلم يكن بقوله ولعبد رب المال مدخل في الاحتراز عنه أصلا وقال صاحب الكفاية التقييد بعبد رب المال مع أن الحكم في عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم أن يد العبد يد للمولى فيمتنع التخلية فقال هو جائز انتهى كلامه أقول هذا هو الحق عندي ولقد أشار إليه المصنف رح في تعليل المسألة حيث قال لأن للعبد يدا معتبرة خصوصا إذا كان مأذونا ثم قال وإذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين رب المال والمضارب

فصل في العزل والقسمة أي في عزل المضارب وقسمة الربح لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح ذكر في هذا الفصل الحكم الذي يوجد بعد ذلك لأن عزل المضارب إنما يتحقق بعد عقد المضاربة وكذا القسمة بعد تحقق مال الربح **قوله** وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل قال في العناية أخذا من النهاية ورد بأنه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد أخرى إذا هلك الثمن عند المضارب بعدما اشترى شيئا كالوكيل إذا دفع إليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعده فإنه يرجع به على الموكل ثم لو هلك ما أخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة أخرى وبأنه لو كان توكيلا لانعزل إذا عزله رب المال بعدما اشترى بمال المضاربة عروضا كما في الوكيل إذا علم به وبأنه لو كان توكيلا لما كان المضارب على مضاربته إذا لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلما كالوكيل والجواب عن ذلك كله سيأتي انتهى كلامه يريد بالجواب الآتي عن الرد الأول ما يأتي في الكتاب قبيل فصل الاختلاف من بيان الفرق بين المضاربة والوكالة في المسألة الأولى وبالجواب الآتي عن الرد الثاني ما يأتي في الكتاب أيضا في هذا الفصل من بيان علة عدم انعزال المضارب في المسألة الثانية وبالجواب الآتي عن الرد الثالث ما يأتي في الشروح في المسألة الآتية المتصلة بما نحن فيه من بيان وجه المسألة الثالثة أقول الذي يعلم مما ذكر في المواضع الثلثة الآتية إنما هو الفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل الثلث وبذلك لا يحصل الجواب عن الرد بالوجوه الثلثة المذكورة ههنا لأن حاصله القدح في الدليل الذي ذكره المصنف بقوله لأنه توكيل بأنه لو كان توكيلا لما خالف حكمه حكم التوكيل في المسائل الثلث المزبورة وبالفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل لا يظهر كون المضاربة توكيلا حتى يندفع رد الدليل المذكور ههنا بتلك المسائل بل يظهر به خلاف ذلك فيتأكد الرد والإشكال فإن قلت المراد بما في الدليل المذكور أن المضاربة توكيل في بعض الأحكام دون جميعها فلا يقدح فيه اختلافهما في الوجوه الثلثة المذكورة قلت فحينئذ لا يفيد الدليل المدعى إذ لا يلزم من كون المضاربة توكيلا في بعض الأحكام كونها توكيلا فيما نحن فيه فلا يتم التقريب فإن قيل المراد أنها توكيل في بعض الأحكام الذي من جملة ما نحن فيه قلنا حينئذ لا يصلح ما ذكر في معرض الدليل لأن يكون دليلا أصلا لصيرورته أخفى من المدعى ولا أقل من

وان ارتد رب المال عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لان اللحوق بمنزلة الموت الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته
وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة رح لانه يتصرف له تصرفا كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لان له عبارة صحيحة
ولا توقف ان ادرك رب المال بقيت المضاربة **قال** فان عزل رب المال المضارب لم يعلم بعزله حتى اشترى بالمال متاعا فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته فيعزل الوكيل
بعزله وان علم بعزله المال عروض فله ان يبيعها ويمنعه العزل من ذلك لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على رأس المال وانما ينضض بالبيع **قال** ثم يحول السوق
بغير فعله لان العزل انما يعمل ضرورة معرفة رأس المال فاذا ثبت صار تقديره كالعزل بعد ظهور رأس المال اذا لم يكن له ربح اذا نض فيه لانه ليس في حال عزله ابطال حقه في الربح فلا
ضرورة قال رضي الله عنه عند الذكر وذكر ما كان من جنس رأس المال ان لم يكن بان كان دراهم رأس المال انما ينزل على القلب له ويبيعها بجنس رأس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به صار كالعروض

ان تصير مثل المدعى في المعرفة والجهالة فلا يتم المطلوب تامل **قوله** وان ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة قال الشراح هذا اذا
لم يعد مسلما اما اذا عاد مسلما قبل القضاء بلحاقه او بعده وكان عقد المضاربة على ما كان اما قبل القضاء بلحاقه فلانه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة
واما بعد القضاء به فلما كان حق المضارب كالموات حقيقة وغيره جماعة منهم الى المبسوط اقول فيه اشكال اما اولا فلانه لو مات حقيقة لبطلت المضاربة قطعا كما مر في
المسئلة المتقدمة آنفا فكيف يصح قولهم كالموات حقيقة اللهم الا ان يقيد قولهم كالموات حقيقة بمحال كون المال عروضا فان المضارب لا ينعزل حينئذ كما سيأتي
في الكتاب واما ثانيا فلانه ان كانت علة لبقاء عقد المضاربة على حاله فيما اذا عاد مسلما بعد القضاء بلحاقه هي مكان حق المضارب كان ينبغي ان يبقى على حاله
فيما اذا لم يعد ايضا بهذه العلة فليتامل ثم اقول الذي يظهر من تعليل المصنف رح هذه المسئلة ومما ذكر في بعض المعتبرات ان لا يكون فرق في بطلان المضاربة
بين ما اذا لم يعد مسلما وبين ما اذا عاد مسلما بعد لحوقه بدار الحرب مرتدا سيما بعد القضاء بلحاقه اما ظهور ذلك من تعليل المصنف هذه المسئلة فلانه قال في تعليله اياها لان
اللحوق بمنزلة الموت عندنا الا يرى انه يقسم ماله بين ورثته ولا يخفى ان المضاربة لا تبقى بعد الموت على ما كانت بل تبطل بالموت قطعا كما مر فكذا ما هو بمنزلة الموت
واما ظهوره مما ذكر في بعض المعتبرات فلانه قال في البدائع ولو ارتد رب المال فباع المضارب او اشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول ابي حنيفة رح
ان رجع الى الاسلام بعد ذلك نفذ ذلك كله والحق ردته بالعدم في جميع احكام المضاربة وصار كانه لم يرتد اصلا وكذا اذا لحق بدار الحرب ثم عاد مسلما قبل ان يحكم
بلحاقه بدار الحرب على الرواية التي يشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته وصيرورة امواله ميراثا لورثته فان مات او قتل على الردة او لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه
بطلت المضاربة انتهى ولا يخفى ان المفهوم من قوله ثم عاد مسلما قبل ان يحكم بلحاقه بدار الحرب بطلان المضاربة لو عاد مسلما بعد ان يحكم بلحاقه بدار الحرب ومن قوله
على الرواية التي يشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته بطلانها ولو عاد قبل ان يحكم بلحاقه على الرواية التي لم يشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته وان الظاهر من اطلاق قوله فان
مات او قتل على الردة او لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة الى بعد ان تعرض لعوده مسلما فيما سبق لبطلانها بعد القضاء بلحاقه وان عاد مسلما قال
الامام الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد ولو ارتد رب المال ثم قتل او مات او لحق بدار الحرب فان القاضي يخير البيع والشرى على المضارب والربح له ويضمنه
راس المال في قياس قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح ومحمد رح هو على المضاربة بالولاية الاصلية فيتوقف ويبطل بالموت او بالقضاء باللحوق ولو لم يرفع
الامر الى القاضي حتى عاد المرتد مسلما جاز جميع ذلك على المضاربة لانه انتقضت ردته قبل اتصال القضاء بها فيبطل حكمها انتهى ولا يخفى ان الظاهر من هذا ايضا
انه لو عاد مسلما بعد القضاء بلحوقه بطلت المضاربة بالاتفاق **قوله** ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في معنى كلام المصنف رح هذا احتمالان احتمالان
احدهما ان يكون قوله هذا ناظرا الى قوله وان ارتد رب المال ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد اللاحق بدار الحرب فالمضاربة
على حالها اي هي غير باطلة وثانيهما ان يكون قوله هذا ناظرا الى قوله وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربته عند ابي حنيفة رحمه الله فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد
قبل لحوقه فالمضاربة على حالها اي لا يتوقف تصرفه عند ابي حنيفة رح ايضا بل يجوز جميع تصرفاته عندهم جميعا وقد ذهب الى المعنى الاول صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث
قال في شرح قول صاحب الوقاية وتبطل بموت احدهما ولحاق المالك مرتدا بخلاف لحاق المضارب بدار الحرب مرتدا حيث لا تبطل المضاربة لان له عبارة صحيحة انتهى
واقتفى اثره من المتاخرين صاحب الدرر والغرر وصاحب الاصلاح والايضاح وهو الظاهر من نفس عبارة الوقاية ايضا حيث اضيف فيها الموت المبطل الى احدهما
مطلقا واللحاق المبطل الى المالك فقط فدلت على ان لحاق المضارب لا تبطل بناء على ان تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق كما نصوا
عليه اقول ذلك المعنى ليس بصحيح عندي اذ قد تقرر في باب احكام المرتدين ان المرتد اذا لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام
الاسلام وقد صحح عند المصنف رح في هذا الفصل ايضا حيث قال في تعليل بطلان المضاربة اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب لان اللحوق بمنزلة الموت الا يرى

وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها قال وإذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب وقد ربح المضارب فيه ليس له على المضارب شيء بمنزلة الأجير لأنه
لا يجبر على العمل وكيل بعض والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به وقال أبو يوسف لا يجبر على الإيفاء ما تبرع به وقال أبو حنيفة لا يجبر على الإيفاء لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد فلا
من كفيل وكذا وكيل لا يضمن حقوق العقد إلى الموكل ومن الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات بالبيع والشراء وجه قول أبي يوسف أن التبرع
بالإيفاء قال المضاربة نوع من البيع دون رأس المال لأن الربح تابع فيه لأصل المال أو التبع إلى كما يتبع الأصل الفرع والزكاة وإن هلك المال في يد المضارب
لا يضمن لأنه أمين وكذا لا يضمن ما هلك بعضه أو كله وإن زاد الربح يستوي رب المال لأن قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لأنه هو الأصل وهذا بناء على أن الربح
في المضاربة يملك بالقسمة وإن استوفيا من رأس المال فيضمن المضارب الشيء لأنه أخذ النفقة والحاجة رأس المال أن يضمن ضمان منهما لأنه بحق وإن لم يضمن
على الله تعالى وإن زاد الربح فيقسم المضارب بينهما على حقهما فإن هلك المال يسترد الربح ولو أن المضارب أودعه شيئا عند غيره فهلك المال فالمضارب ضامن لأنه أودع أمانة ما لا يملك

أنه التصرف بالبيع ثم انتهى فإذا كان كذلك فإنما يكون تصرف الميت حتى يصح تصرف المضارب على حاله بعد أن يلحق بدار الحرب مرتدا على أن بطلان المضاربة إذا لحق المضارب
بدار الحرب مقضي بلحاقه مبني على المعتبرات قال في البدائع وإن مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لأن موته في الردة كموته قبل الردة وكذا
إذا لحق بدار الحرب مقضي بلحاقه لأن رتبة اللحاق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه انتهى فالحق هو المعنى الثاني وهو مراد المصنف رح كما يرشد إليه قوله
في تعليله ولا توقف في ملك رب المال إذ لا ريب أن هذا القول للاحتراز عن التوقف في ملك رب المال عند أبي حنيفة رح إذا كان هو المرتد والتوقف في ملكه
عنده إنما يكون قبل اللحاق لا بعده فلا بد أن يكون المراد هنا أيضا ما يكون قبل اللحاق لئلا يلغو هذا القول في التعليل ويشير إليه زيادة الشراح قيد في
قولهم جميعا بعد قوله جميعا فالمضاربة على حالها حيث قالوا فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا إذ لا شك أن زيادة هذا القيد للإيماء إلى تحقق الخلاف بين أئمتنا
فيما إذا كان رب المال هو المرتد ولا خلاف فيه بعد اللحوق وإنما الخلاف فيه قبل اللحوق حيث يتوقف تصرف مضاربته عند أبي حنيفة رح ولا يتوقف عندهما بل ينفذ
فلا بد أن يكون المراد بالوفاق في بقاء المضاربة على حالها فيما إذا كان المضارب هو المرتد هو الوفاق فيه قبل اللحوق ليظهر فائدة زيادة ذلك القيد بقوله
وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها وفي بعض النسخ وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها فكلمة هذا في قوله وعلى هذا
إشارة إلى قوله لا يمنعه العزل من ذلك يعني لا ينعزل المضارب بالعزل الحكمي إذا كان المال عروضا بل يبيعها بعد العزل كما لا ينعزل بالعزل القصدي في
تلك الصورة لأن عدم العزل فيها لئلا يلزم إبطال حق المضارب لا تفاوت في ذلك بين ذينك العزلين ثم إن ضمير المؤنث في قوله ونحوها راجع إلى العروض أي
ونحو العروض في حق البيع بأن كان رأس المال دراهم والنقد دنانير أو على القلب هذا ما ذهب إليه أكثر الشراح وهو المختار عندي وأما صاحب غاية البيان فقال
وأراد بقوله ونحوها ما إذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب وقتل أو مات مرتدا ثم باع المضارب العرض جاز بيعه على المضاربة لما قلنا والضمير في نحوها على هذا يرجع
إلى موت رب المال على تأويل المبنية فينبغي أن يقال برفع الواو أقول فيه نظر لأنه مع ابتنائه على تأويل بعيد من حيث اللفظ مختل من حيث المعنى أما على النسخة
الثانية فظاهر لأن ما هو نحو الموت إنما هو اللحوق بدار الحرب مرتدا وقد ذكر هذا صريحا في تلك النسخة بقوله ولحوقه بعد الردة فلم يبق بعد ذلك محل لأن يقال ونحو الموت
وأما على النسخة الأولى فلأنه قد أدرج الموت في بيان ما هو المراد بقوله ونحوها حيث قال وأراد بقوله ونحوها ما إذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب وقتل أو مات
فيلزم أن يكون الموت نحو الموت وهو باطل ثم قال صاحب الغاية ويجوز أن يرجع إلى بيع العروض بأن يعطي للمضاف حكم المؤنث باعتبار إضافته إلى المؤنث
كما في قوله كما شرقت صدر القناة من الدم فعلى هذا يقال بجر الواو أقول هذا أيضا مع كونه تعسفا من حيث اللفظ ركيك من حيث المعنى لأنه يوهم أن يجوز للمضارب
بعد موت رب المال تصرف آخر في مال المضاربة نحو تصرف بيع العروض وليس كذلك ثم قال ويجوز أن يرجع إلى العروض على معنى في بيع العروض وفي بيع نحو العروض
كما إذا كان رأس المال دراهم والمال دنانير أو على العكس لأنها نحو العروض في أن المضارب لا ينعزل بموت رب المال انتهى كلامه أقول الآن حصحص الحق وانجلى
جعل هذا بعد الاحتمالات مع كونها أقرب لفظا ومعنى قوله وإن لم يكن ربح لم يلزمه الإقضاء لأنه وكيل بعض والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به قال بعض الفضلاء
هذا منقوض بالكفيل فإنه متبرع ويجبر على إيفاء ما تبرع به فتأمل انتهى أقول هذا النقض مدفوع بأن المراد أن المتبرع الغير اللازم لا يجبر على إيفاء ما تبرع به والكفيل ملتزم لأن
يطالب بما على الغير على ما عرف في محله فلا يرد النقض به وبعبارة أخرى أن المراد أن المتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به في العقود الغير اللازمة والكفالة عقد لازم على
ما عرف أيضا في محله فلا انتقاض ولئن سلم إطلاق الكلام ههنا فهو مجرى على موجب القياس والكفيل ضامن بالنص وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم على ما مر
في كتاب الكفالة فلا ضير في خروجه إذ القياس ترك فيه بالنص وبقي على حاله فيما عداه فتأمل

فصل فيما يفعله المضارب قال في غاية البيان وكان القياس ان لا يذكر الفصل هنا بل كان ينبغي ان تذكر المسائل المذكورة فيه في اول الكتاب عند قوله واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويضع ويودع الا انه ذكر الفصل هنا لزيادة الافادة لانه ذكره هنا ما لم يذكر ثمة انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان ما ذكره بقوله الا انه ذكر الفصل هنا لزيادة الافادة لانه ذكر هنا ما لم يذكر ثمة لا يجدي شيئا في دفع ما ذكره اولا لان زيادة الافادة انما تقتضي ان لا يقتصر على ما ذكر في الكتاب بل يذكر مجموع ما ذكر هنا وما ذكر ثمة ولا يقتضي ان يذكر بعضها ثمة وبعضها هنا في فصل على حدة فبقي مقتضى القياس الذي ذكره في اول كلامه على حاله تبصر وقال في النهاية والعناية ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضارب زيادة للافادة وتنبيها على مقصودته افعال المضارب بالاعادة انتهى اقول لا يرد على هذا التقرير ما يرد على ذلك ولكن فيه شيء آخر يجب حله وهو ان قوله وتنبيها على مقصودته افعال المضارب بالاعادة يناسب في الظاهر قوله ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضارب لان الاعادة تقتضي الذكر مرة اولى وقد قال ولا ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضارب وحل ذلك ان المراد بالاعادة اعادة جنس افعال المضارب لا اعادة خصوص ما ذكر منها واعادة جنسها انما يقتضي ذكر جنسها مرة اولى لا ذكر خصوص ما يعاد من جنسها فلا منافاة تامل **قوله** لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره الى آخره اقول فيه شيء وهو ان الدليل قاصر عن افادة تمام المدعى اولا يجري في صورة خلط مال المضاربة بماله وهي داخلة ايضا في المدعى كما ترى **قوله** فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة قال صاحب العناية وكلام المصنف رح يوهم اختصاص الايضاع ببعض المال حيث قال من مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل بين كونه بعضا او كلا وبه صرح في الذخيرة والمبسوط انتهى اقول الظاهر في بيان ابهام كلام المصنف رح اختصاص الايضاع ببعض المال ان يقال حيث قال شيئا من مال المضاربة فان منشأ الابهام انما هو مجموع قوله شيئا من مال المضاربة لا قوله من مال المضاربة فقط لجواز ان يراد بكلمة من البيان لا التبعيض الا يرى انه لو قال فان دفع ما اخذه قبضه من مال المضاربة الى رب المال بضاعة تعين البيان وارتفع الابهام كما لا يخفى على الفطن بخلاف ما اذا قال فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فانه قريب من التصريح ببعض المال كما لا يشتبه على ذي فطرة سليمة وعن هذا قال صاحب النهاية وهذا اللفظ كما ترى يقتضي ان يكون المدفوع الى رب المال بعض مال المضاربة ولم يقل حيث قال من مال المضاربة واما صاحب الكافي فلما رأى لفظ المصنف رح موهما للاختصاص بايضاع بعض المال غيره فقال فان دفع المضارب مال المضاربة او شيئا منه الى رب المال بضاعة واشترى رب المال وباع فهي مضاربة بحالها انتهى **قوله** وقال زفر رح تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه لا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا يصح اذا شرط العمل عليه ابتداء قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال زفر رح رب المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل اذ لم يصرح فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصلح اشتراط العمل عليه ابتداء اقول هذا الشرح لا يطابق المشروح فان الظاهر منه ان علة فساد المضاربة عند زفر رح في مسئلتنا هذه كون تصرف رب المال في مال نفسه بغير توكيل بناء على عدم تصريح المضارب بالتوكيل ففهم منه ان المضارب لو صرح بالتوكيل يصح المضاربة عنده ايضا في هذه المسئلة وليس كذلك والظاهر من الشروح ان علة ذلك عند كون رب المال متصرفا في مال نفسه غير صالح لان يكون وكيلا فيه بناء على ان المرء لا يصلح وكيلا لغيره فيما يعمل في ملك نفسه ولقد افصح عنه صاحب الكافي حيث قال قال زفر رح تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه لان المرء فيما يعمل في ملكه لا يصلح وكيلا لغيره فصار مستردا انتهى **قوله** فان كان معه فاشترى بها ثيابا فقصر بها او حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع قال صاحب العناية

[illegible]

وانما ذكرها بعد ما مر تمهيد القوله وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ اقول هذا الكلام منه ليس بشئ لانه ان اراد ان هذه المسئلة مرت بعينها وخصوصا فليس كذلك قطعا وان اراد انها مرت في ضمن الاصل المذكور فيما مر حيث اندرجت تحت النوع الثالث من ذلك الاصل فهو مسلم ولكن المسئلة الثانية ايضا مرت بهذا المعنى حيث اندرجت تحت النوع الثاني من ذلك الاصل فلا وجه لجعل الاولى تمهيدا للثانية مع الاشتراك في المرور بالمعنى المزبور بل لم تكن مسئلة من مسائل ما يفعله المضارب خارجة من احد انواع ذلك الاصل فيلزم التكرار في كل واحدة منها على ما زعمه فالحق ان كل واحدة من هاتين المسئلتين مقصودة بالبيان ههنا من بين صحيحها كسائر المسائل ولا ينافيه اندراجها تحت اصل كلي ما كيف وتفريع الفروع على الاصول من هذا القبيل مع انه المسلك المعتاد في عامة المواقع قوله واذا صار شريكا بالصبغ انظمه قوله اعمل برأيك انظامه الخلطة فلا يضمنه قال في العناية فان قيل المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفا غاصبا فيجب ان يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما اجيب بان الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصار شريكا فلم يكن غاصبا فلا يضمن وقال وبهذا اندفع ما قيل المضارب اما ان يكون ماذونا بهذا الفعل او غير ماذون فان كان ماذونا وقع على المضاربة وان لم يكن فهو المضارب كالغاصب لما تبين انه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة لان فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك انتهى كلامه اقول في آخر كلامه اضطراب لان الظاهر من تعليل اندفاع ما قيل بقوله لما تبين انه خرج عن كونه غاصبا انه اختار كونه غير ماذون لان كونه غاصبا انما جعل فيما قبل فرعا لكونه غير ماذون فتعليل اندفاع ذلك تبين انه خرج عن كونه غاصبا يقتضي اختيار كونه غير ماذون فحينئذ لم يحتج الى ذكر قوله لكنه لم يقع على المضاربة الى آخره لان وقوعه على المضاربة انما جعل فيما قبل فرعا لكونه ماذونا فاذا اختار كونه غير ماذون كان استدراك عدم وقوعه على المضاربة مستدركا فان قلت مراده ان الفعل المضارب ههنا وهو صبغها احمر جهتين مختلفتين اولهما خلط مال المضاربة بمال نفسه وثانيتهما الاستدانة على المالك وان المضارب ماذون بهذا الفعل وغير ماذون باعتبار تينك الجهتين المختلفتين كما ذكره صاحب النهاية وفصله بما لا مزيد عليه قلت مع عدم مساعدة آخر كلام هذا الشارح ولا اوله الذي اشار اليه بقوله وبهذا اندفع له ذلك التوجيه الذي ذكره صاحب النهاية وفصله ليس ذلك بتام في نفسه اذ لا يرى وجه يقتضي ان يكون الفعل المضارب هذا جهة الاستدانة على المالك على ان الجهتين المذكورتين متضادين لا يمكن اجتماعهما في فعل واحد حتى يصير المضارب باعتبارهما ماذونا في فعله هذا وغير ماذون ثم اقول الصواب عندي في دفع ما قيل المضارب اما ان يكون ماذونا بهذا الفعل او غير ماذون الى آخره ان يختار كونه ماذونا به بقوله اعمل برأيك ويمنع وقوعه على المضاربة حينئذ اذ الاذن المذكور ليس بمقصود على ان يتصرف المضارب في مال المضاربة وحده بل يعم التصرف في مال المضاربة منفردا او منضما الى غيره بماله جهة في التمييز كخلط مال المضاربة بماله او بمال غيره على ما تقرر في بيان النوع الثاني من الاصل المال ذكره وقد اشار اليه المصنف رح ههنا بقوله واذا صار شريكا بالصبغ انظمه قوله اعمل برأيك انظامه الخلطة فلا يضمنه

فصل آخر لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة ذكرها في فصل على حدة ولما لم تكن من نفس مسائل المضاربة التي لا بد منها للمضاربة آخر ذكرها قوله بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الآمر لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب يعني ان الغاصب اذا توكل ببيع المغصوب يصير وكيلا ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب وجب عليه الضمان ولم يعتبر امينا قال صاحب العناية بعد هذا البيان وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو تعذر قد تقدم على قبض الامانة فيجوز ان يتغير اجميعا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته لاثبات حكمين متناقضين ثم قال ويمكن ان يجاب عنه بان مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما واما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر اذ لو لم يكن مستوفيا لبطل حق الموكل اذا رجع عليه بالف اخرى اصلا فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق براس المال وليستوفيه من الربح وحمله على الاستيفاء بالضمان

فصل في الاختلاف قال رح اذا كان مع المضارب الف فقال دفعت الي الف مضاربة وقال رب المال لا بل دفعت اليك الفين فالقول قول المضارب وكان ابو حنيفة رح يقول اولا القول قول رب المال ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو منكر والقول قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب لان الاختلاف في مقدار المقبوض في مثله القول قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض في الاختلاف مع عدمه في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته والبينة البينة على المدعي من فصل قبلت في البينات بالاثبات قال رح من كان معه الف درهم فقال هي مضاربة لفلان المضارب وقد ربح الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي عليه تفويض عمله او شرطا من جهته او يدعي الشركة وهو ينكر وان قال للمضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة او مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب

فاختار ابو حنيفة رح الامرين بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري انتهى اقول في الجواب نظر اما اولا فلان قول المصنف رح لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب صريح في اثبات امكان جعله مستوفيا بمجامعة الوكالة الضمان في صورة توكل الغاصب ببيع المغصوب فكيف يمكن ان يقال مقصوده مجرد دفع استحالة اجتماعهما ولئن سلم ذلك فلا يندفع به النظر المذكور لان حاصله ان السبب في صورة توكل الغاصب ببيع المغصوب متعدد وفيما نحن فيه واحد فلا يلزم من امكان اجتماعهما هناك امكان اجتماعهما ههنا واما ثانيا فلان قوله واما كونه مستوفيا فثابت يندفع الضرر عن الموكل ليس بتام لان الضرر اللازم للموكل على تقدير ان يرجع عليه الوكيل بالف اخرى انما هو الضرر الضروري الغير الناشي من صنع الوكيل اذ الكلام فيما اذا هلك الثمن المدفوع الى الوكيل من غير تعد منه ولا محذور شرعا في مثل هذا الضرر حتى يجعل الموكل مستوفيا لاجل دفع ذلك عنه فيجب عليه الضمان مع كونه بيد امانة الا يرى ان الوديعة اذا هلكت في يد المودع من غير تعد منه يلزم المودع مثل هذا الضرر مع انه لا يجب على المودع الضمان لدفع ذلك عن المودع بلا ريب واما ثالثا فلان قوله واما هو فانحق رب المال الا نفسيع الى قوله فاختار الامرين غير مستقيم فيما اذا هلك الالف والعبد معا اذ لا يبقى حينئذ شيء من راس المال حتى يلحق الهالك فيستوفيه رب المال من الربح والظاهر ان جواب المسئلة وهو دفع رب المال الثمن الهالك ورجوع المضارب عليه مرة بعد اخرى جار في هذه الصورة ايضا بناء على الدليل المذكور في الكتاب قال في النهاية ومعراج الدراية ذكر الامام المحبوبي ثلثة اوجه في الفرق بين المضارب والوكيل احدها ما ذكر في الكتاب والثاني اما لو لم يحل قبض الوكيل على الاستيفاء لا بطلنا حق الموكل اصلا لانه اذا رجع عليه بالف اخرى ضاع ذلك اصلا فاما ههنا فحق رب المال لا نضيع اذا حملنا على الامانة لانه يلحق براس المال ويستوفيه من الربح ولو حمل على الاستيفاء يلحق المضارب ضرر فوجب اختيار احد الامرين والثالث ان الوكيل لما اشترى فقد انعزل عن الوكالة فلا يرجع على الموكل بعده فاما المضارب فلا ينعزل بالشراء ويتصرف في كل مرة لرب المال فيرجع عليه في كل مرة انتهى اقول في كل واحد من تلك الاوجه الثلثة نظر اما في الاول فلما عرفته آنفا واما في الثاني والثالث فلان كل واحد منهما يقتضي ان لا يرجع الوكيل على الموكل في مرة اولى ايضا اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء مع انهم صرحوا برجوعه عليه في المرة الاولى في تلك الصورة اما اقتضاء الثاني ذلك فلان ابطال حق الموكل يتحقق بالرجوع في المرة الاولى ايضا لعلة مذكورة واما اقتضاء الثالث اياه فلان انعزال الوكيل عن الوكالة لما تحقق بالاشتراء كان الرجوع بالهلاك بعد الاشتراء رجوعا بما حدث بعد زوال الامانة بالانعزال ولو كان في مرة اولى وايضا يرد على الوجه الثاني ما اوردناه ثانيا وثالثا على جواب صاحب العناية عن نظره تامل تقف ثم اقول الحق عندي في الفرق بين المضارب والوكيل في مسئلتنا هذه ان يقال قبض الوكيل بعد الشراء استيفاء لانه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فانه بمنزلة البائع من الموكل حيث انعقد بينهما مبادلة حكمية كما مر في كتاب الوكالة فاذا قبض الثمن بعد الشراء صار مستوفيا له فصار مضمونا عليه فاذا هلك بعده لم يكن له ان يرجع به على الموكل ولهذا لم يرجع عليه اصلا فيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه الثمن فهلك ولم يرجع عليه الا مرة فيما اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء امانة في يده وهلك بعد الشراء وقد اشار اليه المصنف رح بقوله لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعله مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل الشراء امانة في يده وهو قائم على الامانة بعد فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر

فصل في الاختلاف اي في الاختلاف بين رب المال والمضارب اخر هذا الفصل لان الاختلاف في الرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين المسلمين قوله ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هو بضاعة او وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب قال صاحب العناية وسماه مضاربا وان اتفق على عدمه لاحتمال ان يكون مضاربا في الاول ثم اقرضه انتهى وقد سبقه الى هذا التوجيه تاج الشريعة اقول تسميته احد المتخالفين مضاربا عند تحقق اتفاقهما على خلافه بمجرد احتمال ان يكون مضاربا في الاول مما لا تقبله فطرة سليمة

لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع قال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لان الاصل
فيه العموم والاطلاق والتخصيص تعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال
لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته فيكون القول له ولو اقاما البينة فالبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم
حاجة الآخر الى البينة ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول

جدا والاقرب عندي انه سماه مضاربا للمشاكلة بما ذكر في جواب هذه المسئلة على طريقة قوله تعالى تعلم ما في نفسي ولا اعلم ما في نفسك وقول الشاعر قالوا اقترح
شيئا نجد لك طبخه قلت اطبخوا لي جبة وقميصا ۞ قوله لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر حمل صاحب النهاية التملك في قول المصنف رح يدعي عليه
التملك على تملك الربح حيث قال اي تملك الربح وسلك صاحب العناية ايضا هذه المسئلة حيث قال لانه يدعي عليه تملك الربح اقول الظاهر ان مراد المصنف رح
بالتملك هنا تملك الاصل المال لان دعوى الاستقراض دعوى تملك اصل المال واما تملك الربح فاما تابع لتملك اصل المال في هذه الدعوى فحمل التملك هنا
على تملك الربح لا يخلو عن قبح اما اولا فلما اشرنا اليه من ان الاصل في دعوى تملك اصل المال وتملك الربح من فروع ذلك وحمل التملك في الدليل على تملك
الربح يوهم خلاف الاصل واما ثانيا فلان دعوى تملك الربح قد ينفك عن دعوى تملك اصل المال كما اذا ادعى المضاربة فان المدعي هناك استحقاق الربح دون
استحقاق اصل المال فادعى مجرد تملك الربح لا يدل على تمام المدعى فيما نحن فيه على ان الشائع في الاستعمال عندهم استحقاق الربح دون تملك الربح واما تملك الربح
كما ذكره صاحب العناية ففي نفس صحته ايضا اشكال يظهر ذلك كله بالتامل الصادق وتتبع قواعد الفقه واقوال الائمة ۞ قوله والبينة بينة المضارب لحاجته الى
نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة قال صاحب النهاية ورب المال ايضا محتاج الى اثبات ما ادعاه ليصل حقه اليه بل بينة رب المال اقوى بالقبول
لاثباتها امرا عارضا وهو الضمان وشرعية البينات لاثبات الامر العارض غير الظاهر كما في بينة الخارج مع بينة ذي اليد فكان هذا مما يتامل في صحته وان
كانت رواية الايضاح تساعده ايضا انتهى كلامه وقال صاحب العناية قال المصنف رح لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة واعترض عليه بان
البينة للاثبات لا للنفي وبان الآخر يدعي الضمان فكيف لا يحتاج الى البينة واجيب بان اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفي الضمان فاقام المصنف رح اللازم
مقام الملزوم كناية وبان ما يدعيه من المخالفة فهو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر فلا يحتاج الى بينة الى هنا كلامه اقول جوابه عن ثاني وجهي الاعتراض ليس
بسديد لان الثابت باقرار الآخر انما هو النوع الذي يدعيه الآخر لا مخالفته لاذن رب المال فانه يدعي الموافقة له وسبب الضمان انما هو المخالفة فلا يتم التقرير
والصواب في الجواب عنه ان يقال عدم احتياج رب المال الى البينة في مسألتنا هذه لا لانه ليس بمدع شيئا بل لان القول قوله لكون الاذن مستفادا من جهته
كما تقرر فيما مر آنفا وكان ما يدعيه ثابتا بقوله فلم يحتج الى البينة ولهذه النكتة قال المصنف رح وعدم حاجة الآخر الى البينة ولم يقل وعدم قبول بينة الآخر وبهذا
الجواب يظهر اندفاع ما توهمه صاحب النهاية في استشكال ما ذكره المصنف رح ههنا فتدبر ۞ قوله ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى اقول
لقائل ان يقول هذا مناقض لما ذكره آنفا من ان البينة بينة المضارب لجواز ان يكون صاحب الوقت الاخير رب المال ويمكن التطبيق بان يحمل ما ذكره
اولا على عدم التوقيت قال صاحب العناية بعد ان ذكر قول المصنف رح ولو وقتت البينتان الى آخره وان لم يوقتا او وقتا على السواء او وقتت
احدهما دون الاخرى فالبينة لرب المال اقول هو وعليه ان هذا ينافي ما ذكره المصنف رح من ان البينة بينة المضارب اذ لا يمكن ان يحمل هذا على التوقيت
وذاك على عدم التوقيت كما ترى ولقد احسن صاحب النهاية في اسلوب التحرير ههنا حيث لم يزد على قول المصنف شيئا ولو وقتت البينتان الى آخر شيئا من المسائل
التي زادها عليه صاحب العناية بل تعرض لشرحه وتمثيله فقد اولا قال بعد ما استشكل قول المصنف رح فيما قيل والبينة بينة المضارب الى آخره واما صاحب الذخيرة
رحمه الله وشكر مساعيه جعل حكم نفي المضارب ورب المال في دعوى الخصوص والعموم في دعواهما الخصوص واحدا وذكر ما في الذخيرة مفصلا مشروحا بها
المسائل التي ذكرها صاحب العناية عقيب قول المصنف رح ولو وقتت البينتان الى آخره فكان ذكر تلك المسائل في تحرير صاحب النهاية منسوبا الى صاحب الذخيرة
فلا يضره منافاة ذلك لما ذكره المصنف رح لاعترافه بان ما ذكره المصنف رح ههنا مطابق لرواية الايضاح دون رواية الذخيرة

كتاب الوديعة

قال الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فيتعطل مصالحهم قال والمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مر في اول كتاب الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقي من الادنى الى الاعلى لان الوديعة امانة وتملك شيء وفي العارية تمليك المنفعة بلا عوض وفي الهبة تمليك العين بلا عوض وفي الاجارة تمليك المنفعة بعوض وهي عقد لازم واللازم اقوى واعلى فما ليس بلازم فمقارن في الكل الترقي من الادنى الى الاعلى كذا في الشروح ثم محاسن الوديعة ظاهرة اذ فيها اعانة عباد الله تعالى في الحفظ ووفاء الامانة وهو من اشرف الخصال عقلا وشرعا قال عليه الصلوة والسلام الامانة تجر الغنى والخيانة تجر الفقر وفي المثل الامانة اقامة للملوك مقام السلوك والخيانة اقامة الملوك مقام الملوك ثم ان الوديعة لغة فعيلة بمعنى مفعولة مشتقة من الودع وهو الترك عن ابن عباس رض ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لينتهين اقوام عن ودعهم الجمعات اي عن تركهم اياها قال ثم زعمت النحوية ان العرب اماتوا مصدر يدع والنبي عليه السلام افصح العرب وقد رويت عنه هذه الكلمة وسميت الوديعة بها لان شيئا يترك عند الامين كذا في المغرب وبعض الشروح قال صاحب العناية وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة بها لانها تترك بيد امين انتهى اقول فيه سماحة ظاهرة اذ ليست الوديعة في اللغة بمعنى الترك بل هي في اللغة بمعنى المتروكة وانما الذي بمعنى الترك هو الودع فلا يصح قوله وتفسيرها لغة الترك الا بتاويل بعيد لا يساعده لفظه وهو ان يراد بذلك انها مشتقة من الودع الذي هو الترك وقال جماعة من الشراح الوديعة في الشريعة عبارة عن التسليط على حفظ المال اقول الظاهر ان الوديعة في الشريعة ايضا هي المال المودع الذي يترك عند الامين لا نفس التسليط على حفظ المال وانما التسليط على حفظ المال هو الايداع وعن هذا قال صاحب الكافي والكفاية الايداع لغة تسليط الغير على حفظ اي شيء كان مالا او غير مال يقال اودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده فانا مودع ومستودع بكسر الدال فيهما وزيد مودع ومستودع بالفتح فيهما والمال مودع ووديعة وشريعة تسليط الغير على حفظ المال انتهى حيث فسر الايداع بالتسليط المزبور دون الوديعة وقالا والمال مودع ووديعة واقول فيما ذكر في الكافي والكفاية ايضا شيء لان محصول ذلك ان معنى الايداع لغة اعم من معناه شريعة لاختصاص الثاني بالمال وتناول الاول المال وغيره ولكن المفهوم من معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس والمغرب وغيرها اختصاص المال ايضا بالمال لان المذكور فيها عند بيان معناه يقال اودعته مالا اي دفعته اليه ليكون وديعة عنده فلو لم يكن له اختصاص بالمال في اللغة ايضا لما اطبق ارباب اللغة على ذكر المال في بيان معناه بل كان اللائق بهم ان يقولوا يقال اودعته شيئا اي دفعته اليه ليكون وديعة عنده والعجب من صاحبي الكافي والكفاية بعد ان قالا الايداع لغة تسليط الغير على حفظ اي شيء كان مالا او غير مال والا ايضا يقال اودعت دينا بالادا استودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده وليس فيما استشهدوا به شيء يوهم العموم بل فيه ما يشعر بالخصوص كما عرفت آنفا فكان اللائق بهما حذا ترك ذلك **قوله** الوديعة امانة في يد المودع الى آخره قال صاحب النهاية فان قيل الوديعة والامانة كلاهما عبارتان عن معبر واحد فكيف جوز بينهما المبتدأ والخبر اذ لا يجوز ايقاع اللفظين المترادفين مبتدأ وخبرا الا على طريق التفسير كقولك الليث اسد والحبس منع ومراد المصنف ههنا ليس تفسير الوديعة بالامانة قلنا جواز ذلك ههنا بطريق العموم والخصوص فان الوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بان هبت الريح في ثوب انسان والقته في حجر غيره والحكم في الوديعة انه يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق وفي الامانة لا يبرأ بعد الخلاف وكذا نقل عن الامام بدر الدين الكردري الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب الكفاية قال الشيخ الامام بدر الدين رحمه الله الفرق بين الوديعة والامانة بالعموم والخصوص فالوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد

ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا

بان هبت الريح في ثوب انسان والقته في حجر غيره والحكم في الوديعة انه يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق في الامانة الى
هنا كلامه اقول يرد على الجواب المزبور والفرق المذكور ان التقرير المسطور يقتضي ان يكون بين الوديعة والامانة تباين لا عموم وخصوص فانه قد اعتبر في
الاولى القصد وفي الاخرى عدم القصد وهما لا يجتمعان في مادة اصلا وكذا جعل حكم الاولى ان يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وحكم الاخرى ان لا يبرأ
عن الضمان بالعود الى الوفاق وهما قسمان قسمان لا يترتبان على شيء واحد فلا يتصور بينهما عموم وخصوص بل تبيين التباين وحمل احد المتباينين على الآخر
غير صحيح قطعا فلا يتم التقريب وقال صاحب العناية ههنا قد ذكرنا ان الوديعة في الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة اعم من ذلك فانها
قد تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فالقته في بيت غيره واذا كان كذلك جاز حمل الاعم على الاخص انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان الامانة
مباين للوديعة بهذا المعنى لا انها اعم منه بل المراد بالوديعة ما يترك عند الامين انتهى اقول قد كان لاح لي ما ذكره من حيث كون الوديعة بهذا المعنى مباينا للامانة مع
كلام آخر وهو انه يلزم حينئذ انه لا يصح قول المصنف رح الوديعة امانة في يد المودع اذ التسليط على الحفظ امر معنوي لا يمكن ان يكون في يد المودع ولكن دفعهما معا
بحمل كلام صاحب العناية على المسامحة بان يكون مراده بقوله هو التسليط على الحفظ هو ما يحصل بسبب التسليط على الحفظ فيكون حمل نفس التسليط على الوديعة
من قبيل الاسناد المجازي فلا ينافي هذا ان تكون الوديعة في الحقيقة ما يترك عند الامين فيندفع الحذور ان المزبور ان معا ثم ان هذا التوجيه وان كان بعيدا
عن ظاهر اللفظ الا انه لا بد من المصير اليه لصيانة الكلمات ثقات الناظرين في هذا المقام فان دونك المحذورين يردان على ظاهر لفظ كل واحد منهما الا ترى انه
قال في النهاية والكفاية فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي دفع في يده من غير قصد وقال في غاية البيان لان الوديعة عبارة عن كون الشيء
امانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصدا والامانة قد تكون من غير قصد الى غير ذلك من عبارات المشائخ لبقي ههنا شيء وهو ان ما ذكره الشراح ههنا من ان الامانة
اعم من الوديعة بناء على اعتبار القصد في الوديعة دون الامانة مخالف لما صرحوا به في اواخر باب الاستثناء من كتاب الاقرار من ان الوديعة قد تكون
من غير صنع صاحبها كاللقطة فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح فالقت ثوبا في دار انسان والمجرد ما ذكره المصنف رحمه الله
هناك من ان الوديعة قد تكون من غير صنعه فلا يقتضي المخالفة بجواز ان يكون مراده بقوله من غير صنعه من غير
صنع المقر لا من غير صنع صاحب الوديعة كما يرشد اليه قوله هناك حتى لو قال اودعنيها كان على هذا الخلاف وقد نبهت عليه هناك فتدبر ثم ان صاحب النهاية بعد ان
ذكر الجواب الاول ونسبه الى الامام بدر الدين الكردري كما مر قال والاولى من الجواب فيه ان يقال لفظ الامانة صار علما لما هو غير مضمون فكان قولنا هو امانة
عنده اي غير مضمون عليه من غير تفاوت بين اللفظين بوجه من الوجوه حتى ان لفظ الامانة يستحب استعماله في جميع الصور التي لا ضمان فيه واراد بالوديعة
ما وضع للامانة بالايجاب والقبول وكانا متغايرين فصح ايقاعهما مبتدأ وخبرا انتهى اقول فيه نظر اذ لو كان المراد بالامانة المذكورة في الكتاب يعني غير مضمون لما احتيج
الى ذكر قوله اذا هلكت لم يضمن للقطع بقبح ان يقال الوديعة غير مضمونة على المودع اذا هلكت لم يضمن لكون الثاني مستدركا ورد عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال انما
نقله وفيه ما فيه لان العلم ما وضع لشيء بعينه وغير مضمون ليس كذلك وليت شعري اي علم هذا من اقسام الاعلام انتهى كلامه اقول دفع هذا سهل لان لفظ الامانة
ان كان علما لما هو غير مضمون كان من اعلام الاجناس كاسامة فانه علم لجنس الاسد وسبحان فانه علم لجنس التسبيح الى غير ذلك من اعلام الاجناس التي ذكروها
في كتب النحو وبينوا وجوهها في تعريف العلم بما وضع لشيء بعينه غير متناول بموضوع واحد فمن البين مباحث ذلك في محالها لا يشتبه عليه الامر فيما نحن فيه **قوله** ولانه لا يجد بدا
من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به اقول فيه شيء وهو ان قوله فكان المالك راضيا به يشعر بكونه
مدار جواز دفع الوديعة الى عياله رضى المالك به وذلك يقتضي عدم جواز دفعها اليه عند عدم رضاه به وليس كذلك فان المالك اذا نهى عن دفعها الى احد
من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن كما سيأتي في الكتاب فالظاهر ان مدار ذلك هو الضرورة كما هو المفهوم من قوله ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله فالاولى
ان يترك قوله فكان المالك راضيا به ويقال بدله فامتناع الحفظ بعياله يقتضي سد باب الودائع وتعطل مصالح العباد كما وقع في شرح القدوري للامام الزاهدي

فان حفظها بغيرهم او دعها غيرهم ضمن لان المالك رضي ببدله لا ببدل غيره والابدي مختلف في الامانة اقول فيه ايضا شيء وهو ان ظاهر التعليل ايضا يقتضي ان يضمن ايضا اذا حفظها بيد من في عياله لا بيد نفسه لان يدهم غير يد نفسه فالاظهر ان يقال لان المالك رضي بيدهم لا بيد غيرهم على نهج قوله في نفس المسئلة فان حفظها بغيرهم واودعها غيرهم على صيغة الجمع الشاملة لنفسه وعياله كما وقع في شرح القدوري للامام الزاهدي حيث قال لان الابدي مختلف في الامانة فلا يكون رضا بيدهم رضي بيد غيرهم **قوله** ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها قال بعض الفضلاء فيه تامل فان المعلول هنا جواز الشركة والعلة امكان القسمة والقسمة نفسها من موجبات نفس الشركة انتهى اقول هذا ساقط فان القسمة نفسها ليست من موجبات الشركة قطعا ولا شك انه لا يجب على الشركين في شيء قسمة ذلك الشيء بل يجوز ان يتصرفا فيه على الاشتراك من غير قسمة ابدا فانما الذي من موجبات نفس الشركة وجوازها هو جواز القسمة لا القسمة نفسها فلا يصلح ان يكون جواز القسمة فيما نحن فيه علة موجبة للشركة لئلا ينقلب المعلول علة فان المعلول هنا عندهما جواز الشركة قبل ان تتعلق مشيته للمودع بالشركة ونفس الشركة بعد ان تتعلق مشيته بها وكلاهما كانا موجبان جواز القسمة تامل **قوله** وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة عند ابي حنيفة رح الى آخره قال صاحب العناية في حل هذا المحل قالوا اذا كان الطريق امنا فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق واذا كان امنا وله بد من السفر فكذلك ان لم يكن وسافر باهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه امكنه تركها في اهله انتهى اقول هذا تحرير مختل وحل فاسد لانه ان كان مقول القول في قالوا المجموع ما ذكره وبان كان قوله اذا كان الطريق امنا شرطا وما بعده جزاء فسد المعنى جدا اذ يلزم حينئذ ان يكون ما كان الطريق مخوفا قسما ما كان امنا فيلزم ان يكون ضد الشيء قسما منه وهو باطل قطعا وان كان مقول ذلك قوله اذا كان الطريق آمنا فقط بان معناه قالوا هذا الذي ذكر في الكتاب اذا كان الطريق امنا كما هو المطابق لما في الكافي وسائر الشروح وكان قوله فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق بيانا لحكم كون الطريق مخوفا في المسافرة بالوديعة وكان قوله واذا كان آمنا وله بد من السفر الى آخره تفصيلا لحكم كون طريق امنا في المسافرة بالوديعة فمعنى المقام ايضا لانه ان اراد بقوله اذا كان الطريق امنا في قوله قالوا اذا كان الطريق امنا ما هو عام لما كان له بد من السفر ولما لم يكن كما هو الظاهر من اطلاق اللفظ كان له بد من السفر ولما لم يكن كما هو الظاهر من اطلاق اللفظ كان قوله في التفصيل واذا كان امنا وله بد من السفر فكذلك منافيا لذلك قطعا وان اراد بذلك ما هو مقيد بان لم يكن له بد من السفر فمع كون اللفظ غير مساعد له ينافيه قوله في التفصيل وان سافر بنفسه ضمن لانه قسم من ذلك التقييد كما ترى مع ان حكمه وهو الضمان مخالف لما ذكر في الكتاب على ان ما ذكر في الكتاب فيما اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه كما يقتضيه اطلاق اللفظ ويدل عليه قطعا قول المصنف رح فيما بعد واذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ولم يذكر في واحد من كتب الفقه ولم ينقل عن احد قط التفصيل الذي ذكره صاحب العناية في صورة ما كان الطريق آمنا ولم يعين المالك المصر للحفظ فيه وانما ذكر ذلك التفصيل في صورة ان كان الطريق مخوفا او ان عين المالك المصر للحفظ فيه فالصواب في هذا المقام تحرير صاحب النهاية حيث قال هذا كله اذا كان الطريق امنا اما اذا كان مخوفا وله بد من السفر ضمن بالاتفاق وكذا الاب والوصي وان لم يكن له بد من السفر ان يسافر باهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه تمكنه ان يتركها في اهله كذا في الجامع الصغير لقاضي خان انتهى وتحرير صاحبي الكفاية ومعراج الدراية حيث قالا هذا اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه بل اطلق فان عين الحفظ في المصر سافر ان كان سفر الا بد له منه بد ضمن وان كان سفر الا بد له منه فان امكنه الحفظ مع السفر بان امكنه

وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان يأخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك هذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع اليه ولابي حنيفة رح انه طالبه بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمقر وحقه في المشاع والمقر للمعين يشتمل على الحقين كغير حقه بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها

ان يترك واحدا من عياله يتبع الوديعة في المصر ضمن وان لم يكن ذلك لم يضمن انتهى وكان صاحب العناية لم يفرق بين الحالين فخلط الكلام وافسد معنى المقام

قوله وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان يأخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك قال في العناية وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على ان المراد بموضع الخلاف والمذكور في مختصر القدوري من قوله وديعة المكيل والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون انتهى اقول فيه بحث اولا ليس فيما ذكره من رواية الجامع الصغير ما يشعر بحصر موضع المسألة فيما يقسم حتى يدل به على ان موضع الخلاف هو المكيل والموزون قوله لان المذكور فيه الالف وهو موزون ليس بشيء اذ لا شك ان الالف انما ذكر فيه على سبيل التمثيل لا الحصر كيف ولو افاد ذلك الحصر لكان موضع المسألة المذكورة فيه غير متناول للمكيل اصلا بمقتضى قوله وهو موزون والا للموزون الذي هو غير الالف فيفوت المطلوب وقال في معراج الدراية قال ابو جعفر في الكشف في هذه الرواية من الفائدة ما ليس في رواية كتاب الوديعة وذلك ان رواية كتاب الوديعة القاضي لا يامر المودع بالدفع وكان يجوز ان يقول قائل ان كان القاضي لا يامر المودع بالدفع فله ان يأخذه ديانة فلما قال في الجامع ليس له ان يأخذه زالت هذه الشبهة وفائدة اخرى ان رواية كتاب الوديعة في اثنين ورواية الجامع في الثلاثة فلولا رواية الجامع لكان لبعض ان يقول نصيب الواحد الحاضر من الثلاثة اقل من نصيب الغائبين فيصير مستهلكا ويجعل تبعا للاكثر فلا يؤخذ من المودع فاما نصيب الحاضر من الرجلين فلا يكون مستهلكا ولا تابعا فله اخذه فتبين برواية الجامع ان كليهما سواء انتهى اقول في الفائدة الاخرى نظر لان جواب المسألة في رواية الجامع الصغير ان ليس للحاضر ان يأخذ نصيبه عند ابي حنيفة رح وهذا لا يدفع توهم قائل ان علة عدم الاخذ في هذه الصورة قلة نصيب الحاضر بل يؤيده لمساعدة هذه الرواية ذلك الاحتمال وانما يدفعه رواية كتاب الدعوى لان نصيب الحاضر ليس باقل من نصيب الغائب في تلك الرواية فلا مجال لتوهم ان يكون علة عدم دفع نصيب الحاضر اليه قلة نصيبه فتلك الفائدة الاخرى انما تظهر لو ذكرت رواية كتاب الوديعة بعد ذكر رواية الجامع الصغير على عكس ما في الكتاب اللهم الا ان يكون بناء تلك الفائدة على قول ابي يوسف رح ومحمد رح في هذه المسألة دون قول ابي حنيفة رح فحينئذ تظهر على ترتيب الكتاب تامل تقف **قوله** بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه اي حق المديون لان الديون تقضى بامثالها فلا يكون هذا تصرفا في حق الغير بل يكون المديون متصرفا في مال نفسه فيجوز كذا في النهاية وغيرها قال صاحب العناية بعد ان شرح هذا المقام اولا هكذا وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك انتهى اقول هذا النظر في غاية السقوط لان المديون مامور بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك اذ لا شك انه يجب على المديون قضاء دينه فلما لم يتصور قضاء الدين بعينه بل لا بد من ان يقضي بمثله وجب على المديون للدائن دفع مثل دينه من ماله الى دائنه فكان مامورا به وبالجملة ليس كل ما يجب على انسان لانسان دفع عين ما اخذه منه بل قد يكون دفع مثله وبدله كما فيما نحن فيه فلا محذور قطعا ثم قال صاحب العناية والحق ان الضمير في حقه للشريك لا للمديون كما وقع في الشروح ومعناه لان الشريك يطالب المديون بتسليم اي بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان المديون يقضي بامثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان كلام المصنف رح لا يساعده لان الضمير في حقه لو كان للشريك دون المديون لم يتم استدلاله على قوله لانه يطالبه بتسليم حقه بقوله لان المديون يقضي بامثالها اذ كون قضاء الديون بامثالها لا باعيانها لا يدل على ان الشريك يطالب المديون بتسليم حق نفسه لان المثل مال المديون فلم يكن حق الشريك بل كان حق المديون فقضاء الدين بالمثل لا يكون تسليم حق الشريك بل يكون تسليم حق المديون هذا مما لا شبهة له واما ثانيا فلان ما توهمه في نظره السابق من لزوم كون الانسان مامورا بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك اولى بالورود على تقريره نفسه بدون ملاحظة ما ذكرنا في سقوطه لانقال وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بامثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة

[illegible]

انتهى وهذا احق بما توهمه كما ترى والدفع ما اوضحناه من قبل **قوله** له ان ياخذه اى قول الخصم فى هذه المسئلة كذا وهو الامام على ما مر وقد تعسف ذلك الشارح انتهى حيث قال والضمير فى قوله يرجع الى القائل المعهود فى الذهن اى قول القائل نصرة لقولها كذا انتهى ولا يخفى ما فيه واما سائر الشراح فلم يتعرض احد منهم لتوجيه اقول الضمير قوله ههنا قلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع الى آخره جواب عن قول الامامين له ان ياخذه تقريره ان جواز الاخذ لا يستلزم ان يجبر المودع على الدفع اذ الجبر ليس من ضرورات الجواز اى من لوازمه لانفكاكه عنه كما اذا كانت له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغريمه فلغريمه اى لغريم المودع بكسر الدال ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفع اليه كذا فى العناية وغيرها اقول هذا اشكال وهو ان هذا الجواب لا يتمشى على رواية الجامع الصغير فان جواب المسئلة فيها فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه عنده وهذا دال على عدم جواز اخذ احد الشريكين نصيبه من المودع فى غيبة الآخر عند ابى حنيفة رحمه الله والجواب المذكور فى الكتاب مشعر بجواز اخذ احد الشريكين نصيبه من المودع فى غيبة الآخر عند ابى حنيفة رح ايضا وان لم يجبر المودع على دفع ذلك اليه عنده كجواز اخذ غريم المودع بالكسر ما اودعه عنده انسان اذا ظفر به من المودع بالفتح وان لم يكن للمودع ان يدفعه اليه اذ لو لم يكن المراد بالجواب المزبور تجويز اخذ الشريك الحاضر نصيبه من المودع بدون ان يجبر المودع على دفع ذلك اليه عند ابى حنيفة رح لما احتج فى الجواب من قبله عن قولهما ولهذا كان له ان ياخذه الى التشبيه بحديث ان ليس من ضرورات جواز الاخذ ان يجبر المودع على الدفع بل لما افاده الحديث المقصود بل كان الواجب فى الجواب من قبله عن قولهما المذكور منع جواز الاخذ ايضا فالجواب المزبور انما يتمشى على ما ذكر فى مختصر القدورى وهو المسمى عند الفقهاء برواية كتاب الدعوى كما سمعت فيما مر واعلم ان صاحب غاية البيان قال فى شرح قولهما ولهذا كان له ان ياخذه فكذا هو يؤمر بالدفع اليه لو كان المال فى ايدى الشريكين كان لواحد منهما ان ياخذ نصيبه بغير رضى الآخر فكذلك هنا له ان ياخذ نصيبه من المودع وقال فى شرح الجواب عنه والجواب عن قولهما لو كان فى ايديهما كان ان ياخذ نصيبه لقول لا يلزم عن ذلك ان ياخذ نصيبه من المودع الا ترى ان الغريم اذا اخذ من مال غريمه جنس حقه جاز ولا يجبر على الرد ولا يجوز ان ياخذ حقه من مودع الغريم اذا اخذ من الغريم وهذا معنى قوله كما اذا كان له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغريمه فلغريمه ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه الى هنا كلام ذلك الشارح اقول فعلى هذا الاستخراج يتمشى هذا الجواب على كلتا الروايتين ولكن لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام ان تقرير المصنف رح لا يساعده ذلك جدا تدبر **قوله** وشرح ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة اى على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة ان يكون الالف الواحد مودعا من اثنين بكماله كذا فى الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو الحق عندى فى معنى هذا المقام فتدبر التعليل حينئذ لقوله لا يحلفان الصدق بلا كلفة اصلا واما بعض الفضلاء فقد قصد توجيه المقام بالحمل على صحة دعواهما على سبيل الاجتماع حيث قال فى بيانه بان يودعه احدهما فيشتريه المودع سلعة من الآخر ويسلمه اليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه ايضا انتهى اقول ليس هذا الشئ لان ما ذكر فى اصل المسئلة من قوله فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له اودعها اياه يدل على ان كل واحد منهما ادعى انها ملك له فى الحال اودعها اياه ولا شك ان العين الواحد لا يتصور ان يكون ملكا للاثنين بكماله فى حالة واحدة ولا ان يكون مودعا من اثنين بكماله فى حالة واحدة وفى الصورة التى ذكرها ذلك القائل قد زال ايداع احدهما الالف ممن هى فى يده وزال ملكه عنها ايضا باشترائه سلعة من الآخر وتسليمها اليه فكيف يحتمل ان يصدقا معا فى دعواهما المزبورة **قوله** ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقين قال جماعة من الشراح فى تعليل تغاير الحقين لان كل واحد منهما يدعى الفا اقول يرد عليه ان كل واحد منهما انما يدعى الفا مضافا وهو ما فى يد المدعى عليه كما صرح به فى وضع المسئلة والنقود متعينة فى الودائع على ما تقرر فى موضعه ونص عليه الزيلعى فى شرح هذه المسئلة فى التبيين فمن اين يدل هذا على تغاير الحقين ثم ان بعض الفضلاء بين مغايرة الحقين بوجه آخر

[illegible]

كتاب العارية

قال الله تعالى ويمنعون الماعون تفسيره الزكاة لانه يمنع لسان تداسعار النبي عليه السلام دعوة من مضطر دعى عليك الماعون بعرض عرض كان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بالعين لانعقاد بلفظة الاباحة كما يشعر به [illegible] فيه تقريب البدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذلك يعمل فيه الايجاب كالاجارة من غير ذكر تقول ابيتك عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا ينعقد بلفظة التمليك والتاقيت وتابة التمليك لا كان التمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين كذلك المنافع والجامع بينهما رفع الحاجة فتنعقد بلفظة الاباحة وتنعقد بلفظة التمليك

حيث قال والظاهر ان تفاير الحق المستحق فلكل منهما حق في يمينه على ما مر في الدعوى من قوله عليه السلام لك يمينه انتهى اقول ليس هذا بمفيد ههنا لان ما يقتضيه ان يكون لكل منهما حق في يمينه انما هو عدم الاكتفاء بتحليفه لاحدهما فقط وهذا لا يستلزم تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد كما هو المطلوب ههنا بل تحصيل تحليفه لهما معا وانما الذي يقتضي تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد هو ان يكون لكل واحد منهما حق في يمينه الا ترى انهما لو ادعيا من احد شيئا واحدا مشتركا بينهما على سبيل الشيوع كان لكل واحد منهما حق في يمينه قطعا مع انه لا يجب تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد والاظهر في تعليل ان يحلف ههنا لكل واحد منهما على الانفراد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وانما يحلف لكل واحد منهما بانفراده لان كل واحد منهما ادعاه بالفراده انتهى تدبر **قوله** اما الكلول انما تصير حجة عند القضاء فجاز ان يوجد ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء قال صاحب العناية في بيان وجه القضاء بان يقضي بالالف للاول او للثاني او لهما جميعا لانه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله للاول ولو نكل للثاني ايضا كان الالف بينهما انتهى اقول لا صحة لقوله او للثاني اذ لا احتمال للقضاء بالالف للثاني بعد نكوله في يد الاول والكلام فيه فالمحتمل ههنا وجهان لا غير والعجب انه قال في التعليل لانه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله للاول ولو نكل للثاني ايضا كان الالف بينهما وهذا قطعي في ان المحتمل ههنا وجهان لا غير وكان منشأ زلته هو ان سائر الشراح قالوا في بيان وجه القضاء بان يقضي بالالف لهما او لاحدهما فتوهم الشارح المزبور ان فتح لهم او لاحدهما هو الوجه الاول والثاني فوقع فيما وقع مع ان مرادهم به احدهما بعينه وهو الاول

كتاب العارية

[illegible] وجه مناسبة هذا الكتاب بما قبله في اول الوديعة ثم انه قد وقع الاختلاف في تفسير العارية لغة وشريعة اما لغة فقد قال الجوهري في الصحاح العارية بالتشديد منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب والعارة مثل العارية انتهى وقال المطرزي في المغرب العارية اصلها عورية فعلية منسوبة الى العارة اسم من الاعارة كالكرامة من الاكرام واخذها من العار العيب والعري خطأ انتهى وفي بعض الشروح ما ذكر في المغرب هو المعول عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم باشر الاستعارة فاو كان في طلبها عار لما باشر وفي القاموس والمغرب وقد يخفف العارية وفي المبسوط قيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكانه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء ولهذا كانت الاعارة في المكيل والموزون قرضا لانه لا ينتفع بها الا باستهلاك العين فلا تعود النوبة اليه في تلك العين لتكون عارية حقيقة وانما تعود النوبة اليه في مثلها واما شريعة فقال عامة العلماء هي عبارة عن تمليك المنافع بغير عوض وقال الكرخي والشافعي رح هي عبارة عن اباحة الانتفاع بملك الغير وسياتي دليل الطرفين في الكتاب **قوله** ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التمليك الى آخره اقول فيه بحثان وجهين احدهما ان للخصم ان يمنع كون العارية من العرية التي هي العطية ونقول بل هي من العار كما ذكر في الصحاح او من العارة كما ذكر في المغرب او من التعاور كما ذكر في المبسوط وعلى هذه الوجوه المروية عن ثقات الائمة لا يثبت ابناء لفظ العارية عن التمليك وثانيهما ان للخصم ان يقول انعقاد العارية بلفظ التمليك لا يدل على كونها بمعنى التمليك دون الاباحة لجواز ان يكون لفظ التمليك هناك مستعارا لمعنى الاباحة لعلاقة لزوم الاباحة للتمليك كما قلتم في الجواب عن انعقاد بلفظ الاباحة ان لفظ الاباحة استعيرت للتمليك على ما سياتي في الكتاب وقال صاحب العناية فيه بحث من وجه الاول انه استدلال في التعريفات وهي لا تقبله لان المعرف اذا عرف شيئا بالجامع والمانع فان سلم من النقض فذاك وان انتقض بكونه غير جامع او مانع يجاب عن النقض ان امكن والا الاستدلال فانما يكون في التصديقات والثاني انه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لان من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه اصول الفقه والثالث ان من شرط القياس ان يكون الحكم الشرعي متعديا الى فرع هو نظيره والمنافع ليست نظيرا للاعيان الى هنا كلامه اقول كل واحد من الوجوه ساقط اما الاول فلان ما ذكر ليس باستدلال على نفس التعريف الذي هو من قبيل التصورات بل على الحكم الضمني الذي

والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولان الملك انما يثبت بالقبض وهو لا ينتفع به عند ذلك كالجهالة والتي منع عن التحصيل فلا يحصل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره انشاء الله تعالى

يقصده المعرف كان يقال هذا التعريف هو الصحيح او هو الحق ولا شك ان مثل هذا الحكم من قبيل التصديقات التي يجري فيها الاستدلال وقد صرحوا في موضعه بان الاعتراضات الموردة في التعريفات من المنع والنقض والمعارضة انما تورد على الاحكام الضمنية بان هذا التعريف صحيح جامع مانع لا على نفس التعريفات التي هي من التصورات ولا ريب ان امر الاستدلال ههنا ايضا كذلك واما الثاني فلان المصنف رح لم يقصد اثبات كون لفظ العارية موضوعا في عرف الشرع لتمليك المنافع بغير عوض بالقياس حتى يرد عليه انه قياس في الموضوعات بل اراد اثبات قبول المنافع لنوعي التمليك بالقياس على قبول الاعيان لها وقصد باثبات هذا دفع توهم الخصم ان المنافع اعراض لا تبقى فلا تقبل التمليك كما صرح به الشارح المذكور ولا يخفى ان قبول الاعيان لنوعي التمليك حكم شرعي ثابت بالنص الدال على جواز البيع والهبة فيصح تعديته الى قبول المنافع لها ايضا واما الثالث فلانه ان اراد بقوله والمنافع ليست نظير الاعيان انها ليست نظيرا من كل الوجوه فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعا اذ لا يشترط في صحة القياس اشتراك الفرع مع الاصل في جميع الجهات بل يكفي اشتراكهما في علة الحكم على ما عرف في اصول الفقه وان اراد انها ليست نظيرا في علة الحكم فهو ممنوع فان علة الحكم الذي هو القبول لنوعي التمليك فيما نحن فيه انما هي دفع الحاجة وهما اي الاعيان والمنافع مشتركتان في هذه العلة كما يفصح عنه قول المصنف رح والجامع دفع الحاجة ثم قال ويمكن ان يجاب عنها بان هذا التعريف اما لفظي او رسمي فان كان الاول فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك وان كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية انتهى اقول وفيه بحث من اوجه الاول ان هذا التعريف ان كان لفظيا كان قابلا للاستدلال عليه اذ قد تقرر في محله ان مآل التعريف اللفظي الى التصديق والحكم بان هذا اللفظ بازاء ذلك المعنى فلذلك كان قابلا للمنع بخلاف التعريف الحقيقي اذ لا حكم فيه بل هو تصوير ونقش فلا معنى لقوله فان كان للاول فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك والثاني انه قد تقرر في موضعه ايضا ان التعريف الرسمي الذي بالخواص انما يكون بالخواص اللازمة البينة ولا شك ان اللوازم البينة لا تحتاج الى البيان فلا وجه لقوله وان كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية والثالث ان الظاهر ان ضمير عنها في قوله ويمكن ان يجاب عنها راجع الى اوجه بحث مع ان ما ذكره في الجواب على تقدير تمامه انما يكون جوابا عن الوجه الاول من تلك الاوجه دون غيره كما لا يخفى على الفطن ثم قال ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفنا بانها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وليس في كلام المصنف رح ما ينافيه ظاهرا فالحمل عليه اولى انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلانه لو جعل ما ذكر في الكتاب حكم العارية لبقي البحث الثالث قطعا فلم يتم قوله كان سالما من الشكوك واما ثانيا فلان قول المصنف رح هي تمليك المنافع بغير عوض يحمل التمليك عليها بالمواطئة ينافي ظاهرا كون المذكور في الكتاب حكم العارية اذ حكم الشيء لا يحمل عليه بالمواطئة فلم يتم قوله وليس في كلام المصنف رح ما ينافيه ظاهرا واما ثالثا فلان توجيهه هذا ينافي ما ذكره في اول كتاب العارية بطريق الجزم حيث قال واختلف في تعريفها اصطلاحا فقال عامة العلماء هي تمليك المنافع بغير عوض ولو كان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير وهو قول الشافعي رح انتهى فان توجيهه هذا يقتضي ان يكون الاختلاف المذكور في حكمها لا في تعريفها وقال بعض الفضلاء على قوله كان سالما من الشكوك اما من الاول فمسلم واما من الاخيرين فلا انتهى اقول سلامته من الثاني ايضا ظاهر اذ على تقدير ان يكون ما ذكر في الكتاب حكم العارية دون معناه شرعا لم يتصور وضع بينه وبين لفظ العارية حتى يتجه على دليل المذكور انه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح قوله والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا يكون ضائرة جواب عن قول الكرخي ومع الجهالة لا يصح التمليك وجهه ان الجهالة المفضية الى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة كذا في الشروح قال صاحب الكافي في تقرير هذا المحل وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان لم يصح التمليك مع جهالة المدة لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان للمعير ان يفسخ العقد في كل ساعة لكونها غير لازمة والجهالة التي لا تفضي الى المنازعة

قال وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانها تمليك العين وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع مجازا قال ولخدمتك هذا العبد لانه اذن له في استخدامه وداري لك سكنى لان تنكيره يدل على سكنى ما لك ودارى لك عمرى سكنى لانه جعل سكنى ما له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فيحمل عليه بدلالة آخره قال والضمير يرجع في العارية فتى شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فهو الرجوع عنه قال والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي رحمه الله يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء

لا تمنع صحة العقد انتهى كلامه اقول فيه نوع خلل لان قوله وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان لم يصح التمليك مع جهالة المدة يشعر بان عامة العلماء قالوا بصحة العارية مع جهالة المدة وان اعترفوا بعدم صحة التمليك اصلا مع جهالة المدة فيلزم ان لا يتم هذا الكلام جوابا عن قول الخصم ومع الجهالة لا يصح التمليك لان مقصوده الاستدلال على ان العارية هي الاباحة دون التمليك لا على انها غير صحيحة مع الجهالة فالاولى في العبارة ان يقول وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان كانت هي التمليك لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة الى آخره تامل **قوله** وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه قال صاحب العناية في تفسير قوله صريح فيه اي حقيقة في عقد العارية وفي تفسير قوله مستعمل فيه اي مجاز فيه ثم قال وفي عبارته نظر لانه اذا اراد بقوله مستعمل انه مجاز فهو صريح لانه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الاصول فلا فرق اذن بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن احدهما حقيقة والآخر مجاز فاشار الى الثاني بقوله مستعمل اي مجاز ليعلم ان الآخر حقيقة الى هنا كلامه ورد عليه بعض الفضلاء بان قال فيه تامل فان تخصيص الاول بكونها صريحة يوهم ان الثانية ليست كذلك فلا يحسم مادة الاشكال انتهى اقول هذا ساقط لان الصريح عند علماء الاصول ما انكشف المراد منه في نفسه فيتناول الحقيقة الغير المهجورة والمجاز المتعارف كما عرف في موضعه واراد المصنف رح بالصريح ههنا الحقيقة فقط بقرينة ما ذكره في مقابلته كما بينه صاحب العناية فان اراد ذلك البعض ان تخصيص الاولى بكونها صريحة يوهم ان الثانية ليست كذلك اي ليست بصريحة بالمعنى الذي ذكره علماء الاصول فهو ممنوع وانما يكون كذلك لو لم يكن قرينة على انه اراد بالصريح ههنا معنى الحقيقة وليس فليس وان اراد ان تخصيص الاولى بذلك يوهم ان الثانية ليست بصريحة بمعنى الحقيقة فهو مسلم ولكن الاشكال فيه حتى لا يحسم مادة **قوله** ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة الى آخره قال صاحب الكافي كان ينبغي ان يقول اذا لم يرد بهما بدليل التعليل وقال ويمكن ان يجاب عنه بان الضمير يرجع الى المذكور كقوله تعالى عوان بين ذلك انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل الطعن والجواب قلت المذكور شيئان هما قوله ومنحتك هذا الثوب والآخر حملتك على هذه الدابة انتهى اقول مدار ما قاله على عدم الفرق بين المفهوم وبين ما صدق هو عليه فان الشيئين الثاني دون الاول وبين التأويل ههنا وفي قوله تعالى عوان بين ذلك هو الاول وهو شيء واحد لا محالة فلا غبار في الجواب لا يقال يجوز ان يكون مراده بيان الواقع لا رد الجواب لانا نقول كون المذكور شيئين مع كونه غنيا عن البيان مبدا يابى عنه قطعا ذكره لفظة قلت سيما بعد ذكر الطعن والجواب كما لا يخفى على ذوي الالباب **قوله** ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء قال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولهذا اي ولكون الاذن ضروريا كان واجب الرد لعينه مدة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق اذا هلك ضمن فكذا هذا انتهى كلامه اقول جعل الشارح المذكور قول المصنف ولهذا قال على الاشارة الى كون الاذن ضروريا وانتهى اثره الشارح العيني وسكت سائر الشراح عن البيان بالكلية والحق عندي انه اشارة الى قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء وذلك كان هذا هو الحق عندي ويوجهين احدهما ان الظاهر ان قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء عطف على قوله كان واجب الرد فمقتضى كون المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله يصير المعنى على التقدير ان يكون لفظ هذا اشارة الى كون الاذن ضروريا وكون الاذن ضروريا صار كالمقبوض على سوم الشراء والظاهر ان الاذن ليس بضروري في المقبوض على سوم الشراء واما على تقدير ان يكون اشارة الى ما ذكره فيصير المعنى ولكونه قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق صار كالمقبوض على سوم الشراء ولا شك ان الامر كذلك في المقبوض على سوم الشراء وثانيهما ان حديث كون الاذن ضروريا جواب عن سؤال مقدر لا عبرة في الاستدلال بخلاف قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق ولا يخفى ان ما هو المعتمد في الاستدلال الحق بان يقرع عليه قوله ولهذا كان واجب

ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض اولا باجتهاد والقبض لم يقع تعديا لكونه ماذونا فيه ولا اذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو
ما قبضه لا للانتفاع فلم يقع تعديا وانما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار اذا لا على المستعير لا لنقص القبض المقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد
لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه قال وليس للمستعير ان يؤاجر ما استعاره فان آجره فعطب ضمن لان الاعارة دون الاجارة والشيء
باجوفوقه لا يصح لانه حينئذ يكون تسليطا من المعير وفي وديعة لا زيادة ضرر المعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة وباطلا
فان آجره ضمنه حين سلمه لانه اذا لم يتناوله العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستاجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ضمن المستعير
ثم يرجع على المستاجر لانه ظهر انه آجر ملك نفسه وان ضمن المستاجر يرجع على المؤاجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور وخلاف ما اذا علم

الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ويؤيده ان صاحب الكافي اخرج حديث كون الاذن ضروريا عن تفريع هذين النوعين قوله ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام
الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض اولا باجتهاد والقبض لم يقع تعديا لكونه ماذونا فيه قال صاحب الغاية في حل هذا المحل يعني ان الضمان انما يجب بالعقد
او بالقبض او بالاذن وليس شيء من ذلك بموجب له اما العقد فلان اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض
او لا باجتهاد على اختلاف القولين وما وضع لتمليك لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه واما القبض وانما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه
ماذونا فيه واما الاذن فلان اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان فكيف يضاف اليه انتهى كلامه اقول لا يذهب
عليك ان احتمال كون الاذن موجبا للضمان مما لا يخطر ببال احد اصلا ولهذا لم يتعرض المصنف رح لنفي ذلك فظ في اثناء تقرير حجتنا في هذه المسئلة قدح الشارح
المزبور اياه في احتمالات ايجاب الضمان ونسبة ذلك الى المصنف رح بقوله يعني خروج عن سنن الصواب قوله والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه
الا للانتفاع فلم يقع تعديا جواب عن قول الشافعي رح والاذن يثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه وتقرير القول بالموجب يعني سلمنا ان الاذن لم يكن
الا لضرورة الانتفاع لكن القبض ايضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثمة تعد ولا ضمان بدونه كذا في العناية وغيرها اقول للخصم ان يقول اذا لم يكن القبض ايضا
الا لضرورة الانتفاع كان صحة القبض مقدرة بقدر الضرورة والضرورة انما هي في حالة الاستعمال فان هلكت في هذه الحالة فلا ضمان قطعا واما اذا هلكت
في غيرها فينبغي ان يجب الضمان لكون هلاكها فيما وراء الضرورة فالاظهر في الجواب عن قول الشافعي رح والاذن يثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه طريقة
المنع الى القول بالموجب وقد افصح عنها صاحب غاية البيان حيث قال والجواب عن قوله والاذن لقبض العين يثبت ضرورة الانتفاع فيما قلنا بانتهاء
الحاجة والضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في حالة الانتفاع منتهى الضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في غير حالة الانتفاع ايضا وهي حالة الامساك
لان الانسان انما ينتفع بملك غيره كما ينتفع بملك نفسه ولا ينتفع بملك نفسه انما نام الليل في اطراف النهار وانما ينتفع به ساعة ويمسك اخرى ولو انتفع بالعارية
دائما لضمن كما اذا ركبها ليلا ونهارا فيما لا يكون العرف كذلك فثبت ان القبض في غير حالة الانتفاع ايضا ماذون فلا يوجب الضمان الى هنا كلامه وانما
الى هذا الوجه من الجواب في الكافي ومعراج الدراية ايضا فتدبر قوله والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على
ما عرف في موضعه جواب عن قول الشافعي رح وصار كالمقبوض على سوم الشراء قال صاحب العناية وتقريره انه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان
الماخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالماخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان انتهى كلامه اقول لا يخفى على ذي فطنة ان تحرير هذا في تقرير الجواب مختل في الظاهر لان الضمير
المستتر في فصار راجع الى الماخوذ بالعقد فيصير المعنى فصار الماخوذ بالعقد كالماخوذ بالعقد فيلزم تشبيه الشيء بنفسه وهو باطل ويمكن توجيهه بعناية وهي ان تحمل
الباء في قوله لان الماخوذ بالعقد على الملابسة وفي قوله فصار كالماخوذ بالعقد على السببية فيصير معنى كلامه لان الماخوذ بملابسة العقد اي ما كان متعلقا بالعقد
بان كان من مباديه له حكم نفس العقد فصار ذلك كالماخوذ بسبب نفس العقد فيؤول الى ما ذكر في الكافي وبعض الشروح من قولهم ان الضمان في المقبوض على
سوم الشراء لا يلزم بالقبض نفسه ولكن بالقبض بجهة الشراء اذ القبض بحقيقة الشراء مضمون بالعقد فكذا بجهته انتهى ثم اقول لا حاجة في حل كلام المصنف رح
ههنا الى ما ارتكبه صاحب العناية من التحرير الركيك المشعر بالاختلال كما عرفت بل له محملان صحيحان سالمان عن شائبة الخلل احدهما ان يكون معنى قوله لان
الاخذ في العقد له حكم العقد لان الشروع في العقد بالمباشرة لبعض مقدماته له حكم نفس العقد وتمامه على ان يكون الاخذ من اخذ فيه بمعنى شرع فيه لا من اخذه
وثانيهما ان يكون معناه لان الاخذ في العقد اي الماخوذ لاجل العقد له حكم العقد على ان تكون كلمة في في قوله في العقد بمعنى اللام كما في قوله تعالى فذلكن الذي

قال ولها ان يعيره اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي رح ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ملكه من قبل والاباحة لا تملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة ولما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة كذلك رفعت بالاباحة ههنا ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاباحة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للتملك في الاجارة لتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة والدنانير لا يجوز ان يختلف باختلاف المستعمل دفعا للزيد الفهر عن المعير لانه رضي باستعمال غيره لا باستعمال غيره قال رضي الله عنه

لتنفي فيه وقوله عليه السلام ان امرأة دخلت النار في هرة حبستها على ما صرح به في منتهى المنتهى فالاخذ حينئذ من اخذه بمعنى تناوله ثم قال صاحب العناية اخذا من غاية البيان فان قيل سلمنا ان الاخذ في العقد حكم العقد ولكن لا عقد ههنا اجيب بان العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس عن الضياع اذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان السؤال المذكور لا يتوجه ههنا اصلا اذ لا يقتضي ان يكون للاخذ في العقد حكم العقد تحقق العقد بل يقتضي عدم تحققه او عند تحققه يكون الحكم لنفس العقد لا للاخذ فيه فما معنى القوله ولكن لا عقد ههنا ثم ان الجواب المزبور منظور فيه لانه وان كان في جعل العقد موجودا تقديرا صيانة لمال البائع عن الضياع لكن فيه تضييع لمال المشتري اذ قد يكون هلاك المقبوض على سوم الشراء في يد المشتري بلا تعد منه بل بسبب اضطراري وقد اخذه من مالكه باذنه فاذا وجب الضمان عليه خرج ماله الذي اداه من مالكه مجانا اي بلا عقد ولا تعد في شيء فيلزم النظر لاحد المتاخذين في العقد وترك النظر عن الآخر تامل **قوله** وله ان يعيره اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل قال عامة الشراح كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال في النهاية ومعراج الدراية كذا ذكر الطحاوي الامام التمرتاشي اقول في اكثر هذه المسئلة اشكال اما في مثال الحمل فلانه وان كان مطابقا لما ذكره المصنف رح في آخر هذه المسئلة بقوله فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل وليعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت انتهى الا انه مخالف لما سيجيء في كتاب الاجارات في باب ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز من ان الحمل كالركوب واللبس مما يختلف باختلاف المستعمل وحكمه كحكمهما عند الاطلاق والتقييد كما ستطلع عليه وقد اضطرب كلام الفقهاء في عامة المعتبرات في شان الحمل حيث قالوا في كتاب العارية انه مما لا يتفاوت وقالوا في كتاب الاجارات انه مما يتفاوت وممن ظهر المخالفة بين كلامين في الكتابين صاحب الكافي فانه قال هناك واما سواه كان المستعار شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة اذا تفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة وقال في الاجارات ويقع التفاوت في الركوب واللبس والحمل فما لم يبين لا يصير المعقود عليه معلوما فلا يحكم بجواز الاجارة انتهى واما في مثال الزراعة فلانه جاء في كتاب الاجارات في الباب المزبور انه لا يصح عقد الاجارة في استيجار الارض للزراعة حتى يسمي ما يزرع فيها لان ما يزرع فيها يتفاوت فلا بد من التعيين كيلا يقع المنازعة ولا يخفى ان المفهوم منه ان الزراعة مما يختلف باختلاف المستعمل وعن هذا مثل الامام الزيلعي رح ما يختلف باختلاف المستعمل فيما نحن فيه بامثلة وعد منها الزراعة حيث قال كالحمل والركوب والزراعة واما في مثال السكنى فلان سكنى الحداد والقصار يضر بالبناء دون سكنى غيرهما والدار لا يدخل سكناها في استيجار الدور والحوانيت للسكنى كما ذكر في كتاب الاجارات فكان السكنى ايضا مما يختلف باختلاف المستعمل ويمكن ان يجاب عنه بان الاضرار بالبناء اثر الحدادة والقصارة لا اثر السكنى لان مجرد السكنى لا يؤثر في انهدام البناء فيضاف انهدام البناء الى الحدادة والقصارة كما بينه صاحب النهاية في كتاب الاجارة فلم يقع الاختلاف باختلاف المستعمل في نفس السكنى بل في امر خارج عنه والمثال ههنا انما هو نفس السكنى فلا اشكال فيه **قوله** والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فيجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة جواب عن قول الشافعي رح المنافع غير قابلة للملك وتقريره لا نسلم انها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما في الاجارة فيجعل في الاعارة كذلك دفعا للحاجة كذا في العناية وغيرها اقول فيه بحث لان حاصله القياس على الاجارة وقد تدارك الشافعي رح دفعه حيث قال في ذيل تعليله وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة يعني ان علة اعتبار المنافع المعدومة قابلة للملك في الاجارة ضرورة دفع حاجة الناس وهذه العلة منتفية في الاعارة لاندفاع حاجتهم بالاباحة فلم يتم ما ذكره المصنف رح ههنا جوابا عنه اللهم الا ان يقال الناس كما يحتاجون الى الانتفاع بالشيء لانفسهم كذلك يحتاجون الى نفع غيرهم بذلك الشيء وعند كون الاعارة اباحة لا يقدرون على نفع غيرهم بالعارية فلا يندفع حاجتهم الاخرى فضرورة دفع حاجتهم بالكلية وعت الى اعتبار المنافع قابلة للملك في العارية كما في الاجارة قال صاحب العناية بعد تقريره ما ذكره المصنف رح ههنا وقد مر الكلام فيه اقول لم يمر منه كلام مناسب للمقام سوى

وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهي على اربعة اوجه احدها ان تكون مطلقة في الوقت والانتفاع فللمستعير فيه ان ينتفع به اي نوع شاء وفي اي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني ان تكون مقيدة فيهما فليس له ان يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او خيرا منه الحنطة مثل الحنطة والثالث ان تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه ولا بد ان يعد ما سماه فلو استعار دابة فلم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق فيه فله ان يعين حتى يركب بنفسه وليس له ان يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو ركب غيره ليس له ان يركبه حتى لو فعله ضمن لانه تعين الركاب **قال** وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة او القرض والقرض ادناهما فيثبت اولا من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة

بحثه الثالث من ابحاثه الثلاثة التي اوردها في صدر كتاب العارية ودفعنا كله هناك لكنه ايضا ليس بمتمش هنا لان حاصله ان قياس المنافع على الاعيان ليس بتام لان من شرط القياس كون الفرع نظير الاصل والمنافع ليست من نظير الاعيان ولا شك ان المقيس والمقيس عليه فيما نحن فيه كلاهما من قبيل المنافع فكان الفرع نظير الاصل قطعا **قوله** وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة قال عامة الشراح اي ما ذكر من ولاية الاعارة للمستعير اذا صدرت الاعارة مطلقة اقول فيه اشكال لان المذكور في الكتاب هو ان للمستعير ان يعير المستعار اذا كان مما لا يختلف اختلاف المستعمل فمعناه ان للمستعير ولاية الاعارة فيما اذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقد تقرر في عامة كتب الفقه حتى المتون ان اختصاص ولاية الاعارة للمستعير بما اذا كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل انما هو اذا صدرت الاعارة مقيدة بان ينتفع به المستعير بنفسه اما اذا صدرت الاعارة مطلقة فللمستعير ولاية الاجارة مطلقا اي سواء كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل او مما لا يختلف به وهذا مما اطبق عليه كلمة الفقهاء الحنفية حتى المصنف رح نفسه حيث قال في آخر هذه المسئلة فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب او يركب غيره وان كان الركوب مختلفا انتهى فقول المصنف رح وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة على تقدير ان يريد بكلمة هذا الاشارة الى ما قاله عامة الشراح كما هو الظاهر انما يتم لو لم يتم ما ذكر في الكتاب فيما قبل مقيدا بقوله اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل ولما كان ذلك مقيدا به لم يتم قوله المزبور بل كان ينبغي له ان يقول هذا اذا صدرت الاعارة مقيدة على مقتضى ما نصوا عليه قاطبة كما بيناه والعجب من عامة الشراح انهم فسروا المشار اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المصنف رح بما ذكروا ولم يتعرضوا لما فيه من الاشكال مع ظهوره جدا ثم ان الشارح تاج الشريعة كانه تنبه للمحذور الذي ذكرناه فقال في شرح قول المصنف رح وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة الاشارة لا تعود الى المسئلة المتقدمة بل الى ان للمستعير ان ينتفع بالعارية ما شاء اذا اطلقت العارية انتهى اقول هذا الذي ذكره هذا الشارح وجعله ما يعود اليه الاشارة مما لم يذكر فيما قبل قط فكيف يصلح ان يكون مشارا اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المصنف رح ههنا ولا يشار بها الا الاشارة الا الى المحسوس المشاهد او الى ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد كما تقرر في موضعه فكانه هرب عن ورطة ووقع في ورطة اخرى اشد من الاولى والانصاف ان المصنف رح لو ترك قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وشرع في الكلام الذي بسطه بان يقول والاعارة على اربعة اوجه لكان احرى ولقد احسن صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال اولا وله ان يعير وذكر خلاف الشافعي رح وبين دليل الطرفين ثم قال ثم هذه المسئلة على وجهين اما ان حصلت الاعارة مطلقة في حق المنتفع بان اعار ثوبا للبس ولم يبين اللابس او دابة للركوب ولم يبين الراكب او دابة للحمل ولم يبين الحامل وفي هذا الوجه له ان يعير سواء كان المستعار شيئا تتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة او لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة عملا باطلاق اللفظ وان حصلت الاعارة مقيدة بان استعار للبس نفسه او ليركب نفسه او ليحمل نفسه فله ان يعير فيما لا يتفاوت الناس في الانتفاع به كما في الحمل وليس له ان يعير فيما يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس والركوب ثم قال وهذا هو الكلام في اعارة المستعير واما الكلام في انتفاعه في المستعار فهو على اربعة اوجه فذكر ما ذكره المصنف من الوجوه الاربعة **قوله** الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او الى خير منه كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحمل عليها قفيزا من حنطة اخرى او حمل عليها قفيزا من شعير هذا في الاستحسان وفي القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا يعتبر المنفعة والضرر الا يرى ان الوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان انه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة او مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير اخف على الدابة والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول ما ذكره وافي وجه الاستحسان منتقض بالوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار فانه لم ينفذ بيعه على ما صرحوا به مع ان ما ذكروا في وجه الاستحسان ههنا جار هناك ايضا بعينه فينبغي ان ينفذ بيعه ايضا فتامل **قوله** اولا من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه

اما اذا عين الجهة بان استعار الدراهم ليعيرها ميزانا او يزين بها دكانا لم تكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة المسماة فضمان كما اذا استعار آنية يجعل فيها او سيفا يتقلد به

قوله واذا استعار ارضا ليبني فيها او يغرس جاز للمعير ان يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس بالرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها منفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة وله الرجوع في الرجوع للمستعير غلام ارض المعير ليكلف تفريغها متى لم يكن وقت العارية ولا زمان يعلم كان المستعير مغترا غير مغتر وجب اعتقاد اطلاق العقد من غير ان يسبق منه الرجوع ان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت رجع عليه بما ذكرنا ولكنه يكون ما فيه من خلف الوعد ضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له فالظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري في المختصر وذكر الحاكم الشهيد انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه في يكون له الا ان يشاء المستعير ان يرفعها ولا يضمنه قيمتها فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب الاصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل ولو استعارها ليزرعها لم يؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت او لم يوقت لان له نهاية معلومة وفي الترك بالاجر مراعاة الحقين

اقول يرى هذا التعليل خاليا عن التحصيل لان حقيقة الاعارة متحققة في عارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود اذ قد صرحوا في صدر كتاب العارية بان من شرطها كون المستعار قابلا للانتفاع به مع بقاء عينه وان الاشياء المذكورة لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها فتعذر حقيقة الاعارة فيها فجعلناها كناية عن القرض وكذا حكم الاعارة متحقق في عارية الاشياء المذكورة اذ قد صرحوا بانها مضمونة بالهلاك من غير تعد من القابض فاذا لم تتحقق حقيقة الاعارة ولا حكمها في عارية هذه الاشياء فلا تاثير فيها اصلا لان يكون من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين ولا لاقامة رد المثل مقام رد العين نعم يفهم من مضمون هذا التعليل مناسبة في الجملة بين العارية والقرض صالحة لان يجعل انعطاف الاعارة في مسئلتنا هذه مجازا وكناية عن معنى الاقراض فليكن كلا منافي صلاحية ذلك لان يكون علة اصل الحكم كما هو الظاهر من اسلوب التحرير فعليك بتامل الصادق قوله واما اذا عين الجهة بان استعار الدراهم ليعيرها ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة المسماة اقول لقائل ان يقول المفهوم من هذا الكلام امكان الانتفاع بعين الدراهم ونحوها واعتبار ذلك شرعا ايضا فكيف يتم ما ذكرنا سابقا من انه لا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها ويمكن ان يجاب بان المذكور سابقا بناء على الاكثر الاغلب فالمراد انه لا يمكن الانتفاع بنحو الدراهم في الاعم الاغلب الا باستهلاك عينها فيدار الحكم عند الاطلاق على ما هو الاغلب واما عند تعيين الجهة فيظهر ان المقصود تمليك المنفعة مع بقاء العين على ملكه فيحمل على ذلك فان قلت عبارة المصنف رح لا تساعد التوجيه الذي ذكرته فان الحصر المستفاد من قوله ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها يقتضي انتفاء امكان الانتفاع بها بالكلية بدون استهلاك عينها قلت يمكن حمل الحصر المذكور على الحصر الادعائي بناء على عدم الاعتداد بالاقل فلا يقتضي انتفاء ذلك بالكلية قوله وضمن المعير بنقص البناء والغرس بالقلع قال صاحب العناية اي نقصان البناء والغرس على ان ما مصدرية ويجوز ان تكون موصولة بمعنى الذي فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين وعلى الاول يكونان مرفوعين انتهى كلامه وتبعه الشارح العيني اقول لا نظير وجه صحته لكون البناء والغرس منصوبين ههنا لان الذي نقص البناء والغرس انما هو القلع فيصير المعنى على تقدير نصب البناء والغرس فضمن المعير قلع البناء والغرس وليس هذا بصحيح لان القلع ليس من جنس الضمن بل هو سبب الضمان وانما المضمون قيمة البناء منقوضة بالقلع ويمنع ايضا صحة المعنى على ذلك التقدير قوله بالقلع اذ يصير المعنى حينئذ وضمن المعير القلع بالقلع وذا لا يخفى ما فيه فالوجه عندي ههنا رفع البناء والغرس لا غير اما على تقدير كون ما مصدرية فواضح واما على تقدير كونها موصولة فيتقدير الضمير الراجع اليها على ان يكون تقدير الكلام وضمن المعير بنقص البناء والغرس فيه بالقلع وهو القيمة فيكون كلمة نقص ههنا من نقص في دينه وعقله كما ذكر في القاموس وقال صاحب العناية ووجه قوله بنقص البناء والغرس ان ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس اذا بقي الى المدة المضروبة فيضمن بالنقص من قيمته يعني اذا كان قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا واذا قلع في الحال يكون قيمته النقص دينارين يرجع بهما انتهى كلامه وقد كان صاحب الكفاية وتاج الشريعة ذكرا معنى هذا الكلام مثالا على المنوال الذي ذكره صاحب العناية غير انهما قالا بدل قوله يرجع بجميعه ثمانية دنانير وكان بعض العلماء اخذ منهما قالا رخصة فاورد على ما ذكره صاحب العناية حيث قال فيه كلام وهو ان القلع ما نقص دينارين بل نقص ثمانية دنانير فينبغي ان يرجع بها كما لا يخفى انتهى اقول لعل صاحب العناية اراد بقيمة النقص في قوله يكون قيمة النقص دينارين نقصان القيمة على طريق القلب ولا يخفى انه اذا كان نقصان القيمة بالقلع دينارين كان التفاوت بين القيمتين بدينارين فيرجع بهما قطعا واما صاحب الكفاية وتاج الشريعة فكانهما اراد بقيمة النقص معنى قيمة الناقص واذا كان قيمة الناقص بالقلع دينارين يكون التفاوت بين القيمتين بثمانية دنانير فيرجع بثمانية دنانير وبهذا ظهر توجيه كلام كل من طائفتي هؤلاء الشراح واندفع ما اورده ذلك البعض من العلماء على ما ذكره صاحب العناية كما لا يخفى واجاب بعض الفضلاء عن ذلك بوجه آخر حيث قال فاقول الظاهر ان قوله قيمة النقص من اضافة الموصوف الى الصفة اي القيمة المنقوصة فلا اشكال انتهى كلامه اقول ليس هذا بسديد اذ لا يجوز اضافة الموصوف الى الصفة

ان الاصل

العناية

بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك **قال** واجرة رد العارية على المستعير لان الرد واجب عليه لانه قبضه لمنفعة نفسه والاجرة مؤنة الرد
فتكون عليه لانه لا يتمكن المستاجر على الموجر ان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه لنفسه للموجر معنى فيكون مؤنة رده اجرة من عنده على الواجب عليه
الرد وهذا الى المالك فيكون مؤنته عليه **قال** واذا استعار ارضا فزرعها الا اصطبل الكهاف فكلت يضمن هذا استحسان والقياس ان لا يضمن وهو قول زفر وجه القياس ان الاجارة على الكمائل
ان التسليم المستحق بالاجارة الى الزراع ومعاملة الليث تعارفهم ترك الى الدار ولو ترك على الدابة فعطبت فان استعار عبدا فرده الى المالك لم يسلمه اليه ثم سلمه اليه ثم تلف او لم يعطبه
الى المالك ولم يسلم اليه ضمن لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرد على المالك بل الى الدار الى من يؤمن العيال ثم رضاه وجه الاستحسان ان فعله فاحش كالغصب
عقد تبرع تعالى الاجارة ذكر من العرفية **قال** ومن استعار دابة فرعاها وحده او استاجر يوما ولم يسم ما يحمل عليها فحمل عليها ما هو اعظم منه ضمن وهو مثل ما يحمل عليها
وكذا اذا دفعها مع الدابة الى ان المالك يركبه اشترى الحمولة اليه فهو يرى اهل العرف الذي يحمل على الدابة ويحمل عليها وغيره وهو ضمن ان كان يدفع اليه ما يدفع اليه حيا الا ان كان دفعا مع الدابة
وما يسمى على ان يستعير ملك الايجاره قصد كما قاله بعض المشايخ ان دفع بعضهم كما لا يعارة ولا يرد للسنة بانه عارة الانتفاع المذكور **قال** ومن عارة ارضا بيضاء للزراعة يكشف الارض حتى تنبت
وما يسمى على ان يستعير ملك الايجاره وهو موضوعة له والكتابة بالموضوع اولى كما في عارة الدار وله ان غرضه الاجمام اول محل المراد كما يختص بالزراعة والاعارة ينتظمها وغيرها كالبناء
ومن كانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى والله اعلم بالصواب

ولا اضافة الصفة الى الموصوف على المذهب المنصور المختار حتى تقرر في خاتمة متون النحو وشارح ان الموصوف لا يضاف الى صفته ولا الصفة الى موصوفها
وانما جوز ذلك مذهب سخيف كوفي لا ينبغي ان يصار اليه في توجيه كلام الثقات على ان النقص فيما نحن فيه لا يصلح ان يكون صفة للقيمة الا بعد ان يجعل
مجازا عن المفعول فيكون بمعنى المنقوصة وهذا تعسف بعد تعسف ولعمري ان من عادة ذلك الفاضل ان يتشبث بذلك المذهب السخيف مع تكلف آخر
في توجيه بعض المقامات وقد مر منه ذلك غير مرة ومع ذلك يزعم معنى لطيفا ظاهرا كما يلوح به قوله ههنا فاقول الظاهر ان قوله قيمة النقص من اضافة
الموصوف الى الصفة وما كان ينبغي له ذلك **قوله** بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك اقول لقائل ان يقول اذا كان
وقت في الغرس لانه ليس له نهاية معلومة بالتوقيت فينبغي ان لا توجد الارض منه وهنا ايضا الى تمام ذلك الوقت مراعاة للجانبين والجواب ان المراد ان الغرس
ليس له في نفسه نهاية معلومة وبالتوقيت لا يتقرر له نهاية لجواز ان لا يقلعه المستعير في تمام ذلك الوقت اما بعد منه بخيانة نفسه او بمانع يمنعه عنه فيلزم
ان يتضرر المالك بخلاف الزرع فان له في نفسه نهاية معلومة لا يتاخر عنه بالضرورة فافهم واما ما قاله بعض الفضلاء من ان الضرر لصاحب البناء
والغرس متعين سواء وقت او لا وليس لهما نهاية معلومة فلا يكون مراعاة احدهما بخلاف الزرع فليس تمام لان تعيين الضرر لصاحب البناء والغرس ممنوع او يجوز ان يسكن صاحب البناء والغرس ثم ينقض البناء
الصيف ان يغرس صاحب الغرس الشجر ثم يقلعه بعد مدة ليبيعه كما هو العادة فاذا وقت العارية بالمدة المتعارفة فنقض مثل ذلك البناء وقلع مثل ذلك الشجر ولم توجد الارض من المستعير
تمام تلك المدة لم يتضرر صاحب البناء والغرس اصلا وهما الوجهان ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة عند شرح قول المصنف رح ثم اذا لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان
المستعير مغتر غير مغرور حيث قالا فان قيل هو مغرور لانه ان لم يوقت صريحا لكن وقت دلالة لان البناء او الغرس للدوام فكانت الاعارة له توقيتا
قلنا البناء قد يبنى لمدة قليلة بان يسكن شتاء ثم ينقض اذا جاء الصيف والشجر قد يغرس ثم يقلع بعد زمان ليباع كما هو العادة انتهى كلامهما تامل ترشد
قوله لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للموجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده قال صاحب النهاية فان قيل كما ان
المنفعة سالمة للموجر فكذلك هي سالمة للمستاجر ايضا وهي الانتفاع بمنافع العين المستاجرة قلنا ان المنفعة الحاصلة للموجر حقيقة وحكما واحصل للمستاجر
منفعة وليس بمال من كل وجه فكان اعتبار منفعة الموجر اولى الى هذا اشار الامام الحبوبي وغيره في باب مسائل متفرقة من اجارات الجامع الصغير حيث
قالوا وفي المستاجر المنفعة عائدة الى الآجر لانه يتوصل به الى ملك الآجر اكثر ما فيه ان لكل واحد منهما فيه منفعة لكن منفعة الآجر اقوى لانه مالك للعين وملك
المستاجر في المنفعة والمنفعة تابعة للعين انتهى وقد اخذ منه صاحب العناية حيث قال ولا يعارض بان المستاجر قد انتفع بمنافع العين المستاجرة لان منفعة
الآجر عين ومنفعة المستاجرة منفعة العين لكونه متبوعا اولى من المنفعة انتهى اقول في الجواب نظر اذ الظاهر ان مرادهم بالمنفعة في قولهم ان منفعة الآجر
عين هو الاجرة كما صرح به في الكافي والاجرة لا يلزم ان تكون عينا البتة اذ قد صرحوا في كتاب الاجارات بان الاجرة قد تكون عينا وقد تكون دينا وقد تكون منفعة من
خلاف جنس المعقود عليه فلم يصح القول بان منفعة الآجر عين على الكلية فلم يتم الجواب **قوله** وفي القياس يضمن لانه ماردها الى مالكها بل فيه تعب
قال صاحب العناية في تحرير هذا المقام وفي القياس هو ضامن لانه تضييع لماله وصار كرد المغصوب او الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه
لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه قد انتهى بالرد
الى عياله لما اودعها اياه انتهى كلامه اقول هذا تحرير مختل فان قوله لان الواجب على الغاصب الى آخر كلامه المزبور يشعر بالفرق بين القياس والاستحسان
فلا ينبغي ان يذكر في بيان وجه القياس كما لا يخفى ولهذا لم يذكره احد سواه ههنا بل انما ذكروه في محله فيما سياتي كما تر

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا وتحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لابد منه لثبوت الملك وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام لا يجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت

كتاب الهبة

ذكرنا وجه المناسبة والترتيب في الوديعة وهو الترقي من الادنى الى الاعلى ولان العارية كالمفرد والهبة كالمركب لان فيها تمليك العين مع المنفعة ثم معنى الهبة لا يخفى على ذوي النهى فقد وصف الله تعالى ذاته بالوهاب فقال انك انت العزيز الوهاب وبذا يكفي لمحاسنها ثم ان الهبة في اللغة اصلها من الوهب والوهب بتسكين الهاء وتحريكها وكذلك في كل المعتل الفاء كالوعد والعدة والوعظ والموعظة فكانت من المصادر التي يحذف اوائلها ويعوض في اواخرها التاء ومعناها ايصال الشيء الى الغير بما ينفعه سواء كان مالا او غير مال يقال وهب له مالا وهبا وهبة ويقال وهب الله فلانا ولدا صالحا ومنه قوله تعالى فهب لي من لدنك وليا يرثني ويقال وهبه مالا ولا يقال وهب منه ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب والتهبة منه قبله واستوهبه طلب الهبة هكذا في معراج الدراية وغيره واما في الشريعة فهي تمليك المال بلا عوض كذا في عامة الشروح بل المتون اقول يرد عليه النقض عكسا بالهبة بشرط العوض كما ترى ولم ار احدا من شراح هذا الكتاب حال حول التعرض للجواب عن هذا النقض ولا ايراده مع ظهور وروده جدا غير ان صاحب الدرر والغرر قصد الى الجواب عنه حيث قال في متنه هي تمليك عين بلا عوض وقال في شرحه اي بلا شرط عوض الا ان عدم العوض شرط فيه لينتقض بالهبة بشرط العوض فتدبر انتهى كلامه اقول فيه نظر اذ لو كان المراد بقوله بلا عوض في تعريف الهبة معنى بلا شرط عوض ليعم ما كان بشرط العوض من الهبة بناء على ما تقرر من العلوم العقلية من ان بلا شرط شيء اعم من بشرط شيء ومن بشرط لا شيء لكان تعريف الهبة صادقا على البيع ايضا كما لا يخفى فلزم ان ينتقض به طردا على عكس ما في المعنى الظاهر فلا يندفع المحذور بذلك بل يشتد ثم اقول يمكن الجواب عن اصل النقض بانه يجوز ان يكون المراد بقولهم بلا عوض في تعريف الهبة بلا اكتساب عوض فالمعنى ان الهبة هي تمليك المال بشرط عدم اكتساب العوض فلا ينتقض بالهبة بشرط العوض فانها وان كانت بشرط العوض الا انها ليست بشرط الاكتساب الا ترى انهم فسروا البيع بمبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب وقالوا اخرج بقولنا بطريق الاكتساب الهبة بشرط العوض ثم اقول بقي في التعريف المزبور شيء وهو انه يصدق على الوصية بالمال فانها ايضا تمليك المال بلا اكتساب عوض فلم يكن مانعا عن دخول الاغيار فلو زاد واقيد في الحال فقالوا هي تمليك المال بلا عوض في الحال تخرج ذلك فان الوصية تمليك بعد الموت لا في الحال **قوله** وتصح بالايجاب والقبول الى آخره قال صاحب النهاية اي تصح بالايجاب وحده في حق الواهب وبالايجاب والقبول في حق الموهوب له لان الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الاقرار والوصية ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول والقبض وثمرة ذلك تظهر فيما ذكرنا في مسائل متفرقة من كتاب الايمان في قوله ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل فقد بر في يمينه بخلاف البيع انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المسائل ونسج على منواله صاحب غاية البيان معنى المقام على هذا المنوال ايضا وعزاه الى الحصر والمختلف وبنى صاحب العناية الفية كلامه هنا على اختيار هذا المعنى حيث قال في شرح هذا المقام وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين اما من جهة الواهب فلان الايجاب كاف ولهذا لو حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر في يمينه بخلاف البيع واما من جهة الموهوب له فلان الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع انتهى والشارح العيني ايضا اقتفى اثر هؤلاء وبالجملة اكثر الشراح ههنا على ان الهبة تتم بالايجاب وحده اقول هذا الذي ذكروه وان كان مطابقا جدا لما ذكره المصنف رح في مسائل متفرقة من كتاب الايمان فانه قال هناك ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر في يمينه خلافا لزفر رح فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل انتهى الا انه غير مطابق لما ذكر في هذا المقام لان قوله اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول بمنزلة الصريح في ان عقد الهبة لا يتم الا بالايجاب والقبول كسائر العقود ويشهد بهذا الفهم قوله والقبض لا بد منه لثبوت الملك اذ لو كان مراده ان الهبة عقد تبرع

ولانه عقد تبرع فی اثبات ملک قبل القبض الزام المتبرع شیئا لم یتبرع به وهو التسلیم فلا یصح بخلاف الوصیة لان اوان ثبوت
فیها بعد الموت ولا الزام ما المتبرع بعد موته لانه الزام من الوارث ما لم یتبرع من الوصیة فلم یملکه فان قبضه الموهوب له فی مجلس
بغیر امر الواهب جاز استحسانا لان قبض بعد لا فرق فیه بین ان یاذن له الواهب فی القبض او لا یجوز وجه

فیتم بالتبرع ولکن لا یملکه الموهوب له الا بالقبول والقبض لیقال والقبول والقبض لثبوت الملک وهذا کله مما لا شبهة به عند من له ذوق صحیح ثم ان صاحب النهایة
ومعراج الدرایة قد کان صرحا بتبیین هذا الکلام بان رکن الهبة هو الایجاب والقبول ولا یخفی ان ذلک التصریح عنهما ینافی القول منهما ههنا بان الهبة یتم
بالایجاب وحده اذ لا شک ان الشیء لا یتم بعض ارکانه بدون حصول الآخر ضرورة انتفاء الکل بانتفاء جزء واحد منه واعلم ان صاحب الکافی وصاحب الکفایة
سلکا ههنا مسلکا آخر فقالا رکنها الایجاب والقبول لانها عقد وقیام العقد بالایجاب والقبول لان ملک الانسان لا ینتقل الی الغیر بدون تملیکه والزام
الملک علی الغیر لا یکون بدون قبوله وانما یحنث لو حلف ان لا یهب فوهب ولم یقبل لانه انما یمنع نفسه عما هو مقدور له وهو الایجاب والقبول لانه فعل الغیر
انتهی کذا صححا القول بهذا التقریر وان کان مناسبا لما ذکره المصنف رح ههنا الا انه غیر ملائم لما ذکره فی مسائل متفرقة من کتاب الایمان کما نقلناه آنفا وایضا
یرد علیه ان التعلیل المذکور للحنث فیما لو حلف ان لا یهب فوهب ولم یقبل یقتضی ان یحنث ایضا فیما لو حلف ان لا یبیع فباع ولم یقبل لان المقدور له فی
کل عقد هو الایجاب لا القبول مع انه لا یحنث فی صورة البیع کما صرحوا به والحاصل ان کلمات القوم فی هذا المقام لا یخلو عن الاضطراب وعن هذا قال
صاحب غایة البیان واما رکنها فقد اختلف المشائخ فیه قال شیخ الاسلام خواهر زاده فی مبسوطه هو مجرد ایجاب الواهب وهو قوله وهبت ولم یجعل قبول
الموهوب له رکنا لان العقد ینعقد بمجرد ایجاب الواهب وابن الهمام قال علماؤنا اذا حلف لا یهب فوهب ولم یقبل یحنث فی یمینه عندنا وقال صاحب التحفة
رکنها الایجاب والقبول ووجهه ان الهبة عقد والعقد هو الایجاب والقبول الی هنا کلامه وقال صاحب البدائع اما رکن الهبة فهو الایجاب من الواهب فاما القبول
من الموهوب له فلیس برکن استحسانا والقیاس ان یکون رکنا وهو قول زفر رح وفی قول قال القبض ههنا رکن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فیمن حلف لا یهب
هذا الشیء لفلان فوهبه له فلم یقبل انه یحنث استحسانا وعند زفر رح لا یحنث ما لم یقبل وفی قول ما لم یقبل ویقبض واجمعوا علی انه اذا حلف لا یبیع هذا الشیء
لفلان فباعه فلم یقبل انه لا یحنث الی هنا کلامه **قوله** ولانه عقد تبرع وفی اثبات الملک قبل القبض الزام المتبرع شیئا لم یتبرع به وهو التسلیم فلا یصح یعنی
لو ثبت الملک بمجرد العقد یتوجه المطالبة علیه بالتسلیم فیؤدی الی ایجاب التسلیم علی المتبرع وهو لم یتبرع به وایجاب شیء لم یتبرع یخالف موضوع التبرعات
بخلاف المعاوضات کذا فی الکافی وبعض الشروح ورد بان التبرع بالشیء قد یلزمه ما لم یتبرع به اذا کان من تمامه ضرورة تصحیحه کمن نذر ان یصلی وهو محدث
لزمه الوضوء ومن شرع فی صوم او صلاة لزمه الاتمام واجیب بانه مغالطة فان ما لا یتم الشیء الا به فهو واجب اذا کان ذلک الشیء واجبا کما ذکرت من الصور
فانه یجب بالنذر او الشروع وما لا یتم الواجب الا به فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فکیف قبل التسلیم فلا یجب
ما یتم به کذا فی العنایة اخذا من النهایة اقول فیه کلام اما اولا فلان قوله فانه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فکیف قبل التسلیم منقوض بالهبة للقریب وبالهبة المعوض
عنها وبغیرها مما یتحقق فیه المانع عن الرجوع کما سیاتی واما ثانیا فلانه اذا جاز له الرجوع قبل التسلیم وبعده فلم یکن فی اثبات الملک قبل القبض الزام المتبرع
شیئا لم یتبرع به وهو التسلیم اذ بجواز الرجوع قبل التسلیم ینتفی لزوم التسلیم فمن این یجب الزام التسلیم فلیتامل فی الدفع **قوله** ولنا ان القبض بمنزلة القبول
فی الهبة من حیث انه یتوقف علیه ثبوت حکمه وهو الملک قال الشراح قوله فی الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول فالمعنی ان القبض فی الهبة بمنزلة القبول فی
البیع من حیث ان الحکم وهو الملک یتوقف علیه فی الهبة کما یتوقف علی القبول فی البیع وبه صرح فی المبسوط واشار الیه فی الایضاح وقال بعض الفضلاء ولا ادری
ما المانع عن تعلقه بالقبول فان التوقف لا یستلزم الایجاب التام انتهی اقول لعل المانع عنه امران احدهما ان المتبادر من کون الشیء بمنزلة الشیء ان یکون
قائما مقامه وهذا لا یتصور فیما اذا کانا فی حد واحد کالقبض والقبول فی الهبة فان کلا منهما حینئذ یعطی حکم نفسه فلا یاخذ احدهما حکم الآخر فلا یتحقق منزلة احدهما

وهو قول الشافعي الا ان القبض تصرف في ملك واهب ولا ملك قبل القبض لما ان الملك لا يثبت بدون القبض ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك

منزلة الآخر وقيامه مقامه بخلاف ما اذا كانا في عقدين متخالفين كالقبض في الهبة والقبول في البيع فانه يجوز حينئذ ان ينفرد احدهما بحكم الآخر فيكون بمنزلته وعن هذا قال في المبسوط ولما كان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع افاد حكم القبول في البيع وثانيهما ان التوقف وان لم يستلزم الايجاب التام الا ان القبول في الهبة كما يوجب ثبوت حكم عقد الهبة وهو الملك لا يتوقف عليه ايضا ثبوت حكم عقد الهبة لثبوت حكمه بدون تحقق القبول فانه لو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح وملكه لوجود القبض نص عليه الامام الزيلعي في التبيين وذكر في الذخيرة ايضا فلا يصح ان يقال ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك بخلاف القبول في البيع فانه لا يثبت الملك قطعا ولا يصح عقد البيع اصلا بدون تحقق القبول فيه وهذا الوجه الثاني قطعي في المنع كما ترى وطعن صاحب الغاية في قول المصنف رح ولنا ان القبض الى آخره حيث قال وكان ينبغي ان يقول وجه الاستحسان لانه ذكر القياس والاستحسان ولم يذكر قول الخصم في المتن فلم يكن قوله ولنا مناسبا انتهى وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال بعد نقل كلامه لما كان القياس وهو قول الشافعي رح ووجه الاستحسان قولنا مناسب ان يقول ولنا وان لم يصرح بذكر الشافعي رح انتهى اقول ان تحقق خصمه يأبى بالقياس في هذه المسألة لما يجوز ان يقول ولنا ايضا الى وقوع منازع في هذه المسألة واما مناسبة هذا القول وحسنه فانما يحصلان عند ذكر مخالفة الخصم فيما قيل كما هو المتعارف المعتاد ومراد صاحب الغاية موافقة المصنف رح بتقوية المناسبة في تحريره لا نفي الصحة والجواز عن كلامه بالكلية فلا يدفعه ما قاله الشارح العيني كما لا يخفى واعترض على الدليل المزبور بانه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كما لا يصح امر البائع المشتري بالقبول بعد المجلس واجيب بان الايجاب من البائع شطر العقد وهذا لو حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا يحنث فاما ايجاب الواهب فعقد تام بدليل انه لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث استحسانا فيقف على اداء المجلس فيصح الامر بالقبض وقبضه بعد المجلس وهذا السؤال والجواب مذكوران في عامة الشروح وغرابات النهاية ومعراج الدراية الى المختلفات اقول في الجواب بحث اما اولا فانه لا يدفع السؤال المذكور بل يقرره لان حاصل ذلك السؤال القدح في المقدمة القائلة ان القبض بمنزلة القبول بانه لو كان كذلك لما صح في القبض ما لا يصح في القبول من التأخير الى ما بعد المجلس وحاصل الجواب بيان الفرق بين ايجاب الواهب وايجاب البائع بان الاول عقد تام والثاني شطر العقد وجعل هذا الفرق سببا لصحة القبض بالاذن بعد المجلس في الهبة وعدم صحة القبول بالامر بعد المجلس في امر البيع وخلاصة هذا بيان لمنية صحة القبض في الهبة بعد المجلس وعدم صحة القبول في البيع بعده وهذا لا يدفع القدح في قولهما ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع بل تقرير ذلك كما لا يخفى واما ثانيا فلانهم صرحوا بان الحكم في البيع الفاسد على هذا التفصيل المذكور في الهبة لافتقاره ايضا الى القبض كما ذكر في الكافي وفي غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده ولا يخفى ان الجواب المذكور لا يتمشى في تلك الصورة لما ان الايجاب في البيع الصحيح والايجاب في البيع الفاسد سيان في كونهما شطرا للعقد لا تمامه فلا يتم الفرق المزبور هناك واورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجهين آخرين حيث قال فيه بحث فانه لو صح ما ذكر لجاز القبول بعد المجلس بامر الواهب وايضا هذا الكلام يناقض ما تقدم من المصنف رح من انه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول انتهى اقول كلا وجهي بحثه ساقطان اما الاول فلان الملازمة في قوله لو صح ما ذكر لجاز القبول بعد المجلس بامر الواهب فمسلم فاما البطلان التالي فممنوع اذ قد ذكرنا فيما مر آنفا انه لو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح على ما نص عليه في التبيين وذكر في الذخيرة ايضا فاذا صح عقد الهبة من غير قبول اصلا فلان يصح بالقبول بعد المجلس بامر الواهب اولى كما لا يخفى واما الثاني فلانا قد نقلنا عن البدائع فيما مر ان ركن الهبة هو الايجاب من الواهب واما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس ان يكون ركنا فمدار الجواب المذكور على الاستحسان ومدار ما تقدم من المصنف رح

ايجاب

والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا له على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول تقييد بالمجلس فكذا ما يلحق به وتقييد المجلس يمكن ما يلحق به بخلاف ما اذا اخذه من القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة التصريح **قال** ويعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عليه السلام الا اولاد نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال اعطاك الله ووهبك الله بمعنى واحد وكذا ينعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام وحملت هذا الثوب لك وحملتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة او انزلتك بها لحمل الهبة اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين

على القياس فلا تناقض بينهما كيف وقد صرح المصنف رح نفسه في مسائل متفرقة من كتاب الايمان بان الهبة عقد تبرع فيتم بالتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقل والعاقل لا يتكلم بما يناقض كلام نفسه فوجه التوفيق حمل احدهما على القياس والآخر على الاستحسان **قوله** والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض يعني ان مقصود الواهب من عقد الهبة اثبات الملك للموهوب له واذا كان كذلك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض تحصيلا للمقصود وكان اذنا دلالة ونقض هذا الفصل البيع فان مقصود البائع من ايجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري ثم اذا تم الايجاب والقبول هناك والمبيع قائم كان ايجاب البائع تسليطا على القبض حتى ان المشتري لو قبض المبيع بغير اذن البائع قبل نقد الثمن جاز للبائع ان يسترده ويحبسه حتى ياخذ الثمن واجيب بانا لا نسلم ان مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بحال مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك للمشتري ضمني لا قصدي فلا معتبر به كذا في الشروح اقول لا يرد النقض المذكور راسا اذ لو سلم ان المقصود البائع من ايجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري فذلك المقصود يحصل بقبول المشتري من غير توقف على القبض فان القبض ليس بشرط لثبوت الملك للمشتري فلا مقتضي يجعل ايجاب البائع تسليطا على القبض لحصول مقصوده بدون ذلك بخلاف فصل الهبة كما تقرر **قوله** بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول تقييد بالمجلس فكذا ما يلحق به اقول لقائل ان يقول انما الحق القبض في الهبة بالقبول في البيع من حيث ان حكم العقد وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع كما تقرر فيما مر آنفا لا من جميع الحيثيات الا ترى ان القبض في الهبة ليس بركن العقد بل هو خارج عنه شرط لثبوت الملك بخلاف القبول في البيع فانه ركن داخل لا يتم العقد بدونه واذا كان كذلك فلا يلزم من ان تقييد القبول بالمجلس ان تقييد ما يلحق به من الحيثية المذكورة بالمجلس ايضا فان تقييد القبول بالمجلس من احكام كونه ركنا داخلا في العقد ولهذا لا يصح القبول بعد المجلس بامر البائع ايضا فلا يتعدى الى ما ليس بركن داخل في العقد وهو القبض وان كان ملحقا بالقبول من جهة كونه موقوفا عليه لثبوت حكم العقد والا يلزم ان لا يصح القبض بعد المجلس بالاذن ايضا فتامل والاولى في تقرير وجه الاستحسان في مسئلتنا هذه ما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه ونقل عنه صاحب الغاية وهو انه لا بد لبقاء الايجاب على الصحة من القبض لان القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحيحا واذا كان من ضرورة بقاء الايجاب من الواهب على الصحة وجود القبض لا محالة كان الاقدام على الايجاب اذنا للموهوب له بالقبض اقتضاء كما في باب البيع جعلنا اقدام البائع على الايجاب اذنا للمشتري بالقبول مقتضى لبقاء الايجاب على الصحة الا ان ما ثبت اقتضاء ثبت ضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة والضرورة يرتفع ثبوت الاذن في المجلس لان الايجاب يبقى صحيحا متى قبض في المجلس فلا يعتبر ثابتا فيما وراء المجلس بخلاف ما لو ثبت نصا لان الثابت نصا ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس وبعد المجلس انتهى **قوله** اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين قال صاحب غاية البيان ولنا في تقرير صاحب الهداية نظر لانه قال ان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين فعلى هذا ينبغي ان يكون المراد من الاطعام في الكفارة التمليك لا الاباحة كما هو مذهب الخصم لان المراد من الاطعام طعام الطعام والطعام لو كل عينه فكان الاطعام في الآية مضافا الى ما يطعم عينه فافهم انتهى كلامه اقول يمكن الجواب عن هذا النظر بان مراد المصنف رح بالاضافة الى ما يطعم عينه ان يذكر ما يطعم عينه ويجعل مفعولا ثانيا للاطعام وفي آية الكفارة لم يكن الامر كذلك فكان الاطعام فيها على اصل وضعه وهو الاباحة ويرشدك الى هذا التوجيه انه قال في تنقيح الاصول في اوائل التقسيم الرابع وفي قوله تعالى اطعام عشرة مساكين اشارة الى ان الاصل فيه هو الاباحة والتمليك يلحق به لان الاطعام جعل الغير طاعما لا جعله مالكا والحق به التمليك لدلالة لان المقصود قضاء حوائجهم وهي كثيرة فافهم التمليك مقامها انتهى وقال في التلويح واما نحو اطعمتك

بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث يكون عارية لان عينها لا يطعم فيكون المراد اكل غلتها واما الثاني فلان حرف اللام للتمليك في الباب
فلقوله عليه السلام فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو الارتكاب
حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس وهو ادبة التمليك فيحمل عليه عند نيته ولو قال كسوتك
هذا الثوب يكون هبة لانه مرادبه التمليك قال الله تعالى او كسوتهم ويقال كسى الامير فلانا ثوبا اي ملكه منه

هذا الطعام فانما كان هبة وتمليكا بقرينة الحال لانه لم يجعله طعاما قالوا والصواب انه اذا ذكر المفعول الثاني فهو للتمليك والا فللاباحة انتهى كلامه تامل ترشد
ثم انه قد ذكر في المحيط البرهاني نقلا عن الاصل واذا قال اطعمتك هذه الارض فهو عارية ولو قال اعمتك هذا الطعام فان قال فاقبضه فهو
هبة وان لم يقل فاقبضه يكون هبة او عارية انتهى اقول لا يذهب على ذي فطنة ان اطلاق رواية الكتاب وتعليل المصنف رح بما ذكر
لا يطابقان رواية الاصل لان الظاهر منهما ان يكون قوله اطعمتك هذا الطعام هبة مطلقا ورواية الاصل صريح في ان قوله المذكور انما يكون هبة
اذا قيده بقوله فاقبضه واما اذا لم يقيده بذلك فيحتمل الامرين اي الهبة والعارية وان النظر المذكور لا يتجه اصلا على ما في رواية الاصل لان
التمليك انما يستفاد على ما يتبع الرواية من قوله فاقبضه لا من لفظة الاطعام فلا ينافي ان يكون الاطعام في آية الكفارة في اصل وضعه هو الاباحة
قوله بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث يكون عارية لان عينها لا تطعم فيكون المراد اطعام غلتها اقول القائل ان يقول كون
الارض مما لا يطعم عينه انما يقتضي ان لا يكون الاطعام المضاف اليها على حقيقته ولا يقتضي ان لا يراد به تمليك العين مجازا كما اريد به ذلك
اذا اضيف الى ما يطعم عينه فانهم حملوا هناك على تمليك العين مع ان حقيقة الاطعام جعل الغير طاعما اي اكالا لا جعله مالكا كما صرحوا به والجواب انه
وان امكن ان يراد بالاطعام المضاف الى مثل الارض تمليك العين مجازا لكن هذا التجويز ليس بمتعارف في مثل ذلك وانما المتعارف ان
يراد اطعام الغلة على طريق ذكر المحل وارادة الحال كما في المتعارف فيما اذا اضيف الاطعام الى ما يطعم عينه ان يراد به تمليك العين وكلام
الناقد انما يجب حمله على المتعارف ولا على كل ما احتمله اللفظ تدبر قوله وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا قال صاحب العناية قوله
لما قلنا اشارة الى قوله فلان حرف اللام للتمليك واقتفى اثره الشارح العيني وسكت غيرهما عن البيان اقول الظاهر ان قول المصنف رح
هذا اشارة الى قرينة وهو قوله فلقوله عليه السلام فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده ويدل على هذا ذكر هذه الصورة في ذيل الثالث اذ
لو كان مراده ما قاله الشارحان المزبوران لذكرها في ذيل الثاني بل لو كان مراده ذلك لما ذكرها اصلا اذ قد سبق ذكر ما اذا قال جعلت هذا الثوب
لك وهو الذي قال له واما الثاني ولا يرى اثره فرق بينه وبين ما اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى الا بانه قال هذه الصورة على لفظ عمرى
دون ما سبق فلو كان مراده بقوله لما قلنا كون اللام في قوله لك للتمليك لا كون لفظة العمرى لاثبات الملك للمعمر له لكان ذكر هذه الصورة مستدركا
كما لا يخفى فان قلت لو كان مراده ما ذكرته يقال لما رويناكما هو دابه عند قصده الاشارة الى السنة قلت كان الشارحين المزبورين اعتبرا ذلك و
لكن يمكن التوجيه بحمل ما في قوله لما قلنا في عبارة عن قول نفسه وهو قوله فلقوله عليه السلام لا عن نفس الحديث وقد اشرنا اليه في تحرير مراده فتعتبر قوله

واما الرابع فلان الحمل هو الارتكاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته يعني ان الحمل تصرف
في المنفعة فيكون عارية الا ان يقول صاحب الدابة اردت الهبة لان هذا اللفظ قد يذكر لتمليك العين فاذا نوى ما يحتمله اللفظ وفيه تشديد عليه عملت نيته
قال في الكفاية فان قيل كيف يستقيم قوله ان حقيقة الارتكاب وقد ذكر في العارية ان قوله حملتك لتمليك العين قلنا حقيقة الارتكاب نظرا الى الوضع
وهو لتمليك العين في العرف ذا الاستعمال لكن الحقيقة صارت مهجورة بالعرف فكان هذا في معنى الاسم المشترك انتهى وذكر صاحب العناية نحو
ذلك بعبارة اخرى حيث قال لا يقال هذا ينافي ما تقدم في العارية من قوله لانها لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع
مجازا لما اشرنا اليه هنا لك ان قوله لانها لتمليك العين يعني في العرف فاستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله ههنا لان الحمل هو الارتكاب

ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل ولو قال دارى لك هبة سكنى او سكنى هبة فهى عارية لان العارية تحكمه وقليلك للمنفعة والهبة تحتمل تمليك العين فيجعل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكنى او سكنى صدقة او عارية هبة لما قدمناه ولو قال هبة تسكنها فهى هبة لان قوله تسكنها مستورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له قال ولا يجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائز وقال الشافعى رح يجوز فى الوجهين لانه عقد تمليك فيصح فى المشاع وغيره كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه فى الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله لا يضم غيره اليه وذلك غير موهوب

حقيقة يعنى فى اللغة فاستعماله فى الحقيقة العرفية مجاز لغوى انتهى اقول بقى اشكال وهو انه تقرر فى كتب الاصول انه اذا كانت الحقيقة مهجورة مستعملة والمجاز متعارفا فعند ابى حنيفة رحمه الله المعنى الحقيقى اولى والعمل به وعندهما المعنى المجازى اولى والعمل به دائما اذا كانت الحقيقة مهجورة فالعمل بالمجاز اتفاقا اذا عرفت ذلك ففى ما نحن فيه لم تكن الحقيقة مهجورة كما صرحوا به فعلى مقتضى الاصل المذكور يلزم ان يكون العمل عند ابى حنيفة رح بما هو حقيقة بحسب الوضع وهو الارتكاب وعندهما بما هو المستعمل فيه بحسب العرف وهو تمليك العين فينبغى ان يحمل الحمل على العارية عند عدم ارادة الهبة على اصل ابى حنيفة رح وان يحمل على الهبة وان لم ينويا على اصلهما مع ان وضع المسئلة فى هذا الكتاب وسائر الكتب المعتبرة على الاول من غير ان يذكر الخلاف فى شئ منها فليتامل ثم ان قول صاحب الكفاية فكان هذا فى معنى الاسم المشترك ليس بسديد لان حكم المشترك التامل فيه حتى يترجح احد معنييه او معانيه بالادلة او الامارات على ما تقرر فى علم الاصول وفيما نحن فيه ان نوى الهبة يحمل عليها وان لم ينويا يحمل على العارية من غير تامل ولا توقف فاين هذا من ذلك **قوله** ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل يعنى ما ذكره فى كتاب العارية من قوله عليه السلام المنحة مردودة كذا فى الشروح اقول ههنا كلام اما اولا فلان المتبادر من ذكر هذه المسئلة منفصلة عن مسئلة الحمل وعدم تقييدها بعدم ارادة الهبة ان يكون قوله منحتك هذه الجارية عارية وان نوى بالمنحة الهبة وقد ذكر فى كتاب العارية ان قوله منحتك هذا الثوب وقوله حملتك على هذه الدابة عارية اذا لم يرد بها الهبة وقال فى التعليل لانها لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا فكان بين كلامه فى المقامين نوع تنافر واما ثانيا فلان تعليل هذه المسئلة بما ذكره فى كتاب العارية من قوله عليه السلام المنحة مردودة منظور فيه اذ قد ذكر فى المحيط نقلا عن الاصل انه اذا قال منحتك هذه الدراهم او هذا الطعام فهو هبة ولو قال منحتك هذه الارض او هذه الجارية فهو عارية وقال فالاصل ان لفظ المنحة اذا اضيفت الى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو هبة واذا اضيفت الى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو عارية انتهى وهكذا ذكر فى عامة المعتبرات وقوله عليه السلام المنحة مردودة لا يفرق بين الفصلين فتعليل الفصل الثانى به ينتقض بالفصل الاول فتامل فى التوجيه **قوله** لان قوله تسكنها مستورة وليس بتفسير اذ الفصل لا يصلح تفسيرا للاسم كذا فى المبسوط والمحيط وعليه عامة الشراح قال تاج الشريعة لان قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا لقول المتكلم ونقله صاحب العناية ويقبل بعد ان ذكر مختار العامة اقول ليس هذا بصحيح لان قوله تسكنها ليس بفعل المخاطب السكنى الذى دل عليه لفظ تسكنها والكلام فى عدم صلاحية هذا اللفظ للتفسير فهل يقول العاقل ان لفظ المتكلم فعل المخاطب **قوله** ولهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية قال صاحب العناية فى حل هذا الكلام وهذا اى جوازه باعتبار ان المشاع قابل لحكمه اى لحكم عقد الهبة وهو الملك كما فى البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح ان يكون محلا له لان المحلية عين القابلية او لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من اهله مضافا الى محله ولا مانع ثمه وكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز ان يكون الشيوع مبطلا اجاب وكونه تبرعا يعنى لم يعهد ذلك مبطلا فى التبرعات كالقرض والوصية بان دفع الف درهم الى رجل على ان يكون نصفه قرضا عليه ويعين فى النصف الآخر بشركته وبان اوصى لرجلين بالف درهم كان ذلك صحيحا فدل على ان الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا انتهى كلامه اقول تعسف الشارح المذكور فى بيانه هذا من وجوه الاول انه جعل لفظ هذا فى قول المصنف وهذا لان المشاع اشارة الى جواز عقد الهبة فيقتضى هذا ان يكون قول المصنف رح وهذا لان المشاع الى آخره دليلا على اصل مدعى الشافعى رح وهو قوله يجوز فى الوجهين فيكون دليلا ثانيا عليه فكان ينبغى ان يقول المصنف رح ولان المشاع بدل قوله وهذا لان المشاع والثانى انه ارتكب تقدير مقدمات

ولان في تجويز الزامه شيئا لم يلتزمه رهن القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض كيلا يلزمه التسليم بخلاف كالايمنع لان القبض القائم رهن الممكن فيكتفى به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة

حيث قال فكان العقد صادرا من اهله مضافا الى محله ولا مانع ثمه فكان جائزا والباعث عليه جعله لفظ هذا اشارة الى جوازه والثالث انه حمل قول المصنف وكونه تبرعا الى آخره على الجواب عن سؤال يرده بطريق المنع على مقدمة من المقدمات التي قدرناها وهي قوله ولا مانع ثمه والحق عندي ان مقصود المصنف من قوله هذا لان المشاع الى آخره اثبات الكبرى للدليل السابق وهي قوله فيصح في المشاع لا اثبات اصل المدعى لفظ هذا اشارة الى ان مضمون هاتيك الكبرى فالمعنى وهذا اي صحته في المشاع او كونه صحيحا في المشاع لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له فلا يلزم حينئذ الوجهان الاولان من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية اما الاول منهما فظاهر جدا واما الثاني فلسقوط الاحتياج حينئذ الى ما قدره من المقدمات الزائدة كما يظهر بادنى التامل الصادق ثم ان قوله وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع جواب عن سؤال يرد على الدليل المذكور بطريق المعارضة وهو ان يقال ان عقد الهبة عقد تبرع فلو قلنا بجوازه في المشاع لزم في ضمنه وجوب ضمان القسمة والواهب لم يتبرع به فيكون الزاما عليه بما لم يلتزمه وهو باطل فقال كونه عقد تبرع لا يمنعه الشيوع كالقرض والوصية يعني ان الشيوع في القرض والوصية كما لا يمنع كونهما عقد تبرع كذلك لا يمنع في الهبة فلا يلزم حينئذ الوجه الثالث ايضا من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية وهو حمل الكلام المذكور على الجواب عما يرد على مقدمة غير مذكورة كما عرفت فتبصر **قوله** ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة يعني ان في تجويز عقد الهبة في المشاع الزام الواهب شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل هذا ضرر مرضي لان اقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضائر من الضرر ما لم يكن مرضيا اجيب بان المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز ان يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها كذا في العناية اخذا من شرح تاج الشريعة وتبعهما الشارح العيني اقول في الجواب بحث لانه اذا لم يكن الملك المشاع قسمة ولا مستلزما لها لم يتم نفس هذا الدليل اعني قوله ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة لان الذي يستلزمه تجويز هبة الشيء انما هو الزام وهبه حكم الهبة وهو ثبوت الملك للموهوب له وشيئا يستلزمه حكمها واما ما ليس بحكم الهبة ولا شيئا من لوازم حكمها فلا يستلزمه تجويز الهبة في شيء فاذا لم يكن القسمة نفس حكم الهبة ولا شيئا يستلزمه حكمها فاين يلزم من تجويز هبة المشاع الزام الواهب مؤنة القسمة حتى يلزم الزامه ما لم يلتزمه لا يقال الذي لا يستلزم القسمة هو الملك المشاع وهو الذي ذكر في الجواب وما هو حكم الهبة هو الملك المفرز وهو يستلزم القسمة لانا نقول لا نم ان حكم الهبة مطلقا هو الملك المفرز بل حكمها هو الملك مطلقا الا يرى ان هبة المشاع الذي لا تحتمل القسمة جائزة بالاتفاق وحكمها ثابت قطعا مع ان حكمها هناك ليس الملك المفرز بلا ريب بل هو الملك المشاع ولو سلم ان حكمها مطلقا هو الملك المفرز لم يصح قول المجيب ان المرضي منه ليس القسمة ولا يستلزمها لان من اقدم على الهبة يرضى بحكمها قطعا فلو كان حكمها مطلقا هو الملك المفرز تعين الرضى منه بما يستلزم القسمة وهو الملك هذا واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه يعلم انه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه اباؤه على ان له ان يرجع عن هبته ولا يلزمه المؤنة فليتامل انتهى اقول كل واحد من اصل بحثه وعلاوته ساقط اما الاول فلانه وان علم انه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه اباؤه الا ان طلب شريكه اياه غير متعين بل محتمل والاقدام على الاقدام على العقد انما يقتضي الرضى بما هو من ضروريات ذلك العقد ولوازمه لا بما هو من محتملات ذلك واما الثاني فلان في رجوعه عن هبته ضررا آخر له وهو حرمانه عن ثواب الهبة فلزم ان يتوقف دفع ضرر مؤنة القسمة عن نفسه عن ارتكاب ضرر آخر لنفسه فكان في تجويز هبة المشاع الزام الواهب احد الضررين وذلك لا يجوز وايضا لو سلم جواز هبة المشاع على جواز الرجوع عنها وليس هذا بمنزلة بناء تحقق الشيء على تحققه على انه ليس له الرجوع عن هبته في كثير من المواد وهي التي تحقق فيها الموانع عن الرجوع كما سياتي

[illegible]

في الكتاب فيلزم المحذور في مثل ذلك ثم قول بقي شيء في اصل هذا التعليل وهو ان ما هب المشاع اما ان يرضى بالقسمة او يمتنع عنها فان رضي بها
كان متبرعا بها فلم يكن في الزام مؤنة القسمة الزام ما لم يلتزمه وان امتنع عنها لم يلزمه مؤنة القسمة عند ابي حنيفة رح لان مؤنة القسمة على الطالب
دون الممتنع عنده على ما يجيء في كتاب الهبة فلم يتمش هذا التعليل على قوله **قوله** والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين بما اجاب
عن سؤال مقدر تقريره انه ان لم تلزمه فيما لا يقسم مؤنة القسمة فقد لزمته المهاياة وفي انها الزام ما لم يلزم ومع ذلك العقد جائز فليكن مؤنة القسمة
فيما يقسم كذلك فاجاب بان المهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة لان المهاياة قسمة المنفعة والهبة التي هي عقد التبرع انما لاقت العين
ولا الزام فيه فيما لا يقسم فلم يكن ذلك ضمانا في عين ما تبرع به بخلاف مؤنة القسمة فيما يقسم هذا خلاصة ما في جملة الشروح والكافي ههنا وقال
صاحب العناية بعد ذلك ولقائل ان يقول الزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة ان كان مانعا عن جوازها فقد وجد وان خصصتم بعوده الى
ما تبرع به كان تحكما والجواب تخصيصه بذلك ويدفع التحكم بان في عوده الى ذلك الزام زيادة عين هي اجرة القسمة على العين الموهوبة باخراجها
عن ملكه وليس في غيره ذلك لان المهاياة لا يحتاج اليها انتهى كلامه اقول لا يرى في الجواب الذي ذكره كثير طائل في دفع سؤال سائل لان
حاصله ان في دعواه الى ما تبرع به الزامه اخراج عين هي اجرة القسمة عن ملكه وليس ذلك في المهاياة فلقائل ان يقول ان لم يكن في المهاياة
الزامه اخراج عين في ملكه ففيها الزامه ازالة نفع في زمان معين عن تصرفه وكون الاول اكثر ضررا من الثاني مطلقا غير مسلم فكم من منفعة كمنفعة دار
ونحوها يكون اعز واشرف من مقدار عين تصير اجرة قسمة فيكون ازالتها عن الانتفاع بها اشق على الانسان واكثر ضررا له من اخراج مقدار
عين تصير اجرة قسمة عن ملكه واما الزيادة على العين الموهوبة فمتحققة في الصورتين معا غير ان الزائد عليها في احديهما العين وفي الاخرى
المنفعة والاظهر في الجواب عندي ان يقال تخصيص ذلك بما اذا عاد الى ما تبرع به ولا يلزم التحكم لان المحذور في الزامه ما لم يلتزمه فيما اذا
عاد الى ما تبرع به لزوم المنافاة فان التبرع فيه والالزام فيما لا يجتمعان في محل واحد وفيما اذا لم يعد الى ما تبرع به لا يلزم المنافاة فان المهاياة
لاقت العين بما لم يعارض الالزام والتبرع اذ ذاك محلا واحدا فلا محذور فيه ثم ان صاحب غاية البيان بعد ان بين
مراد المصنف رح على النهج المزبور قال والجواب الصحيح ان يقال هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة لما لم يلزمه ههنا ضمان القسمة على الواهب صحت
وقولهم يؤدي ذلك الى الزام التهائي فنقول لا نسلم لان التهائي ليس بواجب لان فيه اعارة كل منهما نصيبه من صاحبه والاعارة لا يكون
واجبة انتهى كلامه اقول لعل هذا الجواب ليس بصحيح لان التهائي يجب ويجري فيه جبر القاضي اذا طلبه احد الشركاء فيما لا يقسم نص عليه في
عامة الكتب وسيأتي بيان ذلك في فصل المهاياة من كتاب القسمة وما ذكره بقوله لان فيه اعارة كل واحد منهما نصيبه الى آخره وجه
القياس وقد صرحوا بان القياس يأباه ولكنا تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهاياة بعينها وللحاجة اليه
اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة فقولهم في هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة يؤدي ذلك الى الزام التهائي مما لا يقبل المنع اصلا **قوله**
واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجد فيها قبضا الى قوله اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه والاصل في ذلك ان
مجالس القبضين يجوز نيابة احدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز نيابة الاعلى عن الادنى دون العكس فاذا كان الشيء مودعا في يد شخص او عارية فوهبه
اياه لا يحتاج الى تجديد قبض لان كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوبا او مبيعا فاسدا فوهبه اياه لم يحتج الى تجديده

وكذلك كل من يعوله ان هب لليتيم هبة تمت بقبض الاب ويملك عليه الدراهم الناصر والضائر فاوان يملك الناصر وان هب لليتيم هبة تقبض ماله وليه وهو وصي الاب او جده
اليتيم ووصيه جاز لان لهؤلاء ولاية عليه فيقام مقام الابن لكن في جهة منه فقبضه جائز لان لها الولاية فيقام جزء الى حقه وحقه ماله هذا من بابه لكنه يتم
اكمالا بالمال فاذا من ولاية تحصيل النافع وكذا اذا كان شيء اجلب ويتيم لان عليه بذا مستبرئ الا ترى انه لو كان لاجنبي اخر ان ينزعه من يده ليمسك ما تحصيل لنفعا في حقه
وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز هذا اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه محض من اهله فيما وهب المصحفة يجوز قبض وجهها لهب بل الوقاف لتفويض الاب امرها اليه
دكالة بخلاف ما قبل الوقاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة
في الصحيح كذا تصرف مراد الهبة لا يقبض الاب مع حضوره لانه نافع قال اذا وهب اثنان من واحد دارا جاز وان سلماها لا تحصل له وهبتين قبضها
جملة فان تبرعوا ان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة رح وقالا يجوز كان هبة احدهما منهما ان التمليك من واحد فلا يحقق الشيوع
كما اذا رهن من رجلين دارا وله ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما وكذا لو كانت الهبة بينهما لا يقسم فقبل احدهما صح

لان الاول اقوى فينوب عن الضعيف ولو كانت وديعة فباعه منه فانه يحتاج اليه لان قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان كذا في العناية
وغيرها اقول يرد على ظاهر قوله او بيع فاسد فوهبه اياه ان البيع الفاسد يفيد الملك للمشتري عند اتصال القبض كما مر في باب البيع الفاسد من
كتاب البيوع واشار اليه المصنف رح فيما ياتي بعد اسطر بقوله او في ملك غيره على ما صرح به الشراح فاطبة هناك فكيف يتصور هبة المقبوض ببيع
فاسد وهو ملك الغير حتى يصح قوله فوهبه اياه بعد قوله او بيع فاسد فالجواب انه قد مر ايضا في باب البيع الفاسد ان لكل واحد من المتعاقدين بالبيع الفاسد
فسخه على القبض وبعده رفعا للفساد فالمراد بقوله فوهبه اياه فوهبه في البيع الفاسد بعد ان فسخ العقد فح ينتقل الملك الى البائع فيصح هبته اياه
بل لا يبعد ان يجعل نفس الهبة فسخا للبيع الفاسد اقتضاء وقصد بعض الفضلاء توجيه هذا المحل بوجه آخر فقيد قول صاحب العناية او بيع فاسد بقوله بلا اذن البائع
وقال فلا يرد ان المقبوض في البيع الفاسد يكون ملكا للقابض على ما سيجيء بعد اسطر فكيف يصح هبته انتهى اقول لا يخفى على ذي فطنة انه لا حاصل
لما ذكره اذ لا يتصور بيع فاسد بلا اذن البائع لان البيع مطلقا لا ينعقد الا بايجاب وقبول والايجاب هو الاذن من البائع لا يقال يحتمل ان
يكون مراده بالبائع في قوله بلا اذن البائع هو المالك فيجوز ان يبيع فضولي مال احد بغير اذن مالكه بيعا فاسدا ويقبضه المشتري لانا نقول اذا اذن
المالك في ذلك يكون البيع باذن البائع اي المالك وان لم يأذن له فيه لا ينفذ البيع اصلا فيكون يد القابض يد الغصب او يد الامانة لا يد القبض
بالبيع الفاسد والكلام فيه تدبر **قوله** وكذلك كل من يعوله اي قبض الهبة لاجل اليتيم يصح من كل من يعوله نحو الاخ والعم والاجنبي كذا في الشروح
قال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه بعد هذا البيان يطلق في الكتاب جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر في الايضاح ومختصر الكرخي ان ولاية القبض لهؤلاء
اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهم الاب ووصيه والجد ابو الاب بعد الاب ووصيه فاما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي في عيال القابض او لم يكن
وسواء كان ذا رحم محرم منه او اجنبيا لانه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له فاذا
لم يبق واحد جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ الا ترى انه يؤدبه ويسلمه في الصنائع فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق
قبض الهبة لكونه من باب المنفعة انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك يقبل وارى انه لم يطلق ولكنه اقتصر في التقييد وذلك لانه قال وكذلك
كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك اذا وهبت له امه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف ايضا لكنه اقتصر
عن ذكر الجد ووصيه للعلم بان الجد الصحيح مثل الاب في اكثر الاحكام ووصيه كوصي الاب انتهى كلامه اقول ليس هذا بتوجيه صحيح اذ قد تقرر في كتب
العربية ان القيد اذا كان مقدما على المعطوف عليه فالظاهر تقييد المعطوف به كقولنا يوم الجمعة سرت وضربت زيدا وليس ذاك بقطعي ولكنه
السابق الى الفهم في الخطابات واما اذا كان موخرا عن المعطوف عليه فلا يفهم منه تقييد المعطوف به ايضا اصلا وقيد المعطوف عليه فيما نحن فيه
موخر فلا يدل على تقييد المعطوف به في شيء فيحمل ما توهمه صاحب العناية **قوله** ويملك مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكه
الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح قال صاحب النهاية قوله في الصحيح متعلق بقوله ويملك مع حضرة الاب اي ويملك الزوج قبض الهبة
لاجل امرأته الصغيرة مع حضرة ابيها في الصحيح وكان هذا احترازا عما ذكر في الايضاح بقوله وتاويل هذه المسئلة ان قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن
الاب حيا وقال انما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل من يعول غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة ليست رواية
اخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازا عنها انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب العناية ومعراج الدراية اقول فيه نظر لان شيخ الاسلام خواهر زاده قال في مبسوطه فمن مشايخنا

[illegible]

من سوى بين الزوج وبين الاجنبي والام والجد والاخ وقالوا يجوز قبض هؤلاء عن الصغير اذا كان في عيالهم وان كان في الاب حاضرا كما في الزوج وفصل
من فرق وقال بان قبض الزوج يجوز على امرأته الصغيرة اذا كانت في عياله حال حضرة الاب وحال غيبته [illegible] قريب آخر
الصغير وفيما ذكر من الاقارب حق القبض حال غيبة الاب اذا كان الصغير في عيالهم فلا يكون لهم القبض عن الصغير حال حضرة الاب الى هنا كلامه فظهر منه
ان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة قولا آخر يخالف القول المذكور فيصح ان يقع قوله في
الصحيح احترازا عنه كما لا يخفى وانا اتعجب من صاحب العناية انه يعد ان رأى ما صرح به في مبسوط شيخ الاسلام من اختلاف المشايخ في هذه المسئلة مذكورا
في غاية البيان مع تفصيلات اخر بطريق النقل عن مبسوط شيخ الاسلام ذلك الهمام كيف تبع مع رأي صاحب النهاية في جعل قول المصنف رح في الصحيح متعلقا
بقوله ويملك مع حضرة الاب مع كونه بعيدا من حيث اللفظ والمعنى اما بعده من حيث اللفظ فظاهر لانه يقع حينئذ فصل كثير بين المتعلق والمتعلق به من غير ضرورة
تدعو اليه واما بعده من حيث المعنى فلانه لو كان مراد المصنف رح بقوله في الصحيح هو الاحتراز عما ذكر في الايضاح من ان قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب
حيا يقال ويملك مع حيوة الاب بدل قوله ويملك مع حضرة الاب لان الحضرة انما تقابل الغيبة دون عدم الحيوة تامل تقف **قوله** ولان الملك ثبت
لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع قال صاحب العناية في شرح هذا الدليل ولان الملك ثبت
لكل واحد منهما في النصف وهو غير ممتاز فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس منع الشيوع بجواز الهبة الا لذلك واذا ثبت الملك
مشاعا وهو حكم التمليك ثبت التمليك كذلك اذ الحكم يثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب الملك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لو كان
تقرير الدليل ما حرره الشارح لم قول المصنف رح فيكون التمليك كذلك وقال والظاهر من مساق المصنف رح ان كلا الدليلين استدلال من جانب
التمليك انتهى اقول كانه فهم من قول صاحب العناية وهذا استدلال من جانب الملك ان مراده ان هذا الاستدلال تم بجانب الملك فقط فاورد عليه
انه لغا حينئذ قول المصنف رح فيكون التمليك كذلك وليس كذلك بل مراده ان هذا هو الاستدلال هو جانب الملك كما يفصح عنه من الابتداء بقوله
قوله من جانب الملك وهذا لا ينافي ان يتفرع عليه كون التمليك ايضا كذلك فيحصل من المجموع تمام الدليل ثم ان قوله والظاهر من مساق المصنف رح
ان كلا الدليلين استدلال من جانب التمليك ممنوع كما لا يخفى على الناظر في الكتاب **قوله** ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما نصفها وللآخر نصفها لم يجز
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح يجوز ولو قال لاحدهما نصفه وللآخر نصفه عن ابي يوسف رح فيه روايتان اعلم ان التفصيل في
الهبة اما ان يكون ابتداء من غير سابقة الاجمال او يكون بعد الاجمال فان كان الاول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتنصيف كالثلث والثلثين
او بالتساوي كالنصف وان كان الثاني لم يجز عند ابي حنيفة رح مطلقا اي سواء كان متفاضلا او متساويا وجاز عند محمد رح مطلقا وفرق ابو يوسف
بين المفاضلة والمساواة ففي المفاضلة لم يجوز وفي المساواة جوز في رواية وقد اشار اليه المصنف رح بقوله عن ابي يوسف رح فيه روايتان ثم ان صاحب النهاية
جعل المصنف رح ولو قال لاحدهما نصفه وللآخر نصفه عن ابي يوسف رح فيه روايتان تفصيلا ابتدائيا حيث قال ولو فصل ابتداء بالتنصيف من غير سابقة
الاجمال بان قال احدهما وهبت لهذا نصف الدار ولهذا نصفها لم يجز بلا خلاف هكذا ذكر في عامة النسخ من الذخيرة والايضاح وغيرهما وذكر في الكتاب
عن ابي يوسف رح فيه روايتان انتهى كلامه وقال صاحب العناية بعد ذكر ما ذهب اليه صاحب النهاية ههنا وليس هذا بظاهر لان المصنف رح عطف ذلك
على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر انه ليس ابتدائيا انتهى اقول يرشد الى ما قال صاحب العناية ان المصنف رح قال ولو قال لاحدهما نصفه وللآخر نصفه

باب ما يصح رجوعه وما لا يصح

قال او اذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي رح لا رجوع فيهما لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده لان الرجوع ابطال التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده وعندنا هبة الوالد لولده على اصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزءا له ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض

ولم يقل ولو وهب لاحدهما نصفه وللآخر نصفه اذ لو كان مراده العطف على اول المسئلة الاولى لكانت المسئلة الثانية مسئلة مستقلة مبتدأة فيجب ان يقول ولو وهب بدل ولو قال كما في سائر مسائل الهبة ولما قال ولو قال علم ان مراده العطف على ما في آخر المسئلة الاولى من التفصيل الواقع بعد الاجمال فيكون الفرق بين المسئلتين لوقوع التفصيل بعد الاجمال في الاولى بطريق المفاضلة وفي الاخرى بطريق المساواة

باب الرجوع في الهبة لما كان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له ملكا غير لازم حتى يصح الرجوع احتاج الى بيان مواضع الرجوع وموانعه وبذا بابه **قوله** واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها قال صاحب النهاية بذا اللفظ يحتاج الى القيود اي اذا وهب هبة للاجنبي او لذي رحم ليس بمحرم او لذي محرم ليس برحم وسلمها اليه ولم يقترن بها ما يمنع الرجوع من الزوجية والعوض والزيادة وغيرها حالة عقد الهبة فله الرجوع فيها اما بالقضاء او بالرضاء من غير استحباب بل هو مكروه وبين وجه كون هذه القيود محتاجا اليها بما لا مزيد عليه وقال صاحب العناية والمراد بالاجنبي ههنا من لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبني الاعمام والاخوال ومن كان له محرم ليس بذي رحم كالاخ الرضاعي وخرج بالتذكير في قوله وهب واجنبي الزوجان ولا بد من قيدين آخرين احدهما وسلمها اليه والثاني لم يقترن من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتمادا على انه يفهم ذلك في اثناء كلامه انتهى اقول في قوله وخرج بالتذكير في قوله وهب واجنبي الزوجان خلل فاحش اذ لو قصد بالتذكير في قوله وهب واجنبي اخراج المونث لخرج من هذه المسئلة كل هبة كانت بين الامرأتين وكل هبة كانت بين الامرأتين وكل هبة كانت بين الرجل والمرأة وانما بقي فيها الهبة التي كانت بين الرجلين ولا يخفى فساد ذلك بل الصواب ان التذكير الواقع في هذه المسئلة ليس لاخراج المونث وانما هو للجري على ما هو المتعارف في امثالها من تغليب الذكور على الاناث كما في خطابات الشرع على ما تقرر في علم الاصول وان الزوجين انما يخرجان من هذه المسئلة بثاني القيدين اللذين اعترف الشارح المذكور ايضا بانه لا بد منهما واعتذر عن تركهما بما ذكره وذلك ان لم يقترن من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة اذ لا شك ان الزوجية من جملة تلك الموانع ثم اقول لمانع ان يمنع انفهام القيد الاول من ذينك القيدين في اثناء كلام القدوري في مختصره والعمدة في هذه المسئلة على القدوري لانها من مسائل مختصره انتهى فتامل **قوله** ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض لا يقال يجوز ان يكون المراد منه ما قبل التسليم فلا يكون حجة لانا نقول لا يصح ذلك لانه اطلق اسم الهبة على المال وذا لا يكون قبل القبض والتسليم ولانه عليه السلام جعله احق بها وذا يقتضي ان يكون لغيره فيها حق وذلك انما يكون بعد القبض ولانه لو كان كذلك لخلا قوله ما لم يثب منها عن الفائدة اذ هو احق وان شرط العوض قبله كذا في النهاية والكفاية وهكذا ذكر في العناية ايضا الا الوجه الاول من الوجوه الثلثة المذكورة في الجواب وقد اشار في الكافي ايضا الى تلك الوجوه الثلثة حيث قال ولنا قوله عم الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض والمراد حق الرجوع بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم واضافتها الى الواهب باعتبار انها كانت له كرجل يقول اكلنا خبز فلان الخباز وان كان اشتراه منه ولانه اثبت الواهب حقا اغلب من حق الموهوب له ولا يجتمع الحقان وحق الواهب اغلب الا بعد تمام الهبة بالقبض اذ لا حق للموهوب له قبل القبض ولما فيه هذا الحق الى وصول العوض اليه وذا في حق الرجوع بعد التسليم انتهى اقول في الوجه الاول والثاني من تلك الوجوه بحث اما في الاول فلان عدم صحة اطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض والتسليم ممنوع فان القبض ليس من اركان عقد الهبة بل هو شرط تحقق حكمه كما تقرر فيما مر فكان خارجا عن حقيقة الهبة ولئن سلم عدم صحة اطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض فلم لا يجوز اطلاق ذلك عليه مجازا باعتبار

نيا في

وان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فيثبت ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله والمراد ما روى في سبب الرجوع وثباته للوالد

مائول اليه كما في بخوارانى اعصر خمرا وقد جوزت اضافتها الى الواهب باعتبار انها كانت له وهذا ليس بابعد من ذاك واما في الثاني فلانه قد تقرر
في علم العربية انه يجوز استعمال افعل مجردا عن معنى التفضيل مؤولا باسم الفاعل او الصفة المشبهة حال كونه عاريا عن اللام والاضافة ومن ومنه
قوله تعالى وهو اهون عليه اذ ليس شيء اهون على الله تعالى من شيء فلفظ احق في الحديث المذكور عار عن الامور الثلثة المذكورة فلم لا يجوز ان
يعبر مجردا عن معنى التفضيل فيصير المعنى الواهب حقيق بهبته ما لم تثبت منها فلا يقتضي ان يكون لغيره فيها حق نعم الظاهر الشائع ان يكون صيغة افعل
مستعملة في معنى التفضيل لكن المعترض مانع مستند باحتمال ان لا يكون معنى التفضيل مقصودا في الحديث المذكور الذي استدلوا به على جواز الرجوع
في الهبة بعد القبض ولا يخفى ان الاحتمال كاف في مقام المنع قادح في مقام الاستدلال على ان لقائل ان يقول لو كان معنى التفضيل مقصودا
بالحديث المذكور فصار المراد ان يثبت للواهب في هبته حقا اغلب من حق الموهوب له فيها لما كان الرجوع عنها مكروها ولما قال النبي عليه السلام
العائد في هبته كالعائد في قيئه لان الرجوع ح يصير في حكم تفضيل الفاسق وترجيح الغالب فالوجه تحرير اللاحق في الحديث المذكور عن معنى التفضيل
تطبيقا للمقامين وتوفيقا للكلامين فتامل ثم ان بعض الفضلاء قدح في الوجه الثالث ايضا من تلك الوجوه حيث قال هذا يجر الى القول بمفهوم
الغاية وقد نفاه الشارح يعني صاحب العناية اقول صرح المحقق التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح بان مفهوم الغاية متفق عليه
فكيف ينفيه الشارح المذكور **قوله** ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فيثبت ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله قال صاحب العناية في تعليل
قوله ان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة لان العادة الظاهرة ان الانسان يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه الى من دونه ليخدمه والى
من يساويه ليعوضه انتهى وقال بعض الفضلاء المفهوم من هذا التقرير خلاف المدعى حيث خص التعويض بالمتساويين والمدعى كان اعم انتهى
وقد سبقه الى هذا الدخل الشارح العيني حيث قال بعد نقل كلام صاحب العناية قلت فعلى هذا ليس للرجوع الا في الثالث ومع هذا الرجوع في الكل ما لم يعوض انتهى
اقول يمكن توجيه ما ذكر في العناية بان المراد بالتعويض في قوله ان المقصود بالعقد هو التعويض ما يعم التعويض في قوله والى من يساويه ليعوضه هذا التعويض المالي وبالتعويض
في قوله ان المقصود بالعقد هو التعويض ما يعم التعويض بالصيانة وبالخدمة وبالمال فالمخصوص بالمتساويين هو التعويض المالي واما التعويض
المطلق فيوجد في الاعلى والادنى والمساوي والتعليل المذكور يشمل الصور الثلث فلا يضره كون المدعى اعم فانه يدل على جواز الرجوع في
الكل ما لم يعوض تامل تفهم واعلم ان صاحب العناية ليس بمنفرد في ذلك التقرير بل سبقه اليه صاحب النهاية وغيره فقال في النهاية
توضيحه ان المقصود من الهبة للاجانب العوض والمكافاة لان الانسان يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى
من يساويه ليعوضه ومنه يقال الايادي قروض انتهى ثم ان صاحب التسهيل اعترض على اصل هذا الدليل حيث قال اقول على هذا التعليل
لو قيد بنفي العوض ينبغي ان يمتنع الرجوع لانه ظهر ان العوض ليس بمقصود ولكن قوله عليه السلام ما لم يعوض يدل على جواز الرجوع وان
قيد بنفي العوض انتهى اقول يمكن ان يجاب عنه بانا لا نسلم ظهور ان العوض ليس بمقصود عند التقييد بنفي العوض فان التعويض من الموهوب له
ليس بايجاب الواهب اياه والتماسه بل بحسب مروة الموهوب له وجرى العادة على التعويض ونفي الواهب التعويض لا يفوت ذلك بل ربما
يكون نفيه اياه سببا لهيجان مروة الموهوب له فيجوز ان تقصد الواهب بنفيه اياه ذلك المعنى ولئن سلمنا ظهور ذلك فنقول الوجه المذكور علة توجب
لاثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد في كل صورة كما قالوا مثل هذا في الوجه الثاني من وجهي عدم جواز هبة المشاع فيما يقسم فيما مر فتذكر

فانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا استقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها **فقال** الا ان يعوضه عنها لحصول المقصود او يزيد زيادة متصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد **قال** او يموت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حياته واذا مات الواهب فورثته اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه ويخرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه ولا ينقضه وكونه يتجدد الملك بتجدد سببه

قوله لانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا اي باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا في الحكم كذا في الكافي وعامة الشروح وقال بعض الفضلاء بل شراء اخر اباعن قولهم وان لم يكن رجوعا في الحكم اقول ليس هذا بصحيح لان المراد بتملك الولد ههنا تملكه بطريق الاتفاق على نفسه لا بطريق الشراء لان الشراء مما لا مساس له بالهبة فلا يناسب تاويل الحديث المذكور قطعا ولان قولهم للحاجة تعين الاول لعدم الاحتياج الى الحاجة في تملكه بالشراء على انهم صرحوا بالاول حيث قال في البدائع فانه يحل له اخذه من غير رضى الولد ولا قضاء القاضي اذا احتاج اليه للانفاق على نفسه انتهى وقال في الكفاية من شروح هذا الكتاب فانه لينتقل بالرجوع فيما يهب لولده عند احتياجه الى ذلك للانفاق على نفسه انتهى الى غير ذلك من المعتبرات **قوله** وقوله في الكتاب فله ان يرجع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا استقباحه قال الشارح العيني قيل قد استدل المصنف رح على كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح ثم يشترطون في جوازه الرضا او القضاء فاذا كان الرجوع بالرضا فلا كلام فيه ولا اشكال واما اذا كان بالقضاء فكيف يسوغ للقاضي الاعانة على مثل هذه المعصية وكيف يكون اعانة على المعصية التي هي معصية اخرى منتجة للجواز واذا كان الرجوع قبل القضاء غير جائز فبعده كذلك لان قضاء القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال وانما قضاء القاضي اعانة لصاحب الحق على وصوله الى حقه فاذا كان الرجوع في الهبة لا يحل لا يصير بالقضاء حلالا وقد اعترف المصنف رح بعد ذلك بان في اصل الرجوع في الهبة وهاء فكيف يسوغ للقاضي الاقدام على امر مكروه انتهى كلامه اقول هذا الاشكال انما نشأ من عدم الوقوف على ان محل القضاء فيما نحن فيه ماذا فان الذي كان مكروها انما هو نفس الرجوع عن الهبة لا جواز الرجوع عنها والذي يكون محلا للقضاء انما هو جواز الرجوع عنها لا نفس الرجوع فان القاضي لا يقول للواهب في حكمه عند التنازع مع الموهوب له ارجع عن هبتك بل يقول لك الرجوع عنها مع كراهة فيه وليس في قضائه هذا اعانة على امر مكروه بل فيه اجراء حكم شرعي على اصل اثبتنا وهو جواز الرجوع عن الهبة مع كراهة فيه فان رجع الواهب عنها بعد ذلك كان مرتكبا للمكروه بطوع نفسه لا باعانة القاضي عليه وان امتنع الموهوب له بعد ذلك عن دفعها اليه يلزمه القاضي دفعها اليه وليس فيه ايضا الزام المكروه لان دفع الهبة الى الواهب ليس بمكروه بل هو واجب على الموهوب له بعد ان رجع الواهب عنها بلا مانع عن الرجوع وان كان نفس الرجوع مكروها ثم ان القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال ولكن يجعل الضعيف قويا والمختلف فيه متفقا عليه يتعلق حكمه بذلك كما تقرر في موضعه ثم ان الضعيف اذا كان ناشيا من اختلاف العلماء في مسئلة لا يمتنع القاضي عن الاقدام على الحكم بها سيما اذا وافق مذهبه وما نحن فيه من هذا القبيل كما ترى فاندفع الاشكال المذكور بحذافيره بهذا ينبغي ان يفهم هذا المقام **قوله** او يزيد زيادة متصلة قال صاحب العناية ولا بد من قيد آخر وهو ان يقال يورث زيادة في قيمة الموهوب انتهى اقول بل من ذلك القيد الآخر بقوله او يزيد زيادة متصلة لان لا يورث ذلك زيادة في قيمة الموهوب نقصان في الحقيقة وان كان في صورة الزيادة كما صرحوا قاطبة حتى صاحب العناية نفسه حيث قال فيما بعد واما اشتراط كونها موثرة في زيادة القيمة فلانها لو لم يكن كذلك عادت نقصانا فربما زيادة صورة كانت نقصانا في المعنى كالاصبع الزائدة مثلا انتهى والظاهر ان الاعتبار للمعنى دون الصورة فلا احتياج الى قيد زائد ولقد احسن صاحب النهاية في البيان ههنا حيث قال ثم اعلم ان المراد من الزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب بشيء يورث زيادة في قيمة الموهوب كالسمن والجمال اما لو زاد الموهوب في نفسه لكن لا يورث تلك الزيادة زيادة في قيمته فهو ليس بزيادة حقيقة فلا يمنع الرجوع فانه قد يكون الشيء زيادة صورة نقصانا معنى كالاصبع الزائدة وما اشبه ذلك وقال هذا كله في الذخيرة ثم اقول بقي ههنا شيء وهو انهم صرحوا بان الزيادة الصورية التي لا تورث زيادة في القيمة

قال وان وهب لآخر ارضا بيضاء فانبت في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا او آريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له ان يرجع في شيء منها لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها اشارة الى ان الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة اصلا وقد تكون الارض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها **قال** فان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي لان الامتناع بقدر المانع وان لم يبع شيئا منها له ان يرجع في نصفها لان له ان يرجع في كلها فكذا في نصفها بالطريق الاولى **قال** وان وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها لقوله عليه السلام اذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ولان المقصود صلة الرحم وقد حصل وكذلك ما وهب احد الزوجين للآخر لان المقصود فيها الصلة كما في القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع ولو ابانها بعد ما وهب فلا رجوع **قال** واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها او في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا وان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يرجع وقال زفر يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا انه يصلح عوضا للكل من الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو الا انه يتخير لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم له فله ان يرده **قال** وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف **قال** ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما او بحكم الحاكم لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضاء او القضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لا يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعد القضاء لان اول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا ان يمنعه بعد طلبه لانه تعدى واذا رجع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لان العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق

كالزيادة الحاصلة بطول القامة وبالاصبع الزائدة لا تمنع الرجوع مع ان الدليل الذي ذكروا لمنع الزيادة المتصلة الرجوع وهو انه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد جار بعينه في تلك الصورة ايضا فليتأمل في التوجيه **قوله** فان وهب لآخر ارضا بيضاء فانبت في ناحية منها نخلا قال صاحب العناية هذه نوع من الزيادة المتصلة وكان حقها التقديم انتهى اقول وجه التاخير ان المصنف رحمه الله كره ان يفصل بين الالفاظ المذكورة بطريق الاستثناء في مسئلة مختصر القدوري بذكر مسئلة مستقلة من مسائل الجامع الصغير وهي هذه المسئلة فان المستثنى مع المستثنى منه ككلام واحد فلا ينبغي ان يذكر بينهما كلام آخر مستقل بنفسه وقال بعض الفضلاء في الاعتذار عنه الا ان المصنف رحمه الله قصد سرد اصول الموانع ثم التفريع على الترتيب تاخير التفويض لما فيه من كثرة التفصيل انتهى اقول ليس بذاك الشيء لان المصنف رحمه الله لو قصد سرد اصول الموانع ثم التفريع على الترتيب لما ذكر القرابة المحرمية والزوجية من اصول الموانع بين التفريعات بقوله وان وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها وبقوله وكذلك ما وهب احد الزوجين للآخر تبصر تفقه **قوله** فان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي اقول قيد النصف في الكتاب بكونه غير مقسوم والظاهر عدم التقييد بذلك كما وقع في عامة المعتبرات اذ الحكم فيما اذا باع نصفها مقسوما كذلك قطعا وتخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به وكان وجه التقييد في الكتاب ارادة اثبات الحكم في المقسوم بالطريق الاولى فانه لما صح الرجوع في الباقي فيما اذا باع نصفها غير مقسوم كان صحة الرجوع في الباقي فيما اذا باع نصفها مقسوما اولى كما لا يخفى وسيأتي التعرض من الشراح لنظير هذا في قوله وان عوضه اجنبي عن الموهوب متبرعا فتبصر **قوله** وقال زفر رحمه الله يرجع بالنصف قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقال زفر رحمه الله يرجع بنصف العوض اقول هذا سهو فان المراد بالنصف في قول المصنف رحمه الله وقال زفر يرجع بالنصف انما هو نصف الهبة دون نصف العوض وهذا مع كونه ظاهرا من تقرير المصنف رحمه الله منصوص عليه في الكافي والكفاية وغاية البيان وغيرها **قوله** وفي اصله وهاء اي في اصل الرجوع ضعف قال صاحب الكافي في تعليل ذلك لان الواهب ان كان يطالب بحقه فالموهوب له يمنع ملكه وقال تاج الشريعة لانه ثابت بخلاف القياس لكونه تصرفا في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع واقتفى اثره صاحب العناية والشارح العيني اقول في قولهم ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع خلل لان الرجوع ثابت بخلاف القياس في جميع الصور اي فيما يوجد فيه المانع عنه وفيما لم يوجد فيه ذلك لكونه تصرفا في ملك الغير في الجميع فلا يصح تفريع بطلانه في صور تحقق المانع عنه على كونه ثابتا بخلاف القياس اذ لو كان علة البطلان ذلك لزم ان يبطل في جميع الصور لعدم انفكاكه عن تلك العلة في صورة فالصواب ان بطلانه بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع لما ذكر من الادلة المفصلة في مسائلها لا لكونه ثابتا بخلاف القياس واعترض بعض الفضلاء على قولهم لانه ثابت بخلاف القياس حيث قال فيه بحث لانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس اقول هذا ساقط لانه ان اراد بانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس انه يقتضي ان يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس ضعيفا فما المحذور في ذلك اذ الظاهر ان كل ما ثبت على خلاف القياس ضعيف بالنسبة الى ما ثبت على وفق القياس الا يرى انهم قالوا كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس من الاحكام يختص بمورد النص بخلاف ما ثبت به على وفق القياس وان اراد بذلك انه يقتضي ان يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس موقوفا على الرضاء او القضاء فهو ممنوع وانما يكون كذلك لو كان قوله وفي اصله وهاء علة تامة لعدم صحة الرجوع بدون الرضاء او القضاء وليس كذلك بل العلة التامة له مجموع قوله انه مختلف بين العلماء وفي اصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء ولا يجري هذه العلة بتمامها في كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس فلا انتقاض به ثم ان الامام المطرزي قال في المغرب الاهاء بالمد خطأ وانما هو الوهي مصدر وهي الحبل يهي وهيا

بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هنالك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا **قال** واذا تلفت العين الموهوبة
فاستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له
والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع لا في ضمن غيره **قال** واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في
المجلس في العوضين ويبطل بالشيوع لانه هبة ابتداء فان تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب خيار الرؤية وتثبت
الشفعة لانه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا

اذا ضعف انتهى وقد نقله عنه كثير من الشراح ههنا ولم يتعرضوا له بشيء ونقله صاحب العناية ايضا وقال وهو خطأ لان هذا المقصور السماعي ليس بخطأ
وتخطيته بالليس بخطأ خطأ انتهى ولا يذهب على ذي فطانة ان الخطأ ههنا انما هو في كلام صاحب العناية فانه زعم ان الوهب في قول صاحب المغرب وانما
هو الوهب بمقصور الواو وليس كذلك قطعا بل هو على وزن الفعل بفتح الواو وسكون الهاء كالرهب ومن البين فيه قول صاحب المغرب مصدر وهب الرجل
لهبي رهبا حيث قال وهبا ولو كان مقصورا لقال وها كما لا يخفى وقد تفطن الشارح العيني لهذا حيث قال وقول صاحب العناية لان هذا المقصور
السماعي ليس بخطأ خطأ لان جواز هذا المقصور السماعي مبني على وجود المقصور حتى يعد والمصدر ههنا على وزن فعل بتسكين العين فمن اين يتأتى المد انتهى ولكن خطأ
صاحب المغرب بوجه آخر حيث قال فصاحب المغرب مصيب من وجه في قوله وانما هو الوهب يعني بتسكين العين ومخطئ من وجه في قوله الوها بالمد خطأ لان
هذا ايضا مصدر على وزن فعال كما يقال في قلى يقلي قلى وقلاء على وزن فعال ووهاء كذلك وقد قال الجوهري القلى البغض فان فتحت القاف مددت
تقول قلاء يقليه قلى وقلاء انتهى كلامه اقول خطأ هذا الشارح ايضا في تخطية صاحب المغرب لان كون الوها على وزن بعض المصادر لا يقتضي ان يكون
نفسه ايضا مصدرا اذ قد تقرر في علم الادب ان مصدر الثلاثي سماعي لا يثبت بالقياس فمجيء القلاء مصدرا من قلي يقلي كما ذكره الجوهري لا يقتضي ان يكون
الوها ايضا مصدرا من وها يهي فان الاول مسموع دون الثاني وقول صاحب المغرب الوها بالمد خطأ بناء على انه غير مسموع فلا غبار فيه على ان تخطيته
اياه في قوله الوهاء بالمد خطأ بناء في تصويبه اياه في قوله وانما هو الوهب لان في قوله هذا قصر مصدر وهب يهب على الوهب بتسكين الهاء فكون الوها ايضا
مصدرا منه ينافي ذلك قطعا ثم ان صاحب الكافي ومن اخذ اخذه من الشراح كصاحبي الكفاية ومعراج الدراية استدلوا على مسئلتنا هذه بدليل
آخر غير مذكور في الكتاب حيث قالوا ولان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا ممن له ولاية عامة وهو القاضي او منهما ولاية على انفسهما كالرد بالعيب
بعد القبض انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلانه منقوض بفسخ العقد في البيع الفاسد اذ قد مر في فصل احكام البيع الفاسد من كتاب البيوع ان المشتري
اذا قبض المبيع في البيع الفاسد باذن البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته ثم ان لكل واحد من المتعاقدين فيه فسخ العقد
قبل القبض وكذا بعده ان كان الفساد في سبب العقد ولمن له الشرط ان كان بشرط زائد فصح فسخ العقد هناك من احدهما بدون رضى الآخر ولا التفات به
فصار الدليل المذكور منقوضا به بل هو منقوض ايضا بسائر العقود الغير اللازمة لان كل واحد من المتعاقدين تمكن من فسخها باسرها كما صرحوا به في مواضعها
واما ثانيا فلان قولهم كالرد بالعيب بعد القبض ليس بسديد اذ الحق هناك للمشتري في وصف السلامة لا في الفسخ والحق ههنا للواهب في نفس الفسخ
كما صرحوا به فيما سيأتي وفرقوا بينهما بهذا الوجه فلا يقتضي عدم انفراد المشتري هناك بالفسخ عدم انفراد الواهب ههنا به فلا يتم القياس ولا التشبيه تدبر
قوله بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا قال صاحب العناية في تعليل قوله لا في الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد
فاذا كان العقد تاما لم يقبض الفسخ انتهى اقول فيه بحث لانه ان اراد انه اذا كان العقد تاما لم يقبض ثبوت الفسخ بالفعل البتة فهو مسلم ولكن الكلام في حق الفسخ لا في ثبوت الفسخ
بالفعل البتة لا يتم التقريب وان اراد انه اذا كان العقد تاما لم يقبض ثبوت حق الفسخ فهو ممنوع الا ترى ان عقد الهبة يتم بالقبض بعد الايجاب والقبول
ومع هذا يقتضي ثبوت حق الفسخ بموجب قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها ولفوات المقصود بالعقد عادة عند عدم التعويض
منها كما تقرر فيما مر فلم لا يجوز ان يثبت للمشتري ايضا حق الفسخ عند تحقق العيب بناء على فوات مقصوده بالعقد وهو سلامة المبيع فالاظهر
في تعليل ذلك ان يقال لان البيع عقد لازم من المعاوضات فيمتنع ان يقتضي ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين لكونه مناقضا للزوم العقد

ولنا انہ اشتمل علی جہتین فیجمع بینہما ما امکن عملاً بالشبہین وقد امکن لان الہبۃ من حکمہا ناقلۃ الملک الی القبض وقد یتراخی عن البیع الفاسد والبیع من حکمہ اللزوم وقد تنقلب الہبۃ لازمۃ بالتعویض فجمعنا بینہما بخلاف بیع نفس العبد منہ لانہ لا یمکن اعتبار البیع فیہ اذ ہو لا یصلح مالکاً لنفسہ **فصل قال** ومن وہب جاریۃ الا حملہا صحت الہبۃ وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا یعمل الا فی محل یعمل فیہ العقد والہبۃ لا تعمل فی الحمل لکونہ وصفاً علی ما بیناہ فی البیوع فانقلب شرطاً فاسداً والہبۃ لا تبطل بالشروط الفاسدۃ وہذا ہو الحکم فی النکاح والخلع والصلح عن دم العمد لانہا لا تبطل بالشروط الفاسدۃ بخلاف البیع والاجارۃ والرہن لانہا تبطل بہا ولو اعتق ما فی بطنہا ثم وہبہا جاز لانہ لم یبق الجنین علی ملک الکل فاشبہ الاستثناء ولو دبر ما فی بطنہا ثم وہبہا لم یجز لان الحمل بقی علی ملکہ فلم یکن شبیہ الاستثناء

بخلاف عقد الہبۃ فانہ عقد تبرع غیر لازم فلا ینافیہ ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدین **قولہ** ولنا انہ اشتمل علی جہتین فیجمع بینہما ما امکن عملاً بالشبہین وقد امکن قال صاحب العنایۃ فی تقریر ہذا الدلیل ولنا انہ اشتمل علی جہتین جہۃ الہبۃ لفظاً وجہۃ البیع معنی وامکن الجمع بینہما وکل ما اشتمل علی جہتین امکن الجمع بینہما وجب اعمالہما لان اعمال الشبہین ولو بوجہین اولی من اعمال احدہما انتہی اقول فیہ مناقشۃ وہی ان قولہ لان اعمال الشبہین ولو بوجہ اولی من اعمال احدہما یفید الوجہ اعمال الشبہین والمدعی وجوب اعمالہما کما ترمی فالتقریب یمکن دفعہا بالعنایۃ فتامل

فصل لما کانت المسائل المذکورۃ فی ہذا الفصل متعلقۃ بالہبۃ بنوع من التعلق وصارت بمنزلۃ مسائل شتی ذکرہا فی فصل علی حدۃ **قولہ** ومن وہب جاریۃ الا حملہا صحت الہبۃ وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا یعمل الا فی محل یعمل فیہ العقد والہبۃ لا تعمل فی الحمل لکونہ وصفاً علی ما بیناہ فی البیوع فانقلب شرطاً فاسداً والہبۃ لا تبطل بالشروط الفاسدۃ توضیح ہذا الدلیل الا الاستثناء لا یعمل الا فی محل یعمل فیہ العقد والہبۃ لا تعمل فی الحمل لکونہ وصفاً والعقد لا یرد علی الاوصاف مقصوداً حتی لو وہب الحمل لآخر لا یصح فکذا اذا استثنی علی ما مر فی البیوع فاذا لم یکن الاستثناء عاملاً انقلب شرطاً فاسداً لان اسم الجاریۃ یتناول الحمل تبعاً لکونہ جزءاً منہا فلما استثنی الحمل کان الاستثناء مخالفاً لمقتضی العقد وہو معنی الشرط الفاسد والہبۃ لا تبطل بالشروط الفاسدۃ ولان الملک فی باب الہبۃ معلق بفعل حسی وہو القبض والقبض لا یفسد بالشروط وانما یؤثر الشروط فی العقود الشرعیۃ ہذا زبدۃ ما فی الشروح وذکر صاحب الکفایۃ دلیلاً آخر علی بطلان الاستثناء بعد ان ذکر ما فی الکتاب حیث قال ولان الاستثناء تصرف فی اللفظ فلا یعمل الا فی الملفوظ والحمل جزء من الجاریۃ فیکون فی حکم الاوصاف واللفظ یرد علی الذات لا علی الاوصاف فلا یصح استثناؤہ ولانہ لیس بملفوظ انتہی اقول فیہ بحث اذ لو صح ہذا الدلیل لدل علی بطلان استثناء الحمل فی الوصیۃ ایضاً بجریانہ فیہا بعینہ ولیس کذلک قطعاً علی ما صرحوا بہ قاطبۃ وسیاتی فی وصایا ہذا الکتاب ان من اوصی بجاریۃ الا حملہا صحت الوصیۃ والاستثناء لان اسم الجاریۃ لا یتناول الحمل لفظاً ولکنہ یستحق بالاطلاق تبعاً فاذا افرد الام بالوصیۃ صح افرادہا ولانہ یصح افراد الحمل بالوصیۃ فجاز استثناؤہ منہ انتہی وقال فی الکافی ہہنا فان قیل اذا لم یتناولہ اللفظ فینبغی ان لا یصح الاستثناء لانہ تصرف فی اللفظ قلنا کفی لصحۃ التزیید بزیادۃ کما فی استثنا بلیس علی ان صحتہ لا یفتقر الی التناول اللفظی بدلیل صحۃ استثناء قفیز حنطۃ من الف درہم انتہی فیدل ذلک علی عدم صحتہ ما فی الکفایۃ ہہنا ولو لیس الا فرق ہہنا بین الحمل وبین الصوف علی ظہر الغنم واللبن فی الضرع فاذا وہب لرجل ما علی ظہر الغنم من الصوف او ما فی الضرع من اللبن او امرہ بجز الصوف وحلب اللبن وقبض الموہوب لہ ذلک فانہ جائز استحساناً وفی الحمل لا یجوز واجیب بان ما فی البطن لیس بمال اصلاً ولا یعلم وجودہ حقیقۃ بخلاف الصوف واللبن وبان اخراج الولد من البطن لیس الیہ فلا یمکن ان یجعل فی ذلک نائباً عن الواہب بخلاف الجز فی الصوف والحلب فی اللبن کذا فی الشروح وغیرہ فی النہایۃ الی المبسوط اقول فی کل من وجہی الجواب المذکور نظر اما فی وجہ الاول فلان ما فی البطن لو لم یکن مالاً لم یصح اعتاقہ وتدبیرہ والیہ اشار وقد صح کل منہما علی ما نصوا علیہ فی مواضعہ ویدل علی صحۃ الاولین لمسئلتان الآتیتان ہہنا وہما قولہ ولو اعتق ما فی بطنہا ثم وہبہا جاز وقولہ ولو دبر ما فی بطنہا ثم وہبہا لم یجز واما فی وجہ الثانی فلان کون اخراج الولد لیس الیہ انما یقتضی عدم صحۃ الہبۃ فیما اذا امرہ الواہب بقبض الحمل فی الحال واما فیما اذا امرہ بقبضہ بعد الولادۃ فلا اذ یمکن لہ حینئذ ان یقبضہ بعد الولادۃ اصالۃ بدون النیابۃ عن الواہب ولعل ہذا ہو السر فی ان قال بعض اصحابنا ان امرہ فی الحمل بقبضہ بعد الولادۃ فقبض یجوز استحساناً کما فی الصوف واللبن علی ما ذکرہ صاحب النہایۃ فی اول الجواب المذکور وقال ولکن الاصح انہ لا یجوز فی الحمل اصلاً لان ما فی البطن لیس بمال الی آخرہ ثم اقول علی فرض ان یکون الجواب المذکور وجہیہ سالماً عما ذکرناہ ولا یندفع

ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول بملك المالك فان وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب له دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا ترى ان النبي عليه السلام اجاز العمرى وابطل شرط العمر بخلاف البيع لانه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات

به السوال المذكور لان مورد ذلك السوال قول المصنف والهبة لا تعمل في الحمل لكونه ومنافعه على ما بيناه في البيوع وحاصله ان الصوف على الحمل والغنم واللبن في الضرع ايضا من اوصاف الحيوان كالحمل على ما يقرر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع فما الفرق بين الحمل وبين الصوف واللبن من هذه الحيثية حتى يصح الهبة فيما دون الحمل والجواب المذكور انما يفيد الفرق بين الفصلين من حيثية اخرى وهذا لا يجيء شيئا يندفع به مطالبة الفرق بينهما من الحيثية المذكورة في الكتاب فلا يتم المطلوب **قوله** ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول بملك المالك فان قيل هب انها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهبة جائزة اجيب بان عرفية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فانزل منفصلا في الحال مع ان الجنين لم يخرج من ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كذا في العناية اخذا من النهاية اقول ليس الجواب بسديد اما اولا فلانه لو جعل الحمل منفصلا في الحال بناء على كونه في عرفية الانفصال في ثاني الحال كان في حكم المقر المقسوم لا في حكم المقسوم لا في حكم المشاع المحتمل للقسمة فكان اولى بجواز هبته فلا يتم التقريب واما ثانيا فلانه لا يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب كونه في حكم مشاع يحتمل القسمة اذ لا شك ان احتمال القسمة وعدم احتمالها لا يدوران على الدخول في الملك والخروج عنه بل على عدم اضرار التبعيض واضراره كما عرف فيما مر فلم يتم قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة نعم يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب كون الجارية الموهوبة مشغولة بملكه كما في هبة الجواليق الذي فيه طعام الواهب ولكنه امر وراء احتمال القسمة فان قلت المراد بقوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة فكان من قبيل هبة مشغولة بملك الواهب لانه كان مشاعا يحتمل القسمة حقيقة ولهذا قال فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة ولم يقل فكان مشاعا يحتمل القسمة ويؤيده ان صاحب النهاية قال بعد قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كما في هبة الجواليق وفيه طعام الواهب لم يصح الهبة لان هبة ما هو مشغول بملك الواهب بمنزلة الشيوع في الهبة حكما لوجود اختلاط الملكين في الصورتين جميعا انتهى قلت مورد اصل السوال قول المصنف فبقي هبة المشاع لا قوله او هبة شيء هو مشغول بملك الواهب وما ذكرته انما يصلح توجيها للثاني دون الاول فلا يتم الجواب تامل تفطن ثم ان صاحب العناية بعد ان ذكر السوال والجواب المزبورين قال وكان المصنف لما استشعر هذا السوال اردفه بقوله او هبة شيء مشغول بملك الواهب فهو كما اذا وهب الجواليق وفيه طعام الواهب فذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي انتهى اقول فيه ركاكة ظاهرة لان الجواب المزبور ان كان مقبولا عنده فاستشعار السوال المسفور لا يستقيم اراد الوجه الاول بشيء آخر لكون ذلك السوال مندفعا عن الوجه الاول غير وارد عليه وان لم يكن مرضيا عنده وكان عليه بيان خلله ولم يبينه فظ **قوله** او وهب له دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل قال صاحب النهاية هذا على طريق اللف والنشر والا لا يصح اعني ان قوله على ان يرد عليه شيئا متصل بقوله او وهب دارا وقوله او يعوضه شيئا منها متصل بقوله او تصدق عليه بدار وانما قلنا هذا لانه لو وصل قوله او يعوضه شيئا منها بقوله او وهب دارا كان هبة بشرط العوض والهبة بشرط العوض صحيح كما مر وانما يصح اشتراط العوض في الصدقة لا في الهبة وذلك انما يكون ان لو كان اشتراط التعويض موصولا بقوله او تصدق عليه بدار اللهم الا ان اراد بقوله او يعوضه شيئا منها او يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار فيصح حينئذ صرف قوله او يعوضه شيئا منها الى قوله واذا وهب دارا الا انه يلزم التكرار المحض من غير فائدة لشيء بقوله على ان يرد عليه شيئا منها انتهى كلامه وقد اقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المواضع اقول في تحريرهما تعقيد اذ لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان معنى قوله او يعوضه شيئا منها سيما بعد قوله على ان يرد عليه شيئا منها انما هو ان يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض عن كل الدار والمعنى الآخر مما لا يساعده اللفظ الا بتعسف بعيد فهو ان يرجع ضمير منها في قوله او يعوضه شيئا منها الى ما هو

قال ومن كان له على آخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او انت بريء منها او قال اذا اديت الي الف الف فلك النصف او انت بريء من النصف الباقي فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين من عليه ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا وهذا لانه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول

غير مذكور ههنا اصلا كلفظ الاعواض فيصير المعنى او يعوضه شيئا من الاعواض لا من الدار فاستبعاد ارادة المعنى الاول كما يشعر به لفظ اللهم في قولها اللهم الا ان اراد بقوله او يعوضه شيئا منها ان يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار مما لا يخفى بالنظر الى نفس عبارة الكتاب ثم ان هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير ولفظ جامع الصغير في هذه المسئلة قطعي في المعنى الاول فانه قال فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في الرجل يهب للرجل هبة او يتصدق عليه بصدقة على ان يرد عليه ثلثها او ربعها او بعضها او يعوضه ثلثها او ربعها قال الهبة جائزة ولا يرد عليه ولا يعوضه شيئا منها الى ههنا لفظه ولا شك ان ثلث الدار وربعها بعض منها فاستبعاد ارادة ذلك المعنى بل تجويز ارادة معنى آخر بالنظر الى لفظ جامع الصغير الذي هو نافذ عبارة الكتاب خطأ ظاهر لكن بقي في لزوم التكرار وسنذكر ما يتعلق به وكان الامام الزيلعي تنبه لسماحة الاستبعاد الذي لم يشعر به لفظ اللهم الواقعة في كلام الشارحين المذكورين حيث غير في شرح الكنز اسلوب تحريرها فقال وقوله او يعوضه شيئا منها فيه اشكال فانه ان اراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط وان اراد به ان يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على ان يرد عليه شيئا منها انتهى كلامه اقول ولو اطلع على اصل هذه المسئلة وهو ما ذكر في الجامع الصغير لترك الترديد ايضا بل قصر على الشق الثاني لكون ذلك نصا في هذا الشق كما نبهت عليه آنفا ثم ان صاحب العناية كانه قد اطلع على اصل المسئلة ايضا حيث لم يتعرض الشق الاول اصلا بل ساق كلامه على ان يفسر الشق الثاني ولا يلزم التكرار فقال ولا يتوهم التكرار في قوله على ان يرد عليه شيئا او يعوضه لان الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا فان كونه عوضا انما هو بالفاظ تقدم ذكرها انتهى اقول فيه ما قاله النظر لان الرد عليه وان لم يستلزم التعويض الا انه يشمل ذلك ويعمه اذ التصدق على كل شيء من الدار الموهوبة اعطاء الموهوب له الواهب عوضا عن كل الدار انه مردود على الواهب فكان قوله على ان يرد عليه شيئا منها مغنيا عن قوله او يعوضه شيئا منها فلم يكن في ذكر الثاني فائدة وهذا مراد من ادعى لزوم التكرار على تقدير كون قوله او يعوضه شيئا منها مفردا ايضا الى الهبة دون التصدق وليس مراده على لزوم الاجمال في المفهوم او في الصدق بين القولين المذكورين على ذلك التقدير حتى يفيد ما ذكره صاحب العناية قال صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام رأيت في بعض الحواشي ان قوله او يعوضه شيئا منها يرجع الى التصدق فانه اذا تصدق بشرط العوض بطل الشرط واذا وهب بشرط العوض فالشرط صحيح اقول اذا وهب بشرط ان يعوض شيئا فالشرط باطل وشرط العوض انما يصح اذا كان معلوما فعلم ان قوله او يعوضه يرجع الى الهبة والصدقة الى هنا كلامه واحتمال التوجيه الذي ذهب اليه صدر الشريعة خلاف ما اراده واضع هذه المسئلة فان واضعها الامام محمد رحمه الله تعالى وموضعها الجامع الصغير ولفظه فيه او يعوضه ثلثها او ربعها ولا يخفى ان ثلث الجارية وربعها امر معين معلوم فكان وضع المسئلة فيما اذا كان العوض معلوما الا ان مشايخنا المصنفين لما قصدوا الاجمال غيروا عبارة الجامع الصغير في هذه المسئلة فقالوا او يعوضه شيئا منها فلفظ شيئا من كلامهم لا من كلام الواهب حتى يتوهم اشتراط العوض المجهول ثم ان بعض العلماء رد على صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال فيه كلام وهو ان المفهوم من هذا القول انه اذا وهب بشرط ان يعوضه شيئا معينا من الموهوب يصح الشرط لان العوض معلوم مع انه ليس كذلك اذ قد صرح في غاية البيان بانه اذا وهب دارا وخمسة دراهم بشرط ان يعوض بيتا معينا منها او درهما واحدا من تلك الدراهم يصح الهبة والشرط فاسد لان بعض الهبة لا يصلح ان يكون عوضا والمواهب ان يرجع في هبته لانعدام العوض وقال ذلك البعض ومن هذا الظهر فساد ما في بعض الحواشي ايضا كما لا يخفى انتهى اقول كلامه ناش من عدم تحقيق المقام وفهم المرام فان مدار ما اراده صدر الشريعة في بعض الحواشي وما ذكره نفسه في رد ذلك على ان يكون المراد بالتعويض في قوله او يعوضه شيئا منها هو التعويض بعوض خارج عن العين الموهوبة فالمفهوم مما ذكره صدر الشريعة ومما ذكر في بعض الحواشي انما هو كون شرط العوض لعين الخارج عن العين الموهوبة صحيحا والامر كذلك بلا ريب وما ذكره

والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعلق بها **قال** والعمرى جائزة للمعمر لحال حيوته ولورثته من بعده
لما روينا ومعناه ان يجعل داره له مدة عمره واذا مات يرد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا ان الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد والرقبى
باطلة عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح جائزة لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما انه عليه السلام اجاز العمرى ورد الرقبى
ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك والا فهو لي فهو من الرقبة والخطر فيها وهذا تعليق التمليك بالخطر فيبطل واذا لم تصح تكون عارية عندهما
لانه يصلح اطلاقا للانتفاع به **فصل** في الصدقة **قال** والصدقة كالهبة تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبة فلا يجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لان المقصود هو الثواب
فيحصل وكذلك اذا تصدق على غني استحسانا لانه قد يتصدق بالصدقة على الغني ويحصل كذلك اذا وهب لقريبه لان المقصود هو الثواب ويحصل **قال** ومن تزوج على صداق بعينه فتصدق به بالمهر فبلغ الزوج وهو يعلم ان الزوج
عليه لم يتصدق بالمهر يرجع بالاول سواء قبضه الزوج او لم يقبضه كذا ذكر القدوري وفي رواية الاصل يرجع بمسماه لا بالقيمة وقال الناطفي ان كتب عليه الى ان تكتب عليه فاذا كتب تصدق بمثل ما انفق وقد ذكرناه من قبل

في غاية البيان بل في عامة المعتبرات هو انه اذا شرط الواهب ان يعوضه بعضا من العين الموهوبة تصح الهبة ويفسد الشرط وهذا ايضا امر مقرر لا عند زفر
ولكن كون الشرط صحيحا في هذه الصورة ليس بمفهوم مما ذكره صدر الشريعة ولا مما ذكر في بعض الحواشي فلا يرد على شيء منهما ما توهمه ذلك البعض نعم يرد على ما ذكرناه
انه مما لا يساعده الالفاظ الصلاة في اصل وضع هذه المسئلة كما نبهت عليه فيما مر ولكنه كلام آخر فليتامل جدا فان تحقيق هذا المقام على هذا المنوال والتدقيق فيما صدر
عن القوم من الاقوال مما لم يسبق اليه فاشكر الله تعالى واتوكل عليه **قوله** والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها قال صاحب العناية هذا
اشارة الى ان من الاسقاطات المحضة ما لا يحلف بها كالحجر على الماذون وعزل الوكيل والابراء عن الدين منها انتهى اقول في قوله والابراء عن الدين
فيها خبط ظاهر اذ قد مر آنفا ان الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه فكيف يكون من الاسقاطات المحضة وكانه غفل عن قيد المحضة وهذا عجيب منه **قوله**
وقال ابو يوسف رح جائزة لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وعند ابي يوسف رح جائزة
لان قوله داري لك هبة وقوله رقبى شرط فاسد لانه تعليق بالخطر لان الرقبى ماخوذ من المراقبة وكان ماخوذ من الارقاب وكانه قال رقبة داري لك فصار كالعمرى انتهى اقول في هذه
الثانية بحث اذ على تقدير ان يكون معنى قوله داري لك رقبى عندهما كون الرقبى ماخوذا من الرقبة رقبة داري لك لا يثبت قوله وقوله رقبى شرط فاسد اذ لا فساد لان يقال رقبة داري لك فشيء كما مر
ولا يتم قوله فصار كالعمرى كما لا يخفى **قوله** ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك والا فهو من المراقبة الى آخره قال صاحب العناية يشير الى ان ابا يوسف رح قال
بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو ان يجعلها من الرقبة كما ذكرنا وقيل عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به احد وابداع الشيء في اللغة بعد استقرارها
لاجل ما عنه مندوحة ليس بمستحسن الى هنا كلامه اقول لا شك ان المص يشير بقوله المذكور الى ان ابا يوسف رح قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر ولكن
ليس مراده بتفسير آخر ما ذكره الشارح المزبور وهو ان يجعلها من الرقبة حتى يتجه عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به احد بل مراده بذلك ما نبه عليه
صاحب الكافي وجمهور الشراح تبعا لهم وحاصل الاختلاف بينهم راجع الى تفسير الرقبى مع اتفاقهم انها من المراقبة فحمل ابو يوسف رح هذا اللفظ على انه تمليك للحال
مع انتظار الواهب في الرجوع فالتمليك جائز وانتظار الرجوع باطل كما في العمرى وقال المراقبة في نفس التمليك لان معنى الرقبى هذه الدار لآخرنا موتا كانه يقول
اراقب موتك وتراقب موتي وان مت قبلك فهي لك وان مت قبلي وهي لي فكان هذا تعليق التمليك ابتداء بالخطر وهو موت المالك قبله وذا باطل
انتهى قولهم فعلى هذا لا يتجه عليه اصلا ما ذكره صاحب العناية بقوله وقيل عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به احد الى آخره كما لا يخفى ثم ان صاحب
غاية البيان قال في هذا المقام وعندي قول ابي يوسف رح اصح اذ غاية ما في الباب ان يقال الشرط فاسد ولا يلزم من فساد الشرط فساد الهبة لان الهبة كما تبطل
بالشروط الفاسدة كما في العمرى انتهى اقول فيه نظر لان الهبة انما لا تبطل بالشروط الفاسدة اذا لم يمنع الشرط ثبوت التمليك ابتداء واما اذا منع ذلك فلا يجوز
لان الهبة بالضرورة امتناع تحقق الهبة بدون تحقق التمليك وفيما نحن فيه يمنع الرقبى ثبوت التمليك ابتداء على تفسيرها اياها كما تحققته آنفا ويؤيد هذا ما ذكره صاحب الكافي
حيث قال وصح العمرى للمعمر له حال حيوته ولورثته من بعده ولو قال داري لك رقبى او حبس فهو باطل عند ابي حنيفة رح ومحمد خلافا لابي يوسف رح والاصل
ان الشرط في الهبة اذا كان يمنع ثبوت الملك للحال يمنع صحة الهبة وان كان لا يمنع ذلك صح الهبة وبطل الشرط ثم تفسير العمرى ان يقول جعلت هذه الدار
لك عمرك فاذا مت فهي لورثتي فيصح الهبة لان هذا الشرط لا يمنع اصل التمليك وتفسير الحبس ان يقول هي حبس عليك فان مت فهي لك وتفسير الرقبى
ان يقول هذه الدار لآخرنا موتا وهي من المراقبة لان كل واحد منهما يراقب موت صاحبه كانه يقول اراقب موتك وتراقب موتي فان مت فهي لك
وان مت فهي باطلة لان هذا الشرط يمنع ثبوت الملك للحال الى هنا كلامه فاضمحل ما قاله صاحب العناية

کتاب الاجارات

الاجارۃ عقد یرد علی المنافع بعوض

کتاب الاجارات

لما فرغ من بیان احکام التملیک الاعیان بغیر عوض وھو الھبۃ شرع فی بیان احکام تملیک المنافع بعوض وھو الاجارۃ وقدم الاولی علی الثانیۃ لان الاعیان مقدمۃ علی المنافع ولان فی الاولی عدم العوض والعدم مقدم علی الوجود ثم لعقد الاجارۃ مناسبۃ خاصۃ بفصل الصدقۃ من حیث انھما یقعان لازمین فلذلک اورد کتاب الاجارات متصلا بفصل الصدقۃ کذا فی الشروح قال صاحب العنایۃ وانما جمعھا اشارۃ الی انھا حقیقۃ ذات افراد فان لھا نوعین نوع یرد علی منافع الاعیان کاستیجار الدور والارافی والدواب ونوع یرد علی العمل کاستیجار المحترفین للاعمال نحو القصارۃ والخیاطۃ وغیرھا انتھی اقول فیہ اختلال لانہ ان اراد بالافراد فی قولہ ذات افراد الاشخاص الجزئیۃ کما ھو المتبادر من لفظ الافراد لم یحصل فائدۃ فی جمعھا اذ لا یحتمل عند احد ان یکون تحقیقھا فرد واحد شخصی او فردان شخصیان فقط حتی یجمعھا للاشارۃ الی انھا ذات افراد کثیرۃ وعلی ان قولہ فان لھا نوعین لا یطابق المدعی حینئذ کما لا یخفی وان اراد بالافراد فی قولہ المذکور الانواع الکلیۃ لم یتم بیانہ بقولہ فان لھا نوعین الخ اذ یجوز تحقق النوعین لھا لا یصح ایراد بصیغۃ الجمع علی ما ھو المذھب المختار من کون اقل الجمع ثلاثۃ واما الحمل علی ما ھو المذھب السخیف جدا من کون اقل الجمع اثنین فمما لا ینبغی ان یرتکب وبنی علیہ کلام المصنف الذی ھو علم فی التحقیق فالحق عندی ان یقال جمعھا اشارۃ الی ان لھا انواعا مختلفۃ نوع یصیر المنفعۃ فیہ معلومۃ بالمدۃ کاستیجار الدور للسکنی ونوع یصیر المنفعۃ فیہ معلومۃ بالتسمیۃ کاستیجار رجل علی خیاطۃ ثوب او خیاطتہ ونوع یصیر المنفعۃ فیہ معلومۃ بالتعیین والاشارۃ کاستیجار رجل لینقل ھذا الطعام الی موضع معلوم وھذہ الانواع الثلثۃ ھی التی اشیر الیھا فی الکتاب بقولہ والمنافع تارۃ تصیر معلومۃ بالمدۃ وتارۃ تصیر معلومۃ بالتسمیۃ وتارۃ تصیر معلومۃ بالتعیین والاشارۃ علی ما سیاتی تفصیلھا عن قریب

قولہ الاجارۃ عقد علی المنافع بعوض قال بعض الفضلاء لو قال تملیک المنافع ونحوہ لکان اولی لعدم تناولہ النکاح فانہ لیس تملیکا وانما ھو استباحۃ المنافع بعوض کما صرح بہ الزیلعی بخلاف تعریف الکتاب حیث یشملہ الا ان یقال المراد عقد تملیک بقرینۃ الشھرۃ فلا یتناول انتھی کلامہ اقول لیس ھذا بسدید اذ لو قال تملیک المنافع ونحوہ لم یتفاوت الامر فان النکاح ایضا تملیک قطعا لا استباحۃ محضۃ والا لما وجب الاعتیاض عنہ بل لما جاز وقد افصحوا عن ھذا فی اول کتاب النکاح حیث فسروا النکاح فی شرح فی عامۃ الشروح بل المتون بانہ عقد موضوع لملک المتعۃ وقال المستوفی بالنکاح مملوک للعاقد بدلالۃ جواز الاعتیاض وبدلالۃ انہ اختص بہ انتفاعا وحجرا وقالوا لا ینعقد النکاح بلفظ الاباحۃ والاحلال لانہ لیس بسبب لملک المتعۃ وذکرہ الزیلعی ھھنا فی شرحہ للکنز من ان النکاح لیس تملیکا وانما ھو استباحۃ المنافع بعوض مناقض لما اجمعوا علیہ فی کتاب النکاح من ان النکاح تملیک حتی ان صاحب الکنز نفسہ صرح فی اول النکاح بانہ عقد یرد علی تملیک المنفعۃ قصدا ومخالف لما تقرر عندھم من ان الاعتیاض لا یجوز فی الاباحۃ فان من اباح شیئا فاتلفہ علی ملک المبیح فلم یکن ذلک مما یتقوم بہ ویلتفت الیہ العجب ان ذلک البعض قال بعد کلامہ المزبور ثم اعلم ان ما ذکرہ الزیلعی من قولہ النکاح لیس تملیکا بل ھو اباحۃ مخالف لما سبق فی اوائل کتاب النکاح من انہ سبب لملک المتعۃ ولھذا لا ینعقد بلفظ الاباحۃ انتھی ولا یخفی ان بین کلامیہ تدافعا فان مدار الاول صحۃ ما ذکرہ الزیلعی ومقتضی الثانی عدم صحتہ لکونہ مخالفا لما تقرر فیما سبق ثم اقول یمکن ان یقال فی دفع تناول تعریف الکتاب وغیرہ للنکاح ان المصنف قال فی اوائل کتاب النکاح ولا ینعقد النکاح بلفظ الاجارۃ فی الصحیح لانہ لیس بسبب لملک المتعۃ وقال صاحب الکافی والشراح ھناک وعن الکرخی انہ ینعقد بلفظ الاجارۃ لان المستوفی بالنکاح منفعۃ حقیقۃ وقد سمی اللہ تعالی العوض فی النکاح اجرا بقولہ تعالی فاتوھن اجورھن وھو یشعر بانہ مشاکل للاجارۃ ولنا ان المملوک بالنکاح فی حکم العین حتی لا ینعقد الا مؤبدا والاجارۃ لا تنعقد الا موقتۃ

لان الاجارة فى اللغة بيع المنافع والقياس يأبى جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهى معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار

فبينهما تنافاة فاسد يصح الاستعارة انتهى كلامهم فاذا كان المملوك بالنكاح فى حكم العين حتى لم يصح بذلك جعل لفظ الاجارة استعارة للنكاح لم يتناول تعريف الاجارة بانها عقد على المنافع بعوض او بانها تمليك المنافع بعوض او نحو ذلك للنكاح تامل تقف وقال فى غاية البيان وينبغى ان يقال عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم الى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لان التوقيت يبطله انتهى اقول وهذا ايضا ليس بسديد اذ على تقدير ان يقال كذلك يخرج من التعريف كثير من الاجارات كما يخرج النكاح فانهم صرحوا بان المنافع فى الاجارات تارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة وتارة تصير معلومة بالتسمية كاستيجار رجل على صبغ ثواب او خياطته وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كاستيجار رجل لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم وتعيين المدة انما يجب فى القسم الاول من كتاب الاقسام الثلاثة دون القسمين الاخيرين منها فتخرج الاجارات المندرجة تحت هذين القسمين من تعريف الاجارة على الوجه المذكور فتحتمل قطعا **قوله** لان الاجارة فى اللغة بيع المنافع قال الشارح العينى قيل فيه نظر لان الاجارة اسم للاجرة وهى ما اعطيت من كراء الاجير كما صرحوا به قلت قد بينت لك عن قريب الاجارة يجوز ان يكون مصدرا فيستقيم الكلام انتهى اقول النظر المزبور ظاهر الورود لان المذكور فى كتب اللغة انما هو ان الاجارة اسم للاجرة لا امر آخر وانما الذى هو بيع المنافع الايجار وقد كان هذا خطر بالى حتى كتبته فى مسوداتى من تلقاء نفسى قبل ان ارى ما كتبه غيرى واما الجواب الذى ذكره بقوله قلت قد بينت لك عن قريب الخ آخره فليس بشئ لان مراده بقوله قد بينت لك عن قريب ان الاجارة يجوز ان تكون مصدرا ما ذكره فى صدر كتاب الاجارات بقوله ولا يمنع ان يكون مصدرا منه كما تقول كتب يكتب كتابة بعد قوله وهو جمع اجارة على فعالة بالكسر اسم للاجر بمعنى الاجرة من اجره اذا اعطاه اجره ولا يذهب عليك ان ذلك لا يجدى شيئا فى الجواب عن النظر المزبور اذ قد تقرر فى علم الادب ان مصدر الثلاثى سماعى لا قياس فيه فكون الكتابة مصدرا من كتب لا يقتضى كون الاجارة ايضا مصدرا من اجر فان الكتابة سمعت مصدرا من كتب واما الاجارة فلم تسمع مصدرا قط واذا الكلام فيما سمع من اهل اللغة لا فى الاحتمال العقلى على انه لو سلم مجئ الاجارة فى اللغة مصدرا من اجره اذا اعطاه اجره يجئ الاجر مصدرا منه لم يستقم الكلام ايضا اذ لا يكون الاجارة حينئذ ايضا فى اللغة بيع المنافع بل يكون اعطاء الاجر وقد قال المصنف ان الاجارة فى اللغة بيع المنافع فلا استقامة ثم ان صاحب العناية قال ههنا بين المفهوم الشرعى قبل اللغوى لان اللغوى هو الشرعى بلا مخالفة وهو فى بيان شرعيتها فالشرعى اولى بالتقديم انتهى اقول فيه بحث لان كون المفهوم الشرعى اولى بالتقديم بناء على انه فى بيان شرعيتها لو تم لاقتضى تقديم المفهوم الشرعى على المفهوم اللغوى فى جميع المواضع سواء كان المعنى الشرعى موافقا للمعنى اللغوى او مخالفا له مع ان دأب المصنفين عن آخرهم جرى على تقديم بيان المعنى اللغوى على بيان المعنى الشرعى لكون اللغوى هو الاصل المتقدم فالوجه عندى ههنا ان المصنف سلك مسلك الاستدلال على كون الاجارة فى الشرع عقدا على المنافع بعوض ولكن لطوى الصغرى فكانه قال لان معنى الاجارة فى الشرع هو معناها فى اللغة ومعناها فى اللغة بيع المنافع ولا يخفى ان المسلك يقتضى تقديم مفهومها الشرعى بناء على ما اشتهر من تقديم المبنى على الدليل تدبر فانه وجه حسن **قوله** الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثر لحاجة الناس فكان استحسانا بالاثر انتهى اقول فى تقرير قصوره اذ المتبادر من قوله الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثر ومن قوله فكان استحسانا بالاثر ان ينحصر دليل شرعيتها فى الاثر والا لم يكن فائدة فى ذكر قيد الاثر فى الموضعين وليس ذلك بمنحصر فى الاثر بل الكتاب ايضا دليل عليها كقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وكقوله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام اريد ان انكحك احدى ابنتى هاتين على ان تأجرنى ثمانى حجج وكذا اجماع الامة ايضا دليل عليها

وهي قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عليه السلام من استاجر اجيرا فليعلمه اجره و
ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب
بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة تملكا او استحقاقا حال وجود المنفعة ولا يصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة
لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه وفي بدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان
يكون اجرة في الاجارة لان الاجرة عن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره

كما ذكر في الكافي وغيره بخلاف تقرير المصنف كما لا يخفى على الفطن المتامل **قوله** وهو قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه قال الشارح
فان الامر باعطاء الاجر دليل على صحة اقول لقائل ان يقول سياتي في باب الاجارة الفاسدة انه يجب فيها اجر المثل او لانك ان الواجب الشرعي
بامور باعطائه من قبيل الشرع فلم يكن الامر باعطاء الاجر دليل صحة العقد اللهم الا ان يقال وقع الامر في الحديث المذكور باعطاء الاجر المضاف الى الاجير
حيث قيل اعطوا الاجير اجره وذلك يفيد كون المراد بالاجر المامور باعطائه الاجر المسمى لا اجير دون اجر المثل مطلقا والامر باعطاء الاجر المسمى للاجير
لا يتصور الا في الاجارة الصحيحة تبصر **قوله** وينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب
بالقبول قال بعض الفضلاء لا بد ان يتامل في هذا المقام فان الانعقاد هو ارتباط القبول بالايجاب فاذا حصل الارتباط فاقامة الدار مقام المنفعة
تحقق الانعقاد فاي معنى للانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك انتهى كلامه اقول جواب هذا الاستشكال ينكشف جليا بما ذكره صاحب غاية البيان هنا حيث
قال والمراد من انعقاد العلة ساعة فساعة في كلام مشائخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة ونفاذها في المحل ساعة فساعة لا ترتباط الايجاب
بالقبول كل ساعة وان كان ظاهر كلام مشائخنا يوهم ذلك ثم قال وفسر بعض مشائخنا على وجه آخر فقال اللفظان الصادران منهما مضافين الى
محل المنفعة وهو الدار صحا كلاما وهو عقد بينهما اذ العقد فعلهما ولا فعل يصدر منهما سوى ترتيب القبول على الايجاب ثم الانعقاد حكم الشرع يثبت وصفا
لكلاميهما شرعا والعلة الشرعية مغايرة للعلل العقلية فانها يجوز ان ينفك عن معلولاتها فجاز ان يقال انعقد وجدانه عبارة عن كلاميهما والانعقاد
تراخى الى وجود المنافع ساعة فساعة بخلاف العلل العقلية فان الانكسار لا يصح انفكاكه عن الكسر الى هنا كلام صاحب الغاية فكان ذلك المستشكل لم
يدر هذا الكلام او لم يقع به وكلاهما مما لا ينبغي كما لا يخفى ثم ان صاحب العناية جعل قول المصنف والدار اقيمت مقام المنفعة الى آخره جوابا عن سؤال مقدر
حيث قال بعد شرح قوله وينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يصح رجوع المستاجر في الساعة الثانية
قبل ان ينعقد العقد فيها واذا استاجر شهرا مثلا ليس له ان يمتنع بلا عذر اجاب بقوله والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد ليرتبط
الايجاب بالقبول التزاما للعقد في المقدار المعين انتهى كلامه وقد تبعه الشارح العيني اقول فيه نظر لانه ان تحقق انعقاد العقد في ذلك المقدار المعين
كله بمجرد اقامة الدار مقام المنفعة في حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب بالقبول لم يظهر معنى قولهم وينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع
اذ يلزم حينئذ ان تنعقد في الساعة الاولى وهي ساعة العقد بالايجاب والقبول وارتباط احدهما بالآخر وان لم يتحقق ذلك الانعقاد بمجرد تلك
الاقامة بل حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما هو الظاهر من كلامهم يرد السؤال المقدر المزبور على قولهم وينعقد ساعة فساعة ولا يتم
قول المصنف والدار اقيمت مقام المنفعة الى آخره جوابا عن ذلك السؤال بل يحتاج الى جواب آخر كما لا يخفى فالاظهر ان ليس بمراد المصنف بقوله
المذكور الجواب عن السؤال المزبور بل مراده به توجيه صحة العقد في المنافع المعدومة على اصل ائمتنا كما فصل في الكافي وسائر الشروح
سيما في غاية البيان فانه قال فيها بيان ما قلنا هو ان العقد لا بد له من محل لان المحل شرط صحة العقد لان العقد لا يصح بلا محل ولهذا
قال قال الفقهاء المحال شرط ومحل العقد هنا هي المنافع وهي معدومة ولا يصلح المعدوم محلا للعقد فجعلت الدار محلا للعقد باقامتها
مقام المنافع التي مستوجد لان الدار محل المنافع تصحيحا للعقد حتى يرتبط الكلامان وهما الايجاب والقبول احدهما بالآخر على وجه يكونان
علة ما تحته في افادة الحكم وهو ملك المنافع التي مستوجد انتهى فتدبر **قوله** وما لا يصلح ثمنا لا يصلح اجرة ايضا كالاعيان اي كالاعيان التي

لا يرد عوض مالي والمانع تابع تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والاعين للزراعة صح العقد على مدة معلومة اي
مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة به معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز
طالت المدة او قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة الداعية الى ذلك في الاوقاف لان الاجارة الطويلة كالمؤبدة كما مر ملكا من بارادعلى تسعين وهو المختار

ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب مثلا فانها اذا كانت معينة يصلح ان يكون اجرة كما اذا استاجر دار بثوب معين وان كان لا يصلح ثمنا لما تقرر
في البيوع ان الاموال ثلثة ثمن محض كالدراهم وبيع محض كالاعيان التي ليست من ذوات الامثال وما كان بينهما كالمكيلات والموزونات كذا في الشروح
قال صاحب العناية وفيه نظر فان المقايضة بيع ليس فيها الا العينين من الجانبين فلو لم تصلح العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان النظر
على المثال ليس من دأب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحا جاز ان تمثل بمثال آخر فليمثل بالنفقة فانها تصلح اجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استاجر
مسكنا دار بركوب دابة ولا يصلح ثمنا اصلا الى هنا كلامه اقول لا النظر شيء ولا الجواب اما النظر فلان مراد المصنف بالثمن ههنا ما يجب في الذمة وعن هذا
ترى صاحب الكافي وكثير من الشراح يقولون بعد قولهم لان الاجرة عوض مالي فيعتمد وجود المال واما الثمن فهو ما يجب في الذمة فيختص بما يثبت في الذمة
ولقد افصح عنه صاحب العناية نفسه ايضا فيما بعد حيث قال ان الثمن مشترط لكونه ما يجب في الذمة فيختص بذلك بخلاف الاجرة ولا شك في عدم صلاحية الاعيان التي ليست من ذوات
الامثال لان تكون ثمنا بهذا المعنى ولا في عدم الحاجة لان يكون المساومة بيعا بلا ثمن لهذا المعنى الا يرى ان الشارح المذكور نفسه قال في اول كتاب البيوع انواع البيع اربعة
بيع السلم بمثلها ويسمى مقايضة وبيعا بالدين اعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف وبيع الدين بالعين ويسمى سلما انتهى حيث جعل
الدين مقابلا للعين وفسر الدين بالثمن وجعل احد انواع البيع وهو المسمى بالمقايضة بالا ثمن فيه اصلا نعم الثمن بمعنى آخر وهو ما يكون عوضا عن المبيع
نص عليه في المغرب وغيره وذلك المعنى يعم الدين والعين وهذا الذي لا يتحقق البيع بدونه ويبطل كون المقايضة بيعا بلا ثمن بذلك المعنى ولكنه ليس مراد المصنف
بالثمن في قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فلا يرد النظر المذكور عليه جدا واما الجواب فلانه من ضيق العطن اذ فيه اعتراف ببطلان المثال
الذي ذكره المصنف وحاشاه ثم اقول بقي ههنا شيء وهو ان لقائل ان يقول لا شك ان مراد المصنف بالثمن في قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا هو
ما يجب في الذمة وان تمثيله بما لا يصلح ثمنا بقوله كالاعيان صحيح على هذا المعنى المراد الا انه لم يحمل الثمن الواقع في لفظ القدوري في قوله وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز
ان يكون اجرة على المعنى الذي يعم الدين والعين وهو العوض المقابل للمبيع كما حمل الزيلعي الثمن الواقع في قول صاحب الكنز وما صح ثمنا صح اجرة
على ذلك المعنى الاعم مع ان ما ذكره المصنف في تعليل مسئلة القدوري بقوله لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع يحتمل التعميم لما في الدين
والعين كما ترى ويمكن ان يجاب عنه بانه لما كان المتبادر من لفظ الثمن في عرف الفقهاء هو معنى ما يجب في الذمة وكان لفظ القدوري غير صريح
في المقاصد على تقدير حمل الثمن على المعنى الآخر العام للعين ايضا فان ما لا يجوز ان يكون ثمنا في البيع على المعنى العام للعين جاز ان يكون اجرة ايضا
كالمنفعة فانها لا تصلح ثمنا في البيع اصلا وتصلح اجرة فيما اذا اختلف جنس المنافع كما صرحوا به حمل المصنف لفظ الثمن الواقع في مسئلة القدوري
على ما هو المتبادر منه وقال تتميما لما يتم المسئلة وما لا يصلح اجرة ايضا كالاعيان كما قال الشيخ ابو نصر البغدادي في شرح مختصر القدوري وهذا الذي
ذكره ليس على وجه الجواب وانه لا يجوز غيره تبين ذلك ان الاعيان لا يكون اثمانا وتكون اجرة وانما ذكر ذلك لانه هو الغالب الى هنا لفظه ولكن
الانصاف ان المنفعة كانت حقيقا بان يذكر في تمثيل ما لا يصلح ثمنا ويصلح اجرة فان كون المنفعة مما يصلح اجرة اخفى من كون الاعيان منه وليس ذلك
مما يمكن ان يستفاد من مسئلة القدوري بخلاف كون الاعيان منه فانه يمكن ان يستفاد منها بحمل الثمن على المعنى العام للعين ايضا كما عرفت انفا قوله
لانه عوض مالي اي لان الاجرة على تاويل الاجر عوض مالي فيعتمد وجود المال والاعيان مال فيصح ان يكون اجرة كذا في النهاية وغيرها
قال صاحب العناية بعد ما شرح الحمل على هذا المنوال وقائل ان يقول الثمن عوض مالي الى آخره ويمكن ان يجاب عنه بان الثمن مشترط لكونه

قال وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلا ليصبغ ثوبه احمر فانه اذا استأجره ليعمل عليه عملا مقدرا معلوما او يكريه مسافة معلومة فانه اذا
ذكر ثوبه او لون الصبغ وقدره او يكريه للخياطة وذكر القدر المحمول وجنسه والمسافة فتصارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة
قد تكون عقدا على العمل كاستيجار القصار والخياط ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد يكون عقدا على
المنفعة كما في اجير الوحد ولا بد من بيان الوقت قال وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استأجر رجلا
بان ينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التي يجب في الذمة بخلاف الاجرة اي هنا كلامه اقول ولقائل ان يقول اذا كان الثمن
مشروطا بكونه مما يجب في الذمة كان الاجرة ايضا مشروطا به لكونها ثمن المنفعة كما صرح به المصنف في تعليل مسئلة القدر وهي فان قيل ان المشروط
بذلك ثمن البيع لا ثمن المنفعة قلنا فلقائل ان يقول اذا كان ثمن المنفعة مخالفا لثمن المبيع في ان يكون احدهما مشروطا بشيء دون الآخر
فهل يتم القياس المستفاد من قول المصنف لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع فليتامل واورد بعض الفضلاء على الجواب الذي ذكره صاحب العناية
بوجه آخر حيث قال فيلزم خلو البيع عن الثمن فيما اذا بيع الدار بالدار اذ لا يجب العقار في الذمة كما لا يخفى انتهى اقول ان كان مراده بهذا الكلام مجرد الزام
صاحب العناية بناء على ما قاله في نظيره السابق من انه لو لم تصلح العين ثمنا كانت المقايضة بيعا بلا ثمن وهو باطل فله وجه وان كان مراده به ايراد
اشكال على ذلك الجواب في الحقيقة فليس بصحيح اذ اللازم من الجواب المذكور خلو البيع عن الثمن بمعنى ما يجب في الذمة فيما اذا بيع الدار بالدار
لا خلوه عن الثمن بمعنى العوض المقابل للمبيع في تلك الصورة والمحذور خلوه عن الثمن بالمعنى الثاني دون المعنى الاول كما بيناه من قبل

قوله وتارة تصير معلومة بنفسه اي بنفس عقد الاجارة كذا ذكر الشراح قاطبة ولم ينقل عاصم نسخة اخرى واما صاحب غاية البيان فقال بعد ذكر
ذلك وفي بعض نسخ المختصر وتارة تصير معلومة بالتسمية اقول لعل الصواب هذه النسخة لان المنافع لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما
تصير معلومة بتسمية امور كبيان الثوب والوان الصبغ وقدره في استيجار رجل على صبغ ثوبه وبيان الثوب وبنفس الخياطة في استيجار رجل على خياطة ثوب وبيان
القدر المحمول وجنسه والمسافة في استيجار دابة للحمل او الركوب على ما اشار المصنف الى ذلك كله حيث قال لانه اذا بين الثوب والوان الصبغ وقدره وخلص الخياطة
والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وكما ان المنافع لا تصير معلومة في النوع السابق والنوع اللاحق بنفس العقد فقط انما تصير
معلومة في النوع السابق ببيان المدة في النوع اللاحق بالتعيين والاشارة كذلك لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة بتسمية
ما لا بد منه في الامور اللازمة البيان كما اشير الى بعضها في الامثلة المذكورة فلم يكن لنسبة صيرورة المنافع معلومة في هذا النوع الى نفس العقد وجه ظاهر
وعن هذا لا ترى عبارة بنفسه مذكورة في شيء من الكتب المعتبرة سوى نسخة هذا الكتاب على ما ذكره الشراح وانما المذكور في سائر الكتب موضع بنفسه
بالتسمية كما وقع في الكنز والمختار وهذا ذكر العمل كما وقع في الوقاية وبعض المتون **قوله** وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل الى قوله ولا بد من بيان
الوقت اقول في هذا التقسيم نوع اشكال اذ قد مر في صدر الكتاب ان الاجارة عقد على المنافع بعوض فكيف يصح تقسيمها الى العقد على العمل والى العقد على المنفعة
وهذا يلزم منه تقسيم الشيء الى نفسه والى غيره اللهم الا ان يحمل عبارة التقسيم على المسامحة فيكون المراد الاجارة قد تكون عقدا على منفعة العمل او قد تكون
عقدا على منفعة الاعيان لكنه غير مفهوم من نفس اللفظ كما لا يخفى ثم اقول كان حقا على المصنف ان يؤخر بيان هذا التقسيم الذي ذكره
بعض الشراح كصاحب الاسرار وغيره عن ذكر القسم الثالث من التقسيم المذكور في نفس الكتاب وقد وسطه في البين كما ترى وكان صاحب الكافي بنيه
لسماجة هذا التحرير حيث آخر بيان هذا التقسيم الثاني عن تمام ذكر اقسام ذلك التقسيم الثلث واعترض صاحب الغاية على قول المصنف كما في اجير الوحد حيث
قال وفيه نظر لان اجارة اجير الوحد ايضا عقد على العمل ولكن يشترط فيها بيان المدة ولهذا جعله صاحب التحفة احد نوعي الاستيجار على الاعمال كما ذكرناه انفا
فلو قال صاحب الهداية وقد تكون عقدا على المنفعة كاستيجار الدور والحوانيت ونحوها كان اولى انتهى كلامه اقول ليس هذا بشيء لان اجارة اجير الوحد
ليست بعقد على العمل ولهذا يستحق اجير الوحد الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كما صرحوا به قاطبة وسياتي في ذلك ولو كانت عقدا على العمل لما استحقها

باب الاجر متى يستحق

قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحدى معانى ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه

بدون العمل بل انما هو عقد على منافع نفسه مطلقا ولهذا لا يمكن من ايجاب منافعه لغيره وتعيين العمل في بعض الصور كرعى الغنم ونحوه لصرف المنفعة المستحقة الى تلك بجهة وسيظهر هذا كله في باب ضمان الاجير وجعل صاحب التحفة ذلك احد نوعى الاستيجار على الاعمال لا يكون حجة على المصنف ولو شمل المصنف ما يكون عقدا على المنفعة باستيجار الدور ونحوها دون اجير الواحد لذات التنبيه على ان اجارة اجير الواحد من هذا القسم وهو مقصود لاختيار ذلك على البعض فتنبه

باب الاجر متى يستحق قال صاحب النهاية لما ذكر ان صحة الاجارة موقوفة على ان تكون الاجرة معلومة احتاج الى بيان وقت وجوبها فذكره وما يتعلق به من المسائل في هذا الباب انتهى كلامه واقتفى اثره في هذا التوجيه جماعة من الشراح اقول لا يخفى على ذى فطرة سليمة ركاكة هذا التوجيه وسخافته اذ لا يستلزم ذكر مجرد ان صحة الاجارة موقوفة على كون الاجرة معلومة بيان وقت وجوبها فضلا عن الاحتياج الى بيان وقت وجوبها في باب على حدة الا يرى ان معلومية البدلين شرط في كثير من العقود ولم يحتج في شيء منها الى بيان وقت الوجوب في باب على حدة وقال صاحب العناية لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخالف الملك من العقد بلا خيار شرط وجب افرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل انتهى كلامه اقول وفيه شيء وهو ان تخلف الملك عن العقد يوجد في غيرها ايضا كالهبة فان الملك لا يثبت هناك ايضا بنفس العقد بل يتوقف على القبض لا مر كالوصية فان الملك هناك ايضا يتاخر الى وقت الموت فلا يتم القول بان الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط ثم اقول الاظهر ان يقال لما كان وقت استحقاق الاجرة فيما وقع فيه الاختلاف بين ائمة الشرع وكان يتعلق به كثير من المسائل حسن افراده بباب لبيان وقت استحقاق الاجرة وما يتعلق به من المسائل **قوله** الاجرة لا تجب بالعقد قال تاج الشريعة اراد وجوب الاداء اما نفس الوجوب فيثبت بنفس العقد قال صاحب الكفاية المراد نفس الوجوب لا وجوب الاداء وبيان ذلك اجمالا وتفصيلا اما اجمالا فلان الاجرة لو كانت عبدا فاعتقه الموجر قبل وجود احد معانيه الثلثة لا يعتق فلو كان نفس الوجوب ثابتا لصح اعتاقه كما في البيع واما تفصيلا فلانه معاوضة فتعتبر المساواة ولم يوجد في جانب العقود عليه لا نفس الوجوب ولا وجوب الاداء فكذا في جانب العوض انتهى وقال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد اى لا يجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد كذا وجدت بخط شيخى وذكر في الذخيرة ما يؤيد هذا فقال يجب ان يعلم ان الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط التعجيل في الاجرة سواء كانت الاجرة عينا او دينا هكذا ذكر محمد رحمه الله في الجامع وفي كتاب التحرى وذكر في الاجارات ان الاجرة اذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد وان كانت دينا تملك بنفس العقد وتكون بمنزلة الدين المؤجل فعامة المشايخ على ان الصحيح ما ذكره في الجامع وكتاب التحرى وقال بعضهم ما ذكره في الاجارات قول محمد اولا وما ذكره في الجامع والتحرى قوله آخرا الى هنا لفظ النهاية اقول تائيده ما ذكر في الذخيرة كون معنى عبارة الكتاب ما قاله صاحب النهاية ممنوع فانه قال في الذخيرة ان الاجرة لا تملك بنفس العقد قبل ان قال ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط التعجيل في الاجرة فعلم منه ان الاجرة لا تملك بنفس العقد عندنا كما لا يجب اداؤها بنفس العقد فتم بخلاف ما في الكتاب فانه لم يذكر فيه شيء قبل ان قال الاجرة لا يجب في العقد فلو كان معناه الاجرة لا تجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد لم يفهم منه ان الاجرة لا تملك بمجرد العقد اذ يلزم من عدم وجوب الاداء بمجرد العقد عدم تملكها بمجرده الا ترى ان الثمن كما يملك البائع بمجرد عقد البيع بلا خيار ولا يجب تسليمه واداؤه في الحال بمجرد ذلك في البياعات المؤجلة بل يتاخر الى حلول الاجل فاذا لم يفهم منه ذلك لم يفد ما هو المذهب عندنا فلزم ان لا يتم وقال صاحب العناية قال صاحب النهاية الاجرة لا يجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفى وجوب التسليم لا يستلزم نفى التملك كالمبيع فانه يملكه المشترى بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن فلا صواب

وقال الشافعي رح تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فتثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة ففي ضرورة التراضي في جانب المنفعة التراضي في البدل الآخر واذا استوفى المنفعة ثبت الملك في الاجرة لتحقق التسوية

ان يقال معناه ولا تملك لان محمدا ذكر في الجامع ان الاجرة لا تملك وما لا يملك لم يجب ايفاؤه قال فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان اعم منه وذكر الاعم وارادة الاخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الاعم على الاخص انما قلت اخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان يكون الاجرة مما يثبت في الذمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة انتهى اقول لا السؤال شيء ولا الجواب اما الاول فلان ذكر الاعم وارادة الاخص انما ليس بمجاز شائع اذا لم تحقق قرينة مخصصة واما اذا تحققت القرينة فذلك مجاز شائع وقوعه في كلمات القوم حتى تعريفاتهم التي يجب فيها التحرز عما يورث خفاء المراد وفيما نحن فيه قد تحققت القرينة على ارادة الاخص وهي قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد كما اعترف به الشارح المذكور حيث قال فيما بعد بل على هذا كلمة لو قال الشافعي تملك بنفس العقد والا لم يكن محل الخلاف متحدا واما الثاني فلانه ان اراد بقوله ونفي الوجوب فيها انه قصد نفي الوجوب في الذمة بدون ان يجعله مجازا عن نفي التملك لم يكن مطابقا لقوله والصواب ان يقال معناه يملك وانما هو السؤال ذلك وان اراد انه جعل نفي الوجوب مجازا عن نفي التملك لعلاقة الاستلزام لم يحتج الى قوله اخرج الكلام مخرج الغالب وبدون ان يكون الاجرة مما يثبت في الذمة لان الاجرة كلها سواء كانت دينا او عينا مما يملك وان كان مما يثبت في الذمة منها هو الدين دون العين ففي التملك بالعقد ينتظم في جميع انواع الاجرة ولا يختص بما هو غالب منها وهو الدين الثابت في الذمة حتى يحتاج الى ان يقال اخرج الكلام مخرج الغالب على ان قوله وهو يستلزم نفي التملك لا محالة ممنوع فان العين مما لا يجب في الذمة مع انه مما يملك قطعا وقال بعضهم فان في صورة التعجيل يوجد الملك بلا وجوب

فتامل **قوله** وقال الشافعي تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل قال صاحب العناية في حل هذا المحل واستدل الشافعي بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الاجارة باجرة موجلة ولو لم تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام لا محالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل انتهى واورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله لوجود المقتضي وانتفاء المانع ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه انتهى اقول هذا الايراد ساقط لان المنافع المعدومة اذا جعلت موجودة في حكم الشرع يجب ان يترتب عليه ثبوت الملك بالعقد ولا يبقى لانتفاء الوجود حقيقة تعلق حتى يمنع عنه لان الشرع انما يجعلها موجودة لاجل ان يترتب عليه ذلك الحكم فلو كان انتفاء وجودها حقيقة مانعا عنه لزم ان يلغو جعل الشرع اياها موجودة وهذا خلف وعن هذا قالوا وللشارع ولاية جعل المعدوم حقيقة موجودة كما جعل النطفة في الرحم ولا حيوة فيها كالحي حكما في حق الارث والعتق والوصية على ما ذكر في الكافي وعامة الشروح نعم يرد على استدلال الشافعي كلام آخر من قبل امتناعا كما اشير اليه في عامة المعتبرات وهو ان جعل المعدوم موجودا في الشرع انما يكون فيما اذا دعت الضرورة اليه وفيما نحن فيه لا تدعو الضرورة اليه لامكان تصحيح العقد بطريق آخر اوضح واوسع منه وهو اقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة الايجاب والقبول ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه على حسب حدوث المنافع واقامة السبب مقام المسبب اصل شائع في الشرع كاقامة السفر مقام المشقة واقامة البلوغ مقام كمال العقل وهلم جرا من النظائر ثم قال صاحب العناية فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك فالجواب ان الضرورة اذا ثبت يتبع لوازمه افادة الملك من لوازم الوجود عند العقد انتهى اقول في الجواب بحث لانه ان اراد ان افادة الملك في الحال من لوازم الوجود عند العقد فهو ممنوع كيف وقد تقرر فيما مر ان حكم العقد يجوز ان ينفصل عنه كالبيع بشرط الخيار فان الملك فيه يتراخى الى وقت سقوط الخيار مع وجود البيع عند العقد وان اراد افادة الملك ولو بعد زمان من لوازم الوجود فهو مسلم لكن هذا لا يفيد صنيع الشافعي فان مدعاه ان الاجرة تملك في الحال والجواب المرضي انما هو لتصحيح مدعاه فلذا تم التقريب واعترض بعض الفضلاء على الجواب المنقول بوجه آخر حيث قال

وكذا اذا شرط التعجيل او عجل من غير شرط لان المساواة ثبت حقا له وقد ابطله

ان اراد ان افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة فمسلم ولا يفيده وان اراد انها من لوازم الوجود لو حكما فغير مسلم انتهى اقول ما ذكره في كل من شقي ترديده ليس بسديد اما الاول فلانه مسلم كون افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة مع ان افادة الملك في الحال كما هو مدعى الشافعي ليس من لوازم الوجود حقيقة الا ترى ان البيع يجب ان يكون موجودا حقيقة عند العقد مع ان البيع بشرط الخيار لا يفيد الملك في الحال كما مر واما الثاني فلان الوجود الحكمي لا يكاد ان يخالف الوجود الحقيقي في اللوازم الشرعية والا لما لم يحصل فائدة في جعل الشرع الوجود الاعتباري في حكم الوجود الحقيقي فلما سلم اولا كون افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة تلزم تسليم كونها من لوازم الوجود حكما ايضا فالوجه الوجيه في الترديد وفي المنع والتسليم ما ذكرناه من قبل **قوله** وكذا اذا شرط التعجيل او عجل لان المساواة ثبت حقا له وقد ابطله قال في العناية واعترض بان شرط التعجيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد والجواب انه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة او من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس اشتراط التعجيل باعتباره والثاني ممنوع فان تعجيل البدل لاشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة انتهى اقول في الجواب نظر اما اولا فلان حيثية كونه اجارة حيثية كونه معاوضة مخصوصة فما يخالف مقتضى العقد من احدى هاتين الحيثيتين يخالف مقتضاه من الحيثية الاخرى فما معنى قوله الاول مسلم والثاني ممنوع وهل يستلزم الاول تسليم الثاني ومنع الثاني منع الاول فان قيل مراده بحيثية كونه معاوضة حيثية كونه معاوضة مامع قطع النظر عن خصوصية فلا يلزم اتحاد الحيثيتين قلنا فيلزم ان يكون صحة اشتراط التعجيل في عقد الاجارة باعتبار كونه معاوضة مامع قطع النظر عن خصوصية كونه اجارة ولا يخفى ان ذلك الاعتبار لا يحضر بال احد من المتعاقدين عند اشتراط التعجيل على انها لو صرحا بانها اشترطا التعجيل في عقد الاجارة من حيث انه اجارة لم تفسد العقد قطعا واما ثانيا فلان قوله فان تعجيل البدل لاشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة غير تام فان من قضية المعاوضة المساواة بشرط تعجيل الاجرة قبل ثبوت الملك في المعقود عليه بفوات المساواة كما لا يخفى والاولى في الجواب ما ذكر في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو ان شرط التعجيل في الاجارة لا يخالف مقتضى العقد فان عقد الاجارة يقتضي التعجيل كالبيع الا انه سقط للمانع وهو وجوب المساواة وهو حق المستاجر فاذا اسقط حقه بالتعجيل زال المانع فصح ثم قال صاحب العناية وعورض دليلنا بان الابراء عن الاجرة والارتهان عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت واجيب بان صحة الابراء على قول ابي حنيفة رح وابي يوسف ممنوعة وجوزه محمد لان العقد سبب في جانب الاجرة اذ اللفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه وصحة الابراء لما وجد بعد السبب وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن لان موجبه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء الآخر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل واشتراطه فكذا الرهن انتهى كلامه اقول هذا كله ما خوذ من العناية الا ان التعليل المذكور لتجويز محمد رحمه الله الابراء عن الاجرة ليس بسديد لانه كما تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب المنفعة بكون المنافع معدومة كذلك تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب الاجرة ايضا وهي اقتضاء عقد المعاوضة المساواة وعن هذا قال المصنف والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر فلا وجه لقوله ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه على ان ذلك التعليل لا يتمشى اصلا فيما اذا كانت الاجرة منفعة ايضا من خلاف جنس المعقود عليه فانه صحيح بالاجماع على ما صرح به في عامة المعتبرات مع ان كلا من البدلين معدوم هناك قطعا فلا فرق في الجانبين اصلا كما لا يخفى واورد بعض الفضلاء على قوله فظهر الانعقاد بوجه آخر حيث قال ان اراد الانعقاد في حق الحكم فليس بمنعقد في حق الحكم باجماع علمائنا وان اراد غيره فليبين على انه مخالف لما سبق في كتاب الاقرار من ان قوله ابرأتني اقرار بالمال المدعى فليتامل انتهى كلامه اقول قد اخذ اصل ايراده من البدائع وانه ساقط اما بيان اخذه من البدائع فلان صاحب البدائع ذكر لقول محمد رحمه الله في جواز الابراء عن الاجرة وجهين واجاب عن الثاني بما ذكره ذلك القائل هنا حيث قال وجه قول محمد رح ان الابراء لا يصلح الا بالقبول فاذا قبل المستاجر فقد قصد صحة تصرفها

واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فانما التسليم المحل مقام استيفاء التمكن من الانتفاع يثبت به فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة التمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فيسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض المدة سقط بقدره اذ الانفساخ في بعضه ومن استاجر دارا فللمواجر ان يطالبه باجر كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق في العقد لانه بمنزلة التاجيل وكذلك اجارة الاراضي لما بينا ومن استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان ابو حنيفة يقول اولا لا يجب الاجرة الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رح

ولا تعقد الا بالملك فيثبت الملك مقتضى التصرف تصحيحا له كما في قول الرجل لغيره اعتق عبدك عني على الف درهم فقال اعتقت ولان الابراء اسقاط الحق بعد سبب الوجوب جائز كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد والجواب انه ان كان يعني بالانعقاد والانعقاد في حق الحكم فهو غير منعقد في حق الحكم بلا خلاف بين اصحابنا وان كان يعني به شيئا آخر فهو غير معقول الى هنا لفظ البدائع واما بيان انه ساقط فلانه يجوز ان يراد بالانعقاد الانعقاد في حق المتعاقدين لا في حق الحكم كما افصح عنه صاحب المحيط حيث قال ومعنى جواز الاجارة على هذا انعقاد العقد فيما بين المتعاقدين وهو الدرجة الادنى وانعقاده في حق الحكم وهو الدرجة الثانية وقال الاترى ان البيع بشرط الخيار ينعقد فيما بين المتعاقدين لا في الحكم في الحال ثم انعقاده في حق المتعاقدين انعقاد في حق الحكم بالامر بعد عليه ومن يطلب ذلك فليراجع محله وهو اواخر الفصل الاول من اجارات المحيط البرهاني واما ما ذكره ذلك المؤلف في علاوته من حديث المخالفة لما سبق في كتاب الاقرار فليس بتام ايضا ولا مخالفة بين المقامين اصلا كما يظهر بالتامل الصادق ثم اقول لو ترك صاحب البدائع قيد المنعقد عند تقرير الوجه الثاني من وجهي قول محمد رحمه الله بقوله وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد بل اكتفى بقوله وهو العقد لما تشبث الجواب الذي ذكره بترديد المراد بالانعقاد اصلا وكفى في اثبات قول محمد رحمه الله وكذا لو لم يتعرض صاحبا النهاية والعناية لحديث الانعقاد في حديث الاجرة دون المنفعة بل اكتفيا بان يقال ان الابراء وقع بعد وجود سبب الوجوب وهو العقد فصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح كما اكتفى به في بعض الشروح لما ورد عليه ما ذكرناه من تحقق الضرورة في جانب الاجرة ايضا وكفى في اثبات قول محمد بذلك لان العقد نفسه وهو الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مضافين الى محل المنفعة وهو الدار مثلا مربوطا احدهما بالآخر كاف في السببية ولا حاجة الى اعتبار انعقاده في مرتبة السببية فان انعقاده حكم الشرع يثبت وصفا له وشرعا والعلل الشرعية معرفات للعلل العقلية في جواز انفكاكها في معلولاتها فيجوز ان يقال العقد وجد والانعقاد تراخى الى وجود المنافع ساعة فساعة وهذا هو رأي بعض مشايخنا في تفسير قول ائمتنا ان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما ذكره صاحب الغاية في صدر هذا الكتاب ونقلنا هناك نعم يجوز ان يعتبر للعقد انعقاد قبل حدوث المنافع كما ذكره صاحب الغاية في معنى الانعقاد وفي حق المتعاقدين دون الانعقاد في حق الحكم كما ذكره صاحب المحيط ونقلناه عنه فيما مر آنفا لكن الاسلم في توجيه قول محمد ههنا هو الطريقة الاخرى تامل ترشد **قوله** واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها قال في النهاية هذه المسئلة مقيدة بقيود احدها التمكن من الاستيفاء حتى انه اذا لم يتمكن من الاستيفاء بان منعه المالك او الاجنبي او سلم الدار مشغولة بمتاعه لا يجب الاجر والثاني ان يكون الاجارة صحيحة فان في الاجارة الفاسدة يشترط لوجوب الاجر حقيقة الاستيفاء ولا يجب بمجرد تمكن الاستيفاء في المدة والثالث ان التمكن من المستاجر بحيث يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه حتى اذا استاجر دابة الى الكوفة فسلمها المؤجر ومسكها المستاجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة فلا اجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة ولم يركبها وجب الاجر والرابع ان يكون متمكنا من الاستيفاء في المدة فانه لو استاجر دابة الى الكوفة في هذا اليوم وذهب اليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الاجر وان تمكن من الاستيفاء في المكان الذي وقع العقد لانه انما تمكن بعد مضي المدة انتهى وقال صاحب العناية بعد ان تبين اعتبار القيود المذكورة بتحرير آخر فان قيل كلام المصنف ساكت عن اكثر هذه القيود فما وجه قلت وجه الاقتصار للاختصار اعتمادا على دلالة الحال والعرف فان حال المسلم واله على ان يباشر العقد الصحيح والفاسد منه يمنعه عن الاقدام من الانتفاع به وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة على ان الاكراه والغصب لا يمنعان عن الانتفاع فاقتصر على ذكر ذلك اعتمادا عليها انتهى كلامه اقول في خرجوابه خلل اما اولا فلان قوله وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع ان كان معطوفا على قوله على ان يباشر العقد الصحيح

لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل او وجه القول المرجوع اليه ان القياس استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة الا ان الطالبة في كل ساعة يفضي الى ان لا ينتفع غيره فيتضرر به فقدرناه بما ذكرنا قال وليس للقصار والخياط ان يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب الاجر به وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا قال الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم

او على قوله وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا حتى صار المعنى فان حال المسلم دالة ايضا على ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فمع كالة هذا المعنى كما لا يخفى يلزم الفصل بين المعطوف والمعطوف عليه باجنبي وهو قوله والعرف فاش الى آخره وان كان معطوفا على قوله على دلالة الحال والعرف حتى صار المعنى اعتمادا على دلالة الحال والعرف وعلى دلالة ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع يلزم ان لا يتم قوله فاقتصر من ذكر ذلك اعتمادا عليهما اذ الظاهر ان ضمير عليهما راجع الى الحال والعرف وعلى المعنى المزبور لا تصير علة الاقتصار للاختصار هو الاعتماد على الحال والعرف فقط بل يصير علة ذلك هو الاعتماد على الحال والعرف وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع واما ثانيا فلان قوله وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع يدل على ان الغصب الضامن التنويه والمقتصر عن ذكرهما مع ان المصنف ذكر صورة الغصب صراحة كما ترى **قوله** لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل قال صاحب العناية في شرح هذا المقام لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة وما هو جملة في المدة لا يكون مسلمة في بعضها لان اجزاء الاعواض تنطبق على اجزاء الزمان فلا يستحق الموجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيئا كما في البيع فانه ما لم يسلم مبيعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة فان الخياط لا يستحق شيئا من الاجرة قبل الفراغ كما سيأتي انتهى اقول في قوله كما في البيع فانه ما لم يسلم مبيعه لا يستحق قبض الثمن بسبوظاهر اذ قد مر في البيوع انه اذا بيع سلعة بثمن قبل للمشتري ادفع الثمن اولا واذا بيع سلعة بسلعة او ثمن بثمن قبل لهما سلما معا في الصورة الاولى يستحق قبض الثمن قبل تسليم المبيع وفي الصورتين الاخريين يستحق قبض البدلين معا واما ان لا يستحق قبض الثمن الا بعد تسليم المبيع فما لم يقل به احد والصواب هنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال كما في البيع فانه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جملة المبيع ما بقي شيء من الثمن انتهى **قوله** وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا قال صاحب النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية فانه ذكر في المبسوط في باب من استاجر اجيرا يعمل له في بيته وقال لو استاجر خياطا يخيط له في بيت المستاجر قميصا فخاط بعضه فسرق الثوب فله الاجر بقدر ما خاط فان كل جزء من العمل يصير مسلما الى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم في ذلك الجزء على حصول كمال المقصود وذكر في الفصل الثاني من الذخيرة وفي الاجارة التي ينعقد على العمل ويبقى له اثر في العين يجب عليه ايفاء الاجر الا بعد ايفاء العمل كله الا ان يكون العمل الخياطة والصباغ في بيت صاحب المال حينئذ يكون الجواب فيه كالجواب في الحمال على قوله الاجر يجب على الموجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر كما في الحمال وذكر الامام قاضيخان وكذا لو استاجر خياطا ليخيط له في منزله كلما عمل عملا يستحق الاجرة بقدره وهكذا ايضا في غيرها ولكن نقل من التجريد ان الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل ان المصنف اتبع صاحب التجريد بالفضل الكرماني في هذا الحكم والله اعلم بما هو الحق عنده الى هنا لفظ صاحب النهاية وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية واقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة وارى ان ذلك انما يكون اذا عينا لكل جزء حصة معلومة اذ ليس الكم مثلا او البدن او الدوائر حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم يكن الحصة معلومة الا بعينها وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة باجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب اجره كما في كل الثوب ولعل هذا معتمد المصنف انتهى كلامه اقول ليس ما قاله بشيء اما اولا فلانا لا نسلم ان ما يدل عليه كلام صاحب الذخيرة من ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة انما يكون اذا عينا لكل جزء حصة معلومة بل يكون ايضا اذا كان له حصة معلومة عند اهل الخبرة بتوزيع اجرة الكل على كل جزء منه بدون تعيين المتعاقدين لكل جزء منه حصة معلومة بل هو مراد صاحب الذخيرة كما يستفاد مما سنذكره وقوله اذ ليس للكم او البدن او الدوائر حصة معلومة من كل الثوب عادة ممنوع ايضا نعم ليس لشيء من ذلك حصة معينة في العقد عادة وهذا لا ينافي ان يكون حصة كل منها معلومة بتوزيع اجرة الكل على الاجزاء كما لا يخفى واما ثانيا فلانه لو كان مراد صاحب الذخيرة بما ادى

قال ومن استأجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج فلا اجر له للهلاك قبل التسليم فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه صار مسلما اليه بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه الجناية قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة لانه امانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا اجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمن الخبز واعطاه الاجر قال ومن استأجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فالغرف عليه اعتبارا للعرف قال ومن استأجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر اذا اقامه عند ابي حنيفة وقالا لا يستحقها حتى يشرجه لان التشريج من تمام عمله اذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كاخراج الخبز من التنور ولان الاجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولابي حنيفة ان العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل الا ترى انه ينتفع به قبل التشريج بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج قال وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين بعد الفراغ من عمله حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع ولو حبسه فضاع في يده لا ضمان عليه عند ابي حنيفة لانه غير متعد في الحبس فبقي امانة كما كان عنده ولا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى قال وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا اثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد احياه فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرنا مذهب علمائنا الثلثة وقال زفر ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضا البائع قال واذا اشترط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه وان اطلق له العمل فله ان يستأجر من يعمله لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين **فصل** ومن استأجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا معلومين قال وان استأجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له الاجر في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لان الاجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب ولكن الحكم معلق به وقد نقضه ولو ترك الكتاب في ذلك المكان يستحق الاجر بالذهاب بالاجماع قال وان استأجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له في قولهم جميعا لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسئلة الكتاب على قول محمد لان المعقود عليه قطع المسافة على ما مر

حدة معلومة ما اذا اعينا له حصة معلومة وصار حينئذ كل جزء بمنزلة ثوب على حدة باجرة معلومة قد فرغ من عمله فاستوجب اجره كما في كل الثوب لزم ان لا يكون فرق بين ما اذا كان عمل الخياط او الصباغ في بيت نفسه وبين ما اذا كان عمله في بيت صاحب المال في وجوب ايفاء الاجرة اذ لا كلام لاحد في وجوب ايفاء الاجر بعد الفراغ وقد فرق صاحب الذخيرة بينهما حيث قال وفي الاجارة التي تنعقد على العمل ويبقى له اثر في العين فانه لا يجب عليه ايفاء الاجر الا بعد ايفاء العمل كله وان كانت حصة ما استوفى الا ان يكون العمل للخياط والصباغ في بيت صاحب المال فحينئذ يجب على المستاجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر كما في الحمال انتهى واما ثالثا فلانه لا معنى لقوله ولعل هذا معتمد المصنف لان ما ذكره المصنف يخالف قطعا المنطوق ما في الذخيرة وهو وجوب ايفاء الاجر على المستاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كان العمل في بيته وليس بمطابق ايضا المفهوم قوله اذا كانت له حصة معلومة من الاجر وهو ان لا يجب عليه اجرا اصلا اذا لم يكن لما استوفى من المنفعة حصة معلومة من الاجر لان مدلول كلام المصنف ان لا يجب عليه الاجر مطلقا اي سواء كانت له حصة معلومة من الاجر او لا فانه قال وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ وكان فيما اذا عمل في غير بيت المستاجر لا يجب الاجر مطلقا قبل الفراغ بلا خلاف فدل قوله وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ بلا خلاف على ان لا يجب عليه الاجر مطلقا قبل الفراغ فيما اذا عمل في بيته ايضا ولانه قال لما بينا ومراده به على ما صرح به الشراح قاطبة هو قوله لان العمل في البعض غير منتفع به ولا شك ان ذلك يقتضي ان لا يستوجب الاجر قبل الفراغ مطلقا فانى يصلح ما في الذخيرة لان يكون معتمد المصنف في كلامه المذكور ولعمري ان جملة ما ذكره صاحب الغاية ههنا سهو وهم محض فكيف ينبغي ان يصار الى مثله في توجيه كلام المصنف وهو علم التحقيق وعالم التدقيق ثم ان بعض الفضلاء كانه قصد دفع الوجه الثاني من الوجوه الثلثة التي ذكرناها آنفا لاختلال راي الشارح المزبور ههنا حيث قال في حاشيته على قول ذلك الشارح وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الى آخره وجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما اذا خاط في غير بيت المستاجر انه اذا خاط في بيته يوجد التسليم فاذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الاجر بخلاف ما اذا خاط في غيره وقال فيه بحث فان استيجاب الاجر بالفراغ لا بالتسليم ثم قال وجوابه ظاهر فانه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب اجرا انتهى كلامه اقول جوابه عن بحثه ليس بتام اذ لا شك ان استيجاب الاجر يتحقق بالفراغ ولهذا لو حبس الخياط او الصباغ الثوب بعد الفراغ من العمل وقال لا اعطيك حتى تعطيني الاجر فله ذلك عند ائمتنا الثلثة كما ان للبائع ان يحبس المبيع لقبض الثمن صرح بذلك في الذخيرة وعامة المعتبرات وسياتي في الكتاب الا انه لو هلك المتاع قبل تسليم الخياط او الصباغ اياه الى صاحبه ولو بعد الفراغ من العمل سقط الاجر كما انه لو هلك المبيع قبل تسليم البائع اياه الى المشتري سقط الثمن فكان ابتداء التحقق استيجاب الاجر في استيجار نحو القصار والخياط بالفراغ من العمل وان كان بقاؤه وتقرره بتسليم المتاع الى صاحبه كما ان ابتداء تحقق استحقاق الثمن في البيع تمام العقد وان كان بقاؤه وتقرره بتسليم المبيع الى المشتري والكلام ههنا في ابتداء تحقق الاجر ولهذا قال في الكتاب وليس للقصار والخياط ان يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل ولم يقل حتى يسلم المتاع الى صاحبه فلا بد في اندفاع الوجه الثاني من الوجوه التي اوردناها على راي صاحب الغاية من بيان الفرق بين ما اذا عمل في بيت المستاجر وبين ما اذا عمل في غير بيته من جهة تحقق الفراغ من العمل وعدم تحققه وليس فليس تامل **قوله** ومن استاجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور قال في العناية ذكر هذا البيان لحكمين احدهما ان الاجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسئلة الخياط آنفا والثاني ان فراغ العمل بماذا يكون انتهى اقول فيه شيء وهو انه اذ علم من مسئلة الخياط آنفا ان الاجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله يصير بيانه ههنا تحصيل الحاصل فلا ينبغي ان يقصده العاقل فالوجه ان المقصود من ذكر هذه المسئلة انما هو بيان الحكم الثاني وهو ان الفراغ من العمل في الخباز بماذا يكون وبه يشعر تغيير العبارة حيث قال لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور ولم يقل حتى يفرغ من العمل باخراج الخبز من التنور

باب ما یجوز من الاجارة وما یکون خلافا فیها

قال ویجوز استیجار الدور والحوانیت للسکنی وان لم یبین ما یعمل فیها لان العمل المتعارف فیها السکنی فینصرف الیه فانه لا یتفاوت نعم العقد لیس بعمل کل شیء للاطلاق الا انه لا یسکن حدادا ولا قصارا ولا طحانا

ولو کان مراده بیان الحاکمین معا لقال کذا تدبر

باب ما یجوز من الاجارة وما یکون خلافا فیها قال فی النهایة ومعراج الدرایة لما ذکر مقدمات الاجارة ذکر فی هذا الباب ما هو المقصود منها وهو بیان ما یجوز من عقود الاجارة وما لا یجوز فیها انتهی اقول فیه نوع خلل لما لم یذکر فی هذا الباب ما لا یجوز من الاجارة وانما ذکر ذلک فی آخر آت عقیب هذا الباب وهو باب الاجارة الفاسدة بل انما ذکر فی هذا الباب ما یجوز من الاجارة وما یکون خلافا فیها من المستاجر لا بحسبه کما وقع فی عنوان الباب وقال فی غایة البیان والعنایة لما فرغ من ذکر الاجارة وشرطها ووقت استحقاق الاجرة ذکر هنا ما یجوز من الاجارة باطلاق اللفظ وتقییده وذکر البناء من الافعال ما یکون خلافا من الاجیر للموجر وما لا یعد خلافا انتهی اقول فیه ایضا شیء فتامل **قوله** ویجوز استیجار الدور والحوانیت للسکنی وان لم یبین ما یعمل فیها قال تاج الشریعة قوله للسکنی صلة للدور والحوانیت لا صلة لاستیجار یعنی ویجوز استیجار الدور والحوانیت المعدة للسکنی لا ان یقول زمان العقد استاجرت هذه الدار للسکنی لانه لو نص بهذا وقت العقد لا یکون له ان یعمل فیها غیر السکنی والتعلیل یدل علی ما ذکرت انتهی کلامه وقال اکثر الشراح الی سمته فی تصویر هذه المسئلة غیر ان صاحب العنایة بعد ان ذکر ذلک المعنی وصححه قال ویجوز ان یتعلق قوله للسکنی بالاستیجار ای یجوز استیجار الدور والحوانیت لاجل السکنی وان لم یبین ما یعمل فیها وله ان یعمل کل شیء لا یهدم البناء ولا یفسده وهو الظاهر من کلام القدوری انتهی هنا کلامه اقول فیما قاله تاج الشریعة کلام اما اولا فلانه لو کان قوله للسکنی صلة الدور والحوانیت وکان المعنی ویجوز استیجار الدور والحوانیت المعدة للسکنی لم یظهر لتقیید بقوله للسکنی فائدة اصلا لانه اما ان یقصد به الاحتراز عن الدور والحوانیت الغیر المعدة للسکنی او یقصد به مجرد بیان حال الدور والحوانیت بانها معدة للسکنی فان کان الاول فمع عدم تحقق دار او حانوت لم یعد للسکنی فی الخارج لم یصح الاحتراز اذ الظاهر ان الحکم فی استیجار کل دار وحانوت ما ذکر فی الکتاب وهو الجواز وان کان الثانی فهو من قبیل اللغو فان کون الدور والحوانیت مما یعد للسکنی غنی من البیان غیر خفی واما ثانیا فلان قوله لو نص بهذا وقت العقد لا یکون له ان یعمل فیها غیر السکنی ممنوع لانه لو نص وقت العقد علی استیجار الدار او حانوت لاجل السکنی وعمل فیها غیر السکنی مما هو انفع للبناء من السکنی ینبغی ان یجوز لان التقیید فیما لا یتفاوت غیر معتبر علی ما صرحوا به ولهذا ان اشترط السکنی واطلق له ان یسکن غیره کما سیاتی فی الکتاب ففیما هو انفع مما شرط وقت العقد اولی ان لا یعتبر التقیید ثم الانصاف انه لو لم یقع فی عبارة مختصر القدوری قید السکنی فی موضع هذه المسئلة کما لم یقع فی عبارة عامة معتبرات المتون لکان اولی واحسن کما لا یخفی **قوله** لان العمل المتعارف فیها السکنی فینصرف الیه ورد علیه صاحب الاصلاح والایضاح کما رد علی صدر الشریعة حیث قال لانه العمل المتعارف فیها السکنی فینصرف الیه وانه لا یتفاوت فیصح العقد لانه لا ینتظمه قوله وله ان یعمل کل شیء سوی ما یوهن البناء بل لان الاصل ان کل عمل لا یضر البناء یستحقه مستحقه مطلق العقد انتهی کلامه اقول لیس شیء من شرحی کلامه بسدید اما شطره الاول فلان مراد المصنف وغیره ان العرف یصرف مطلق العمل الی السکنی وبعد ذلک یبقی اعمال السکنی علی اطلاقها فله ان یعمل کل ما سوی هذا الاطلاق سوی ما یوهن البناء لتحقق الضرر الظاهر فیه ولا منافاة بین القول بصرف العرف مطلق العمل الی اعمال السکنی وبین القول بان له ان یعمل کل شیء من اعمال السکنی لاطلاق عمل السکنی نظرا الی انواعه وصنافه وعدم التفاوت فیه فلا ضیر فی التمثیل الذی ذکره المصنف وغیره واما شطره الثانی وغیره فلانه لو کان الاصل ان کل عمل لا یضر البناء یستحقه مستاجر الدور والحوانیت بمطلق العقد بدون المصیر الی المتعارف فیها هو السکنی لزم ان یستحق العمل الذی لیس من جنس السکنی ایضا ولم یقل به احد بل صرحوا فی عامة المعتبرات بانه معروف بالعرف الی عمل السکنی وغیره وهو لا یتفاوت فیصح العقد من غیر بیان وقالوا ان هذا استحسان وفی القیاس لا یصح لان مطلق العمل والانتفاع یتناول عمل السکنی وغیره فیتفاوت فلا یکون بد من البیان للجهالة المفضیة الی النزاع کما فی استیجار الارض للزراعة **قوله** وانه لا یتفاوت فیصح العقد قال صاحب العنایة هذا جواب عما عسی ان یقال سلمنا ان السکنی متعارف لکن قد یتفاوت السکان فلا بد من بیانه وقال بعض الفضلاء لا مناسبة لهذا السؤال بالمقام اذ الکلام فی عدم وجوب بیان ما یعمل فیها لا فی بیان من یسکن انتهی اقول لعل لفظ السکان

في كلام صاحب العناية وقع سهوا من الكاتب بدلا من لفظ السكنى فحينئذ مسائل السؤال بالمقام ظاهر واما على ما وقع في النسخ المشهورة فالمراد لكن قد يتفاوت السكنى
بتفاوت السكان في العمل فلا بد من بيان ما يعمل فيها ولما كان تفاوت السكان في العمل سببا لتفاوت نفس العمل الذي هو السكنى بذكر تفاوت السكان قصر المسافة
ويرشد اليه قوله ووجه يعني وجه الجواب ان السكنى لا يتفاوت وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح انتهى حيث قال ان السكنى لا يتفاوت ولم يقل ان السكان لا يتفاوتون
بدون ترشد وقال الشارح العيني وفي بعض النسخ ولانه لا يتفاوت وهكذا صححه صاحب العناية ولهذا قال هذا جواب عما عسى ان يقال سلمنا ان السكنى متفاوت الى آخره اقول
كلامه ليس بصحيح اما اولا فلان صاحب العناية لم يصحح تلك النسخة بل لم يتعرض لها قطعا واما ثانيا فلان جعل صاحب العناية قول المصنف هذا جوابا عن سؤال مقدر لا يدل
على نسخة ولانه بل يأباه اذ مقتضى هذه النسخة ان يكون قول المصنف هذا دليلا آخر مستقلا والذي يكون جوابا عن سؤال مقدر انما يكون من متممات ما قبله فلم يصح قوله ولهذا
قال هذا جواب عما عسى ان يقال الى آخره وان اراد ان المذكور في لفظ العناية بعد الشرح عبارة هذه النسخة لا غير فليس كذلك ايضا بل المذكور فيما رأيناه من نسخ
العناية عبارة وانه بدون اللام قوله لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءه دلالة اقول لقائل ان يقول الظاهر من هذا الكلام ان اعمال السكنى
تتفاوت فبعض منها لا يوهن البناء وبعض آخر منها يوهنه كالامثلة المذكورة فصار مخالفا لقوله فيما مر آنفا وانه يعني السكنى لا يتفاوت ويمكن ان يقال ان معنى
قوله السابق انه لا يتفاوت غالبا فالذي يضر البناء ويوهنه خارج عن العقد بدلالة الحال وذلك القسم الغالب باق على حاله فله ان يعمل من ذلك ما شاء فتأمل
قوله ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد يستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت لا بد من التعيين كيلا يقع المنازعة اقول لقائل ان يقول
في تعليل شائبة الاستدراك اذ يكفي تمامه ان يقال لان ما يزرع فيها متفاوت وقوله انها قد يستأجر للزراعة ولغيرها لا يطابق المدعى ولا نفع له في اثباته
فالجواب انه لا بد في صحة عقد استيجار الاراضي للزراعة من امرين احدهما بيان انه يستأجرها للزراعة لانها قد يستأجر لغيرها ايضا فلا بد من نفي الجهالة وثانيهما
بيان ما يزرع فيها كما صرح به في الكتاب بقوله ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها ولما اشار الى مدلول قوله حتى يسمي ما يزرع فيها بناء على ان تسمية ما يزرع
فيها فرع التسمية لنفس الزراعة اشار الى تعليل كلا الامرين اما الى تعليل الاول فقوله لانها قد يستأجر للزراعة ولغيرها واما الى التعليل الثاني فقوله وما يزرع فيها متفاوت فلم
في التعليل المزبور استدراك بل كان فيه زيادة فائدة وكان صاحب العناية تفطن لهذه الدقيقة حيث قال في تقرير المتن وجوز استيجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معلومة فيها ومنفعة
ان يذكر انه يستأجرها للزراعة لانها يستأجر لغيرها ايضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة ولا بد من بيان ما يزرع فيها لانه يتفاوت في الضرر بالارض وعدمه فلا بد
من التعيين قطعا للمنازعة انتهى قوله وان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق اعلم ان استيجار الدواب للركوب على ثلثة اوجه لان المستأجر
اما ان يقول عند العقد استأجرتها للركوب ولم يزد عليه شيئا او زاد فعلى هذا اما ان يقول على ان يركب من شاء او يقول على ان يركب فلان ففي الوجه الاول يفسد العقد
لان الركوب مما يختلف اختلافا فاحشا فيكون المعقود عليه مجهولا فان اركب شخصا ومضت المدة فالقياس ان يجب عليه اجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد
فلا ينقلب الى الجواز وفي الاستحسان ان لا يجب المسمى وينقلب جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال وكانها ارتفعت من الابتداء لان
عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة لكل جزء منه ابتداء واذا ارتفع الجهالة من الابتداء صح العقد فكذا ههنا وفي الوجه الثاني يصح العقد ويجب المسمى
لان من ركب سواه كان المستأجر او غيره لانه تعين مرادا من الاصل فصار كانه نص على ركوبه ابتداء وفي الوجه الثالث ليس له ان يتعداه لانه تعيين مفيد
لا بد من اعتباره فان تعدى صار ضامنا وحكم الحمل كحكم الركوب في جميع هذه الاوجه كذا قالوا ثم اعلم ان الشراح اختلفوا في تعيين ان المراد بقول
القدوري فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء اي وجه من هاتيك الاوجه الثلثة فجزم فريق منهم كتاج الشريعة وصاحبي العناية والكفاية

قال ان سمى نوعا وقدرا معلوما يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فلان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه يدخل تحت الاذن لعدم التفاوت او لكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو اضر من الحنطة كالملح والحديد لاعدام الرضا به وان استاجرها ليحمل عليها قطنا شاء فليس له ان يحمل عليها مثل زنة الحديد لانه ربما يكون اضر بالدابة وان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطب ضمن نصف قيمتها يجتمع في موضع من ظهره والقطن يبسط على ظهره قال وان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطب ضمن نصف قيمتها ولا يعتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها الثقيل لراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعظيم الفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يكون موزونا فاعتبر عدد الراكب دون الثقل وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من القطن فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانه عطبت عليه وما دونه غيره ما دونه الثقل لانه علم بها اذا كان ولا يطيقه تلك الدابة فيتبين ضمن كل قيمة العدم الاذن فيه اصلا وخرج عن العادة وان اخرج الدابة بلجامها او فرسا فانتسبت ضمن عند ابي حنيفة

بان المراد بذلك الوجه الثاني وهو ان يقول على ان يركب من شئت فان المراد بالاطلاق التعميم بدون التقييد بدون التشخص بعينه كما حرر الامام الزاهدي والامام الوجيه الاتقاني في شرحيهما المختصر القدوري وجوز فرقة اخرى منهم كاصحاب النهاية والكفاية ومعراج الدراية الحمل على الوجهين احدهما آخر احوال الوجه الاول وهو انقلاب العقد الجواز بعد ما وقع فاسدا بان يكون معنى قوله فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء لو اركب من شاء ينقلب العقد الى الجواز بعد ما وقع فاسدا وثانيهما الوجه الثاني كما ذكرناه من قبل اذا عرفت هذا فاقول ان تعليل المصنف هذه المسئلة اعني قوله فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء بقوله عملا بالاطلاق يقتضي ان يحمل المصنف على الوجه الثاني فقط لانه انما يتمشى عند الحمل على الوجه الثاني لا عند الحمل على آخر الوجه الاول اذ لا شك ان علة انقلاب العقد الى الجواز في الوجه الاول انما هي تعيين المعقود عليه بقاء لا الاطلاق وانما الاطلاق علة الفساد ابتداء وعن هذا فسر صاحب الكافي معنى الاطلاق ههنا بالوجه الثاني ثم علل المسئلة بما علل به المصنف حيث قال فان اطلق بان قال على ان يركب او ليلبس من شاء جاز له ان يركب او يلبس من شاء عملا باطلاق اللفظ انتهى تدبر **قوله** وان سمى نوعا وقدرا معلوما يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم كلاهما مثال لما هو اقل في الضرر واما مثال ما هو مثل في الضرر فكما اذا سمى خمسة اقفزة حنطة بعينها فحمل خمسة اقفزة حنطة اخرى وانما ترك هذا في الكتاب للوضوح قال صاحب النهاية في شرح قوله كالشعير والسمسم هذا لف ونشر فان الشعير ينصرف الى المثل والسمسم ينصرف الى الاقل اذا كان التقدير فيهما من حيث الكيل لا من حيث الوزن انتهى وتبعه الشارح الكاكي كما هو دابه في اكثر الاحوال وقال صاحب غاية البيان قال بعضهم فيه لف ونشر يرجع قوله كالشعير الى قوله مثل الحنطة في الضرر ويرجع قوله والسمسم الى قوله اقل وليس ذلك بشيء لان الشعير ليس بمثل الحنطة بل هو خير منها ولهذا لو شرط ان يحمل عليها مائة رطل من الشعير فحمل عليها مائة رطل من الحنطة يضمن اذا اعطبت فلو كان مثلا لما ضمن كما لو شرط ان يحمل عليها حنطة زيد فحمل عليها حنطة عمرو بذلك الكيل بل قوله كالشعير والسمسم جميعا نظير قوله اقل الى هنا كلامه وقال صاحب العناية وذكر في النهاية ان في الكلام لفا ونشرا فان الشعير ينصرف الى المثل والسمسم ينصرف الى الاقل اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فان السمسم ايضا مثلا اذا كان التقدير من حيث الكيل انتهى كلامه اقول فيه خبط واضح كانه اذا كان التقدير من حيث الكيل فانما يكون السمسم مثل الحنطة في الكيل ولا شك ان المراد بالمثل والاقل ههنا ما هو مثل واقل في الضرر كما صرح به في نفس الكتاب انما يكون المثلية في الضرر بالتساوي في الوزن والاقلية في الضرر بالقلة في الوزن وانتفاء التساوي في الوزن بين السمسم والحنطة اذا كان التقدير من حيث الكيل امر بديهي فكان صاحب العناية توهم من كون التقدير من حيث الكيل كون المثلية والاقلية ايضا من حيث الكيل وهو ليس بمسلم نعم يرد على ما ذكر في النهاية منع كون الشعير مثل الحنطة في الضرر اذا كان التقدير من حيث الكيل كما اتضح عنه صاحب الغاية **قوله** وان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطب ضمن نصف قيمتها قال صاحب العناية قيل وانما قيد بكونه رجلا لانه اذا اردف صبيا يضمن بقيد قوله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل انتهى وقال بعض الفضلاء الا ان قوله ولان الآدمي غير موزون يدل على خلاف ذلك ولعل تقدير الكلام بصيغة التتميم ليس لذلك انتهى اقول لا يدل على ذلك لان الصبي الذي لا يستمسك بنفسه لما صار بمنزلة الحمل صار بمنزلة غير الآدمي فلم يدخل تحت قوله ولان الآدمي غير موزون فلم يكن ما قيل على خلاف ذلك الدليل ويرشد اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال ثم الثقة في اعتبار عدد الراكب في الآدمي لا الثقل هو ان الآدمي مخصوص بعظم الفروسية وعن ابي حنيفة قال شمس الائمة الحلواني هذا الذي ذكره من الجواب فيما اذا اردف مثله واما اذا اردف صبيا يضمن بقدر حصته لكن هذا في الصبي الذي لا يستمسك بنفسه وكان مثله بمنزلة الحمل كذا في التتمة الى ههنا لفظ النهاية تامل ترشد ثم انه لا محال للقصد الى تصنيف ذلك القول لانه مما تقرر في خاتمة المعتبرات الفتاوى وما هيك قول شمس الائمة الحلواني وذلك الامام المحقق ومن العجائب ههنا انه لما قال صاحب الكافي ولان الآدمي لا يوزن بالقياس جعل

بركوب

الغاية

قبول صاحب الهداية ولان الآدمي غير موزون فقابله الشارح العيني وقال فيه نظر وقد شاهدنا كثيرين من الناس وزنوا الفحم بالقباني بغير فولاذ ونحاس ولكن لا ينضبط على ما لا يخفى انتهى وكأنه زعم ان مراد صاحب الكافي انه لا يمكن ان يوزن الآدمي بالقباني اصلا وهل يوجد في العالم من الممكنات القائمة بذاتها ما لا يمكن ان يوزن اصلا الا ان يكون مجردا او جسما لطيفا **قوله** وقال لا يضمن اذا فعل فلا استعارة فالان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد الى آخره قال صاحب العناية وفي عبارته تسامح لان المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام في المتعارف للعهد اي الكبح المتعارف او الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا لا مرادا لان العقد المطلق يتناوله وغيره انتهى كلامه وتصرف بعض الفضلاء في كل من جانبي السؤال والجواب اما في الاول فبان قال ويجوز ان يقال المراد بالدخول عدم الخروج واما في الثاني فبان قال ولعل الاولى ان يقول اي لفعل المتعارف انتهى اقول كل من تصرفيه ساقط اما الاول فلان كون المراد بالدخول عدم الخروج لا يدفع التسامح في العبارة فان ذلك المعنى خلاف الظاهر من لفظ الدخول جدا فارادة ذلك منه عين التسامح في العبارة واما الثاني فلانه لو قال في تفسير المصنف اي لفعل المتعارف لم يتم الجواب اذ الفعل المتعارف مطلقا مراد بمطلق العقد لا داخل تحته وانما الداخل تحته الفعل المتعارف الخصوص وهو هنا الكبح المتعارف او الضرب المتعارف وان اراد بالفعل المتعارف في التفسير الكبح المتعارف او الضرب المتعارف دون الفعل المتعارف مطلقا احتاج الى تفسير آخر في تبديل اللام فالاولى ما في العناية كما لا يخفى **قوله** وفي الاجارة والاعارة يصير الحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو مأمورا فلا يبرأ بالعودة فانه لما جاوز الحيرة صار غاصبا للدابة ودخلت الدابة في ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك او على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد كذا في الكافي وعامة الشروح ونوقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على احد هذين واجيب عنه في النهاية وكثير من الشروح بانا نريد في الماخذ فنقول انما يبرأ بالرد الى احد هذين او الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه وغرره في النهاية ومعراج الدراية الى الفوائد الظهيرية وقال في العناية والجواب ان الرد على احدهما يوجب البراءة وليس كل ما يوجب البراءة يجب ان يكون الرد على احدهما لجواز ان تحصل البراءة بسبب آخر والسبب في غاصب الغصب هو الرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل انتهى اقول يرد عليه ان قوله وليس كل ما يوجب البراءة يجب ان يكون الرد على احدهما لجواز ان تحصل البراءة بسبب آخر مما ينافيه الحصر المستفاد من قولهم والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك او على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك فهو دليل النقض ليس الا الحصر المستفاد من تلك المقدمة اللهم الا ان يحمل ذلك الحصر على القصر الاضافي دون الحقيقي فالمعنى ان الغاصب لا يبرأ الا بالرد على احدهما لا بالعود فانا ينافيه جواز ان تحصل البراءة بسبب آخر وقصد بعض الفضلاء ان يجيب عما يرد على ما في العناية بوجه آخر حيث يقال فكيف يستقيم الحصر المذكور عليه بقوله ولا يبرأ الا بالرد على المالك او نائبه لظهور صحته بالنظر الى ما نحن فيه نعم قد يكون المستأجر الذي فعل ما فعل مستأجرا من غاصب الدابة فتدبر انتهى كلامه اقول ليس ذلك مستقيم لان قولهم والغاصب لا يبرأ الا بالرد على المالك او نائبه في حيز الكبرى من الشكل الاول بان يقال المستأجر فيما نحن فيه غاصب بمجاوزة الحيرة وكل غاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك او نائبه فهو لا يبرأ عنه الا باحدهما ولم يوجد هنا شيء منهما فظهور صحة الحصر بالنظر الى ما نحن فيه لا يفيد صحته بالنظر الى كلية الكبرى والكلام فيها ولو كان مراد صاحب العناية بقوله ولا يبرأ الا بالرد عن المالك او نائبه ان المستأجر فيما نحن فيه لا يبرأ الا بالرد على احدهما لان الغاصب مطلقا لا يبرأ الا بالرد على احدهما لما كان للنقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب مساس بكلامه فلا يكون لذكره وجوابه عنه وجه فان قيل يجوز ان يكون مراده حينئذ بغاصب الغاصب في النقض هو المستأجر الذي استأجر من غاصب الدابة وفعل ما فعل لا غاصب الغاصب مطلقا فيكون للنقض المزبور مساس بكلامه ايضا قلنا فلا يصح الحصر المزبور اذ ذلك بالنظر

كما اذا حمل الحديدة وشرط الحفظة وان اشترط حملا يحمل له عاملي طريق كذا فاختص طريق بذلك السلك في ذلك المتاع فلا خيار عليه وان بلغ قدر الاجر وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند ذلك لا يتقيد غير مقيد لان اذا كان تفاوت بعض يصير التقييد كانه تقييد مفيد لان الشارع عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يشتغل فان كان طريقا لا يسلكه الناس فيصلح ضمن لانه صرح التقييد فيصير كانه اذا بلغ قدر الاجر وان بلغ قدر الاجر فيما يحمل الناس في الغالب ضمن لعدم التفاوت بين الطريقين والحاصل ان التفاوت المتفاوت وان تفاوتا الخلاف معنى ومن استاجر رسالة يزيد عما حفظه فرط ما حفظه ضمن ما تضمنها لان الرسالة اضر بالاجر من الحفظة لانتشاره وفرقها فيها ولو كان الحمل يسقط فكان خلافا الى شر فيضمن ما تضمنها لانه اضر بالاجر من الحفظة وان دفع الى حماله ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القميص ولا يجاوز به درهما بين هذا الطريق الذي هو في طريق واحد لانه يستعمل استعمال القباء وقيل هو جرى على اطلاقه لان ابتقاء يان والمنفعة وعن الحنيفة رحمه الله انه يضمن من غير خيار الا ان القباء خلاف جنس القميص وخيط القباء انه يضمن من جهة لانه يشق وسطه ويتقيه بالانفاق القميص فخالفت الموافقة والمخالفة فيميل الى الخيار حتى شاء لانه يجب اجر المثل لتصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة على ما نبينه في بابه ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد امر بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت والمنفعة والاصح انه يخير للاتحاد في اصل المنفعة وصار كما اذا امر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير كذا هنا

باب الاجارة الفاسدة

قال الاجارة تفسد بما تفسد به البيع لانه بمنزلته الا ترى انه يعقد بلفظ البيع والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى وقال زفر والشافعي يجب ما سمي اعتبارا له ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكون في الصحيحة مهما الا ان الفاسد يتبع له فيعتبر تابعا بل لان العقد حالة كونها اذا انتقلت الى الفاسد فقد سقط الزيادة واذا نقص اجر المثل لم يجد بزيادة المسمى لفساد التسمية فتجب اجر المثل لان الدين المتقوم في نفسه هو الاصل في تسمية متقوم بنفسه والاقلا

ابى ما نحن فيه ايضا فلا يتم المطلوب فالمخلص في الجملة لتصحيح ما في العناية انما هو حمل الحصر على القصر الاضافي كما نبهنا عليه من قبل قال في النهاية فان قلت الحاق الاجارة بالعارية في حكم الضمان غير مستقيم لما ان يد المستاجر كيد المالك حتى يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير وكذلك مؤنة الرد على المالك في الاجارة كما في الوديعة بخلاف الاعارة قلت هذا هو الذي تشبث به عيسى بن ابان في الطعن في الجواب الكتاب لكنا نقول رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بعقد المعاوضة وذلك لا يدل على ان يده ليست كيد نفسه كالمشتري بضمان الغرور وكذلك مؤنة الرد عليه لما قلنا من المنفعة له في قبضها فاما يد المستاجر يد نفسه لانه هو المنتفع في استمساك العين المستاجر اذ لو لم يكن له في استمساك العين نفع لما اختار استمساك العين على ماله من الاجرة انتهى وعلى هذا السؤال وذكر طعن عيسى بن ابان والجواب عنه في كثير من الشروح وعزاه في الكفاية الى المبسوط وقال في العناية قبل الحاق العارية بالاجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما فان يد المستاجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان كالمودع ومؤنة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الاعارة والجواب ان الاتحاد بين الشيئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة يتحقق الالحاق والاتحاد في المناط كما في الالحاق وهو موجود فان المناط هو التجاوز عن المسمى متعديا ثم الرجوع اليه فيما لم يكن الخطأ اليه متعمدا وذلك موجود فيهما لا محالة انتهى اقول ليس هذا الجواب مستقيما لان الاتحاد في المناط المذكور غير كاف للالحاق على تقدير ثبوت التفرقة المذكورة في الطعن بل لا يكون ذلك الذي عده مناطا للالحاق في حكم الضمان فان يد المستاجر ان كان كيد المالك كان تعدي المستاجر بالتجاوز عن المسمى في حكم تعدي المالك في مال نفسه فلا ينبغي ان يضمن المستاجر شيئا بخلاف المستعير فلا يتم الحاق واحدة من الاجارة والعارية بالاخرى فالصواب في الجواب منع ثبوت التفرقة المذكورة بمنع دلالة ما ذكر في الطعن على كون يد المستاجر كيد المالك كما هو حاصل ما ذكر في النهاية وسائر الشروح على ما نقلناه انفا **قوله** كما اذا حمل الحديد وشرط له الحفظة قال صاحب العناية فيه نظر لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر الى الانبساط وعدمه انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل ما قاله صاحب العناية قلت ليس فيه عكس لان الحديد قدر وزن الحفظة المشروطة لا تاخذ من ظهر الدابة قدر ما ياخذ الحفظة وهذا ظاهر انتهى اقول بل فساد كلامه ظاهر لان تعليله ينافي ما ادعاه فان الحديد الذي هو قدر وزن الحفظة المشروطة اذا لم ياخذ من ظهر الدابة قدر ما ياخذ الحفظة المشروطة تعين العكس حيث كان ما حمله المستاجر على الدابة وهو الحديد اقل انبساطا على ظهر الدابة مما شرط له في العقد وهو الحفظة وكان فيما نحن فيه ما وضعه الكفري على الحمار وهو الاكاف اكثر انبساطا مما عين له في العقد وهو الشرح وهذا عكس ذلك لا محالة

باب الاجارة الفاسدة تاخير الاجارة الفاسدة عن صحيحها لاحتياج المعدة لوقوعها في محلها كما لا يخفى **قوله** والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى قال جمهور الشراح اي الواجب فيها هو الاقل من اجر المثل من المسمى وقالوا هذا الحكم اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لاعتبار جهالة المسمى ولاعتبار عدم التسمية لانه لو كان باعتبار واحد منهما يجب الاجر بالغا ما بلغ كما صرح به في الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيخان وقال صاحب العناية والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من اجر المثل والمسمى وقال انما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما رايت لسياق الكلام ودفعا لما قيل الاقل من الاجر ومن المسمى انما يجب اذا فسدت بشرط اما اذا فسدت لجهالة المسمى او لعدم التسمية وجب اجر المثل بالغا ما بلغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيخان انتهى كلامه اقول فيه بحث اما اولا فلان قوله والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل الى آخره لفظ القدوري في مختصره ولا دلالة لسياق كلامه

يرجع بضمان

على المالك

ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور إلا أن يسمي جملة الشهور معلومة لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم وكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء العقد الصحيح فلو سمى جملة شهور معلومة جاز لأن المدة صارت معلومة **قال** فإن سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه وليس للمؤاجر أن يخرجه إلا أن ينقضي وكذلك كل شهر سكن أوله لأنه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني إلا أن الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال إليه بعض المشايخ وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الأولى من الشهر الثاني ولهما أن في اعتبار الأول بعض الحرج

على كون اللام في قوله المذكور للعهد لأن قوله الإجارة تفسد بالشرط كما يفسد بالبيع لم يذكر مختصرا وقبيل قوله المذكور بل ذكر قبل مقدار الورقين ووقع بينهما مسائل كثيرة من مسائل الإجارة الصحيحة والفاسدة بحيث لم يبق بينهما ارتباط فلا معنى لأن يجعل سياق الكلام حالة يجعل اللام في قوله المذكور للعهد نعم قد ذكر ذلك في البداية والهداية قبيل قوله المذكور كما ترى لكن الكلام في تصحيح الكلام القدوري وأما ثانيا فلأنه لو كان الكلام في القول المذكور للعهد وكان المعنى ما ذكره لزم أن يكون المذكور في باب الإجارة الفاسدة حكم نوع مخصوص فقط من الإجارة الفاسدة وهو ما فسد بالشروط وأن يكون حكم باقي أنواعها وهي ما فسد بجهالة المسمى وما فسد بعدم التسمية بالإجماع وما فسد بالشيوع عند أبي حنيفة متروك الذكر بالكلية غير مبين أصلا لا في المختصر القدوري ولا في البداية ولا في الهداية ولا في عامة المعتبرات وهذا مما لا يقبله الفطرة السليمة وأما ثالثا فلأنه إن أراد بجعل اللام في القول المذكور للعهد ما قيل على الوجه الذي ذكره يرد عليه أن يقال من الإجارة الفاسدة بالشروط ما لا يجب فيه الأقل من أجر المثل ومن المسمى بل يجب فيه أجر المثل بالغا ما بلغ كما إذا استأجر دارا أو حانوتا سنة بمائة درهم على أن يسكنها المستأجر فإن الواجب على المستأجر هناك أجر المثل بالغا ما بلغ صرح به في فتاوى قاضيخان وغيرها وذكر في النهاية أيضا نقلا عن فتاوى قاضيخان إلى غير ذلك من النظائر التي صرح بها في المعتبرات فينتقض بمثل ذلك قوله الواجب في الإجارة التي فسدت بالشروط الأقل من أجرة المثل والمسمى ثم أقول الحق عندي أن اللام في القول المذكور ليس للعهد كما زعمه صاحب العناية بل هو للاستغراق أو الجنس وإنه لا حاجة إلى تقييد الحكم المذكور بما فيما إذا كان فساد الإجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية كما ذهب إليه جمهور الشراح وذلك لأن معنى الكلام أن الواجب في الإجارة الفاسدة أجرة المثل لا يجاوز به المسمى إذا كان هناك مسمى معلوم لأن مجاوزة المسمى إنما يتصور فيه فإنه إذا لم يكن هناك أجر مسمى أو كان المسمى مجهولا لا يمكن أن يجاوز المسمى شيئا أصلا للقطع بأن المجاوزة تقتضي الحد المعلوم فليتأمل أن يقال هناك لا يجاوز المسمى بأجر المثل فصار ملخص المعنى أن الواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل إلا أن يكون هناك مسمى معلوم فحينئذ لا يجاوز به المسمى بل يجب الأقل منهما فعلم منه حكم الإجارة الفاسدة مطلقا وهو وجوب أجرة المثل بالغا ما بلغ إن لم يكن هناك مسمى معلوم ووجوب الأقل من أجرة المثل ومن المسمى إن كان هناك مسمى معلوم والحاصل أن الشراح جعلوا وجوب الأقل من أجرة المثل ومن المسمى معنى مجموع الكلام المذكور فوقعوا فيما وقعوا وإذا جعل ذلك معنى آخر الكلام المذكور وهو قوله لا يجاوز به المسمى والبقي أوله على ظاهره وهو وجوب عين أجر المثل كما فعلنا وكان حكم الإجارة الفاسدة مطلقا مستوفيا بالكلية في الكتاب ولا يلزم شيء من المحذورات فتأمل ولكن الحاكم الفيصل **قوله** ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور قال تاج الشريعة فإن قلت لو كان فاسدا لجاز الفسخ في الحال قلت الإجارة من العقود المضافة والانعقاد والإجارة في أول الشهر فقبل الانعقاد كيف يفسخ انتهى وتبعه الشارح العيني في السؤال والجواب أقول في الجواب نظر لأن انعقاد الإجارة وإن كان في أول الشهر إلا أن عقدا قد تحققت في الحال بالإيجاب والقبول فلم لا يكفي في جواز الفسخ كون الفسخ بعد تحقق العقد وقد مر في أول كتاب الإجارة أن الإجارة مطلقا تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فقالوا في توجيه تراخي الانعقاد إلى حدوث المنافع ساعة فساعة مع وجود علته في الحال وهي العقد أن الانعقاد حكم الشرع والعلل الشرعية تغاير العلل العقلية في جواز انفكاكها من معلولاتها فلم لا يجوز الفسخ قبل أوان الانعقاد ولم يكف كونه بعد تحقق العقد الذي هو سبب الانعقاد ولما جاز فسخ الإجارة الصحيحة أيضا بعذر أو عيب قبل استيفاء المنافع بتمامها فإنه إذا لم يحدث جزء من المنافع لم يتحقق الانعقاد في حقه فيلزم الفسخ قبل الانعقاد بالنظر إليه مع أنه لا شك في جواز ذلك كما صرحوا به قاطبة وسيجيء في الكتاب **قوله** وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء العقد الصحيح قال في المحيط البرهاني

وان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بل وبالتسليم
فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استأجره

في الاصل اذا استأجر الرجل من آخر دارا كل شهر بعشرة دراهم فان ابا حنيفة قال هذا جائز ولكل واحد منهما ان ينقض الاجارة في راس الشهر فان سكن يوما
او يومين لزمه الاجارة في الشهر الثاني واختلفت عبارة المشايخ في تخريج المسئلة بعضهم قالوا اراد بقوله جائز ان الاجارة في الشهر الاول جائزة فاما فيما عدا ذلك
من الشهور فالاجارة فاسدة لجهالة المدة الا انه اذا جاء الشهر الثاني ولم يفسخ كل واحد منهما الاجارة في راس الشهر جازت الاجارة في الشهر الثاني لان الشهر الثاني صار كالشهر الاول
وبعضهم قالوا لا بل الاجارة جائزة في الشهر الثاني والثالث كما جازت في الشهر الاول واطلاق محمد المسئلة في الكتاب يدل عليه وان جازت الاجارة فيما وراء الشهر الاول
وان كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير نكير منكر وانما يثبت الخيار لكل واحد منهما راس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة فيما زاد على الشهر الاول لنوع
ضرورة وبيانها ان موضوع الاجارة ان لا تزيل الرقبة من ملك المؤجر ولا تجعلها ملكا للمستأجر ومتى لم تثبت الخيار لكل واحد منهما راس الشهر لزوال رقبة المستأجر
عن ملك المؤجر معنى لانه لا يملك سكناها ولا بيعها ولا هبتها ابد الدهر لانه لا نهاية لجملة الشهور وهذا لا يجوز فلهذه الضرورة كان لكل واحد منهما
الخيار بين الفسخ والمضي في راس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة في الشهر وفيما زاد على الشهر وقال الا ان المشايخ بعد هذا اختلفوا في كيفية امكان الفسخ لكل
واحد منهما راس كل شهر وانما اختلفوا الان راس الشهر في الحقيقة عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما اهل الهلال مضى راس الشهر فلا يمكن الفسخ بعد ذلك
لمضي وقت الهلال وبعد ذلك لا يمكنه الفسخ لانه لم يجئ وقته والصحيح في هذا احد الطرق الثلاثة اما ان يقول الذي يريد الفسخ قبل مضي المدة فسخت الاجارة
فيتوقف هذا الفسخ الى انقضاء الشهر فاذا انقضى الشهر واهل الهلال عمل الفسخ حينئذ عمله ونفذ لانه لم يجد نفاذا في وقته والفسخ اذا لم يجد نفاذا في وقته
يتوقف الى وقت نفاذه وبه كان يقول ابو نصر محمد بن سلام البلخي ونظير هذا ما قاله محمد في البيوع اشترى عبدا على انه بالخيار فحم العبد وفسخ المشتري
العقد بحكم الخيار لم ينفذ هذا الفسخ بل يتوقف الى ان يزول الحمى في مدة الخيار وقال في المضاربة رب المال اذا فسخ المضاربة وقد صار مال المضاربة عروضا
لم ينفذ الفسخ للحال بل يتوقف الى ان يصير مال المضاربة دراهم او دنانير فينفذ الفسخ حينئذ كذا ههنا والقول الذي يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد
راس الشهر فينفسخ العقد اذا اهل الهلال ويكون هذا فسخا مضافا الى راس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فاذا فسخه يصح مضافا والفسخ الذي يريد الفسخ
في الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها وهذا القائل يقول لم يرد محمد بقوله لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة راس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة
التي يهل فيها الهلال فانما اراد به راس الشهر من حيث العرف والعادة وهي الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها وهذا كما قال محمد رحمه الله في كتاب الايمان
اذا حلف الرجل ليقضين حق فلان راس الشهر فقضاه في الليلة التي يهل فيها الهلال او في يومها لم يحنث استحسانا الى ههنا لفظ المحيط وهكذا ذكره الذخيرة
ايضا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة بنوع اجمال منه اقول لقائل ان يقول الطريق الاول والثاني من الطرق الثلاثة المذكورة مما لا يساعده
عبارة الائمة في وضع هذه المسئلة فان محمدا رح قال في الاصل ولكل واحد منهما ان ينقض الاجارة في راس الشهر والامام قاضيخان قال في فتاواه رجل
استأجر دارا وطاقة كل شهر بدرهم كان لكل واحد منهما ان يفسخ الاجارة عند تمام الشهر والمصنف قال ههنا واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة
ولا يخفى ان مقتضى هذه العبارات ان يكون ثبوت خيار الفسخ لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول راس الشهر الثاني لا بل ذلك ودلالة ذينك
الطريقين على ان يثبت لهما خيار الفسخ في خلال الشهر الاول قبل تمامه واقول يمكن ان يقال نفاذ الفسخ وتاثيره في ذينك الطريقين ايضا عند
ان ينقضي الشهر الاول واهل الهلال الشهر الثاني وان كان التكلم بالفسخ فيهما في خلال الشهر الاول فيجوز ان تكون تلك العبارات في وضع هذه المسئلة
بناء على ان الصورة اثر ثبوت الخيار لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول راس الشهر الثاني وهذا غاية ما يمكن توجيه الطريقين المذكورين وهما كان

لان اوقات كلها في حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل الهلال
فشهور السنة كلها بالاهلة لانها في الاصل وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة رح وهو رواية عن ابي يوسف رح
وعند محمد رح وهو رواية عن ابي يوسف الاول بالايام ضرورة ثم الى اخر السنة وتظهر العدة وقد مر في الطلاق قال ويجوز اخذ اجرة الحجام بحجامه
فاما الحجام فلتعارف الناس ولم يعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روينا انه
عليه السلام احتجم واعطى الحجام الاجرة ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جائزا قال ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس وهو الفحل
واجر الحجام لينزو عليه اناث لقوله عليه السلام ان من السحت عسب التيس والمراد اخذ الاجرة عليه قال ولا الاستيجار على الاذان والحج وتعليم
الامامة وتعليم القرآن والفقه والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستيجار عليه عندنا وعند الشافعي رح يصح في كل ما لا يتعين
على الاجير لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه السلام اقرءوا القرآن ولا تأكلوا به وفي اخر ما عهد رسول الله عليه السلام الى
عثمان بن ابي العاص ان اتخذ مؤذنا فلا تأخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا تعتبر اهليته فلا يجوز
اخذ الاجر من غيره كما في الصوم والصلوة ولان التعليم مما لا يقدر المتعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح

جميعه ظاهر اللفظ ثم ان الامام الزيلعي رد على من قال من المشايخ في تخريج هذه المسئلة ان العقد جائز في الشهر الثاني والثالث ايضا لتعامل الناس
من غير نكير منكر الا ان لكل واحد منهما خيار الفسخ براس كل شهر لنوع ضرر وحيث قال في شرح الكنز ولا معنى لقول من قال من المشايخ ان العقد صحيح في الشهر الثاني
والثالث لتعامل الناس لان التعامل اذا كان مخالفا للدليل لا يعتبر انتهى اقول بل لا معنى لما قاله الزيلعي لان التعامل اذا وقع من غير نكير منكر فقد حل محل
الاجماع وفيما نحن فيه وقع كذلك على ما صرح به من قال من المشايخ بجواز العقد في كل الشهور والاجماع دليل قطعي والدليل الذي خالفه التعامل ههنا انما هو كون
جهالة المدة مفسدة للعقد وهو موجب القياس والقياس دليل ظني لا يصلح للمعارضة للدليل القطعي اصلا فضلا عن ان لا يعتبر القطعي في مقابلته على انه قد تقرر
عندهم ان الجهالة المفسدة للعقد انما هي الجهالة المفضية الى النزاع دون مطلق الجهالة كما مر في البيوع وجهالة المدة فيما نحن فيه ليست بمفضية الى النزاع
اذ لكل واحد منهما نقض العقد في راس كل شهر فكيف يقع النزاع قوله لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء قال صاحب العناية في تعليله لذكر الشهور منكرا او تبعا للشارح
اقول ليس ذلك بسديد اما اولا فلان المذكور في مسئلة الكتاب هو السنة دون الشهور واما ثانيا فلان المذكور في مسئلة النذر بالصوم ايضا منكر مع ان الجواب مختلف والصواب في تعليل
ذلك ان يقال لان كل الاوقات محل للاجارة اذ لا منافاة بين الاجارة وبين وقت ما اصلا فان التعليل هو الفارق بين المسئلتين وهو الموافق للقول المصنف بخلاف الصوم
لان الليالي ليست بمحل له بقوله قوله لكم ان العقد حين يهل الهلال قال صاحب العناية بضم الياء وفتح الهاء على صيغة بناء المفعول اي يصير الهلال قال اراد به اليوم الاول رد عليه صاحب الغاية بيت قال فسر المصنف
في شرحه قوله حين يهل بقوله اراد به اليوم الاول وفيه نظر لانه ليس حين يهل الهلال بل اول الليلة الاولى من الشهر انتهى كلامه اقول نظره ساقط لان صاحب النهاية
قد فسر قوله يهل الهلال بقوله اي يصير الهلال فعلى مقتضى هذا التفسير كان معنى قوله حين يهل الهلال حين يصير الهلال وهو اول الليلة من الشهر
قطعا وليس مراده بقوله اراد به اليوم الاول نفس معنى قوله حين يهل الهلال اذ قد علم معناه من تفسير السابق قطعا بل مراده بذلك بيان
ان ليس المراد بقوله حين يهل الهلال في هذه المسئلة معناه الحقيقي وهو اول الليلة من الشهر لتعسر كون العقد فيه بل المراد به معناه العرفي وهو اليوم الاول
من الشهر وهذا نظير ما قالوا في المسئلة الاولى لم يرد محمد رحمه الله براس الشهر في قوله لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة راس الشهر من حيث الحقيقة
وهو الساعة التي يهل فيها الهلال بل راس الشهر من حيث العرف والعادة وهو الليلة التي يهل فيها الهلال ويوجد فلا يرد عليه النظر المذكور اصلا
قوله لان القربة متى حصلت وقعت على العامل الى آخره اقول ينتقض هذا بما ذكره المصنف في باب الحج عن الغير من كتاب الحج حيث قال ثم ظاهر
ان الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك يشهد الاخبار الواردة في الباب كحديث الخثعمية فانه عليه السلام قال فيه حجي عن ابيك واعتمري انتهى فان
ذلك صريح في وقوع القربة عن غير العامل قال صاحب الكافي في تقرير هذا الدليل ولان القربة متى وقعت تقع ثوابها للفاعل لا للغير انتهى اقول
يخالف هذا ما صرح به المصنف وصاحب الكافي ايضا في اول باب الحج عن الغير من ان الاصل ان الانسان له ان يجعل ثواب عمله لغيره وصلوة
كانت او صوما او صدقة او غيرها عند اهل السنة والجماعة لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه ضحى بكبشين املحين احدهما عن نفسه والاخر
عن امته ممن اقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ فجعل ثواب تضحية احد الشاتين لامته انتهى فليتامل قوله ولان التعليم والامامة
المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما لما لا يقدر على تسليمه فلا يصح اقول فيه بحث لانه ان اريد ان المعلم لا يستقل في التعليم بشيء اصلا
فهو ممنوع فان التلقين والالقاء فعل المعلم وحده لا مدخل فيه للمتعلم وانما وظيفته الاخذ والفهم وان اريد ان للمتعلم ايضا مدخل في ظهور اثر التعليم
وفائدته فان المتعلم ما لم ياخذ ما القاه المعلم ولم يفهم ما القنه لم يظهر لتعليمه اثر وفائدة فهو مسلم ولكن الذي يلتزمه المعلم انما هو فعل نفسه

وبعض مشايخنا استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية في الامتناع يضيع حفظ القرآن وعليه الفتوى **قال** ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية لا يستحق بالعقد **قال** ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة لانه لا اجارة المشاع جائزة وصورته ان يبيع نصيبا من داره او بيته من رجل مشتركة من غير الشريك لهما ان المشاع منفعة ولهذا يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا آجر من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة انه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يحصل والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه عكسا وهو الفعل الذي يحصل به المقصود من المشاع بخلاف البيع لحصول القبض فيه واما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه القدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا واما اذا آجر من شريكه او لكل يحدث على ملكه فلا شيوع ولا اختلاف في النسبة لا يقع على انه لا يصح في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطاري لان القدرة على التسليم ليس شرطا للبقاء وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع يتفرق الملك فيما بينهما طارئ

مما يقدر عليه لا فعل الآخر والمانع من اخذ الاجرة على فعل نفسه كما لا يخفى فان قلت التعليم والتعلم متحدان بالذات مختلفان بالاعتبار على ما ذكر في بعض الكتب فيؤول اخذ الاجرة على التعليم الى اخذها على التعلم الذي هو فعل الغير قلت اتحاد التعليم والتعلم بالذات امر غيره واضح بل غير مسلم ولو سلم كفى التغاير الاعتباري لنا اذ لا شك في اختلاف التعليم والتعلم في كثير من الاحكام فليكن في اخذ الاجرة عليه كذلك فتامل **قوله** وبعض مشايخنا استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع يضيع حفظ القرآن وعليه الفتوى اقول فيما ذهب اليه هؤلاء المشايخ اشكال وهو ان مقتضى الدليل الثاني والثالث المارين آنفا ان لا يمكن تحقق ماهية الاجارة وهي تمليك المنافع بعوض في الاستيجار على تعليم القرآن وظائره بناء على عدم القدرة على تسليم ما التزمه الموجر من المنفعة فكيف يصح استحسان الاستيجار في بابك الامور ومتحه استحسانه فرع امكان تحقق ماهية الاجارة كما لا يخفى فليتامل في دفع هذا الاشكال اللعوبي لعله مما تشبث فيه العبارات الا ان الامعان في تسلم سمعه وذينك الدليلين **قوله** واما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك الى قوله ولا يعتبر المتراخي سابقا هذا جواب عن قولهما او بالتهايؤ وحاصله ان التهايؤ من احكام العقد بواسطة الملك فهو متاخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتهايؤ لانه لا يمكن ان يكون ثبوت الشيء بما يتاخر عنه ثبوتا كذا في العناية واعترض بعض الفضلاء على ما في الهداية وعلى ما في العناية اما على ما في الهداية فبان قال فيه بحث فانهما لم يقولا ان التهايؤ هو القدرة عن التسليم بل يقولان تحقق التسليم به فكما ان التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال في التهايؤ انتهى واما على ما في العناية فبان قال يجوز ثبوت العلم بالشيء بما يتاخر عنه ثبوتا ونحن بصدده منه انتهى اقول كل واحد منهما ساقط اما الاول فانه كلام خال عن التحصيل لان ما ذكر ههنا من قبل ابي حنيفة ليس مبنيا على ان يكون مدار ما قاله صاحباه على ان التهايؤ هو القدرة حتى يصح الاعتراض عليه بانهما لم يقولا ان التهايؤ هو القدرة بل قالا يتحقق التسليم به بل ذاك مبني على قولهما او بالتهايؤ في قولهما والتسليم ممكن بالتخلية بالتهايؤ يقتضي جواز كون ثبوت القدرة على التسليم ثبوت التهايؤ فيرد عليه من قبله ان يقال ثبوت التهايؤ بل ثبوت القدرة على التهايؤ متاخر عن تحقق العقد لانه انما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك والقدرة على التسليم مقدمة على العقد لكونها شرطا جوازه فكيف يمكن ان يكون ثبوت المقدم بثبوت المتاخر وهذا معنى قول المصنف ولا يعتبر المتراخي سابقا ولا اختيار عليه اصلا واما الثاني فلانه لا شك في جواز ثبوت العلم بالشيء بما يتاخر عنه ثبوتا كما في الاستدلال من الاثر على المؤثر ولكن ما نحن بصدده ليس منه لاستحالة اذ لا شك عاقل في ان ليس معنى قولهما والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ ان ثبوت العلم بامكان التسليم بالتخلية او بالتهايؤ بل معناه ان ثبوت نفس امكان التسليم اي القدرة عليه بالتخلية او بالتهايؤ وما نحن بصدده جواب عن قولهما ذلك فكان المراد به ايضا ما اريد هناك **قوله** وبخلاف الشيوع الطاري لان القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء قال صاحب العناية ليس لقوله هذا تعلق ظاهر الا ان يجعل تمهيدا للجواب عن قولهما او من رجلين لكن في قوله وبخلاف ما اذا آجر من رجلين نبوة عن ذلك يعرف بالتامل انتهى كلامه اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان مقصود المصنف من قوله هذا دفع اشكال يرد على دليل ابي حنيفة وهو ان الشيوع لا يفسد الاجارة بالاجماع مع انتفاء القدرة على التسليم هناك ايضا ولا شك ان لهذا تعلقا ظاهرا بما نحن فيه من غير احتياج الى ان يجعل تمهيدا لما بعده **قوله** وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع يتفرق الملك فيما بينهما طارئ قال تاج الشريعة فان قلت الشيوع مقارن لا طارئ فانها عقد مضاف ينعقد ساعة فساعة وكان الطارئ كالمقارن قلت بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا انتهى كلامه ورد صاحب العناية جوابه حيث قال فان قيل لا نسلم انه طارئ بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة اجيب بان بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه لانه عقد لازم فلا يكون مقارنا وقال وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما نقدم

ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن ولان التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقيله واقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن يتبع على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا يستحق الاجر

في الوكالة على انه لو ثبت هنا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض وانما الخصم يقول لا بقاء للعقد فيها انتهى اقول كل من اصل رده وخلاوته فاسد اما الاول فلان قول المجيب لانها عقد لازم ناظر الى قوله دون وجه اولا الى المجموع قوله من وجه دون وجه من حيث هو مجموع لا الى قوله من وجه وجه وحده كما توهمه صاحب العناية وبنى عليه رده كما مر في معنى الجواب ان بقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها عقد لازم فان العقد الغير اللازم يكون لبقائه حكم الابتداء من كل الوجوه فاذا لم يكن لبقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه لم يكن الشيوع مقارنا للعقد من هذا الوجه فلم يكن الطارئ كالمقارن والحاصل ان هذا الجواب المذكور على الفرق بين الشيوع الطارئ والمقارن من الوجه الثاني دون الاول وصاحب العناية توهم العكس حتى ظهر في تقرير الجواب قول المجيب دون وجه ولم يرد ان الجواب حينئذ لا يكون دافعا للسؤال بل يكون مقويا له كما يظهر بالتامل الصادق واما الثاني فلان ثبوت البقاء لعقد الاجارة مما لم ينازع فيه احد فان الاصل عندنا ان العين المستاجرة اقيمت مقام المنفعة في اضافة العقد اليها وان العقد وهو الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مع ارتباط احدهما بالآخر باق شرعا ببقاء العين المستاجرة على السلامة وانما الذي يتجدد ساعة فساعة هو الانعقاد وفي حق المعقود عليه وهو المنفعة الحادثة شيئا فشيئا وهذا مع كونه معلوما مما تقرر في صدر كتاب الاجارة منكشف بما ذكر ههنا في الكافي وكثير من الشروح وهو ان الشيوع الطارئ بان استاجر رجل من رجلين ثم مات احد المستاجرين او بان آجر رجلان من رجل ثم مات احد الموجرين يفسد العقد في حق الحي في رواية الطحاوي عن خالد بن صبيح عن ابي حنيفة رحمه الله لان الاجارة تتجدد انعقادها بحسب حدوث المنافع فكان فلان هذا في معنى الشيوع المقترن بالعقد وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الحي لان تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه فاما اصل العقد فمنعقد لازم في الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوع طارئ والشيوع الطارئ ليس بنظير المقارن كما في التبيين اذا وهب كل الدار وسلمها ثم رجع في نصفها انتهى ما في الكافي وكثير من الشروح وهكذا ذكر في المبسوط والاسرار ايضا فتنبه **قوله** ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة قال في النهاية علم ان القياس يابى جواز اجارة الظئر لانها ترد على استهلاك العين مقصودا وهو اللبن فكان بمنزلة لو استاجر شاة او بقرة مدة معلومة باجر معلوم ليشرب لبنها لكن جوازها استحسانا لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وهذا العقد لا يرد على العين وهو اللبن مقصودا وانما يقع على فعل التربية والحضانة وخدمة الصبي واللبن يدخل فيها تبعا لهذه الاشياء ومثل هذا جائز كما لو استاجر صباغا ليصبغ له الثوب فانها جائزة وطريق الجواز ان يجعل العقد وارد اعلى فعل الصباغ والصبغ يدخل فيه تبعا فلم يكن الاجارة واردة على استهلاك العين مقصودا وبهذا خرج الجواب عن فصل البقرة والشاة لان هناك عقد الاجارة ترد على استهلاك العين مقصودا كذا في الذخيرة الى هنا لفظ النهاية اقول هذا تحرير كيك بل مختل لان المشائخ قد كانوا مختلفين في ان المقصود عليه في استيجار الظئر ماذا فقال بعضهم هو المنافع وهي خدمتها للصبي واللبن تبع كالصبغ في الثوب وقال بعضهم هو اللبن والخدمة تابعة على ما سياتي تفصيل ذلك ومدار ما ذكر في وجه القياس هو القول الثاني ومدار ما ذكر في وجه الاستحسان لقوله وهذا العقد لا يرد على العين الخ وهو القول الاول فهل ينبغي ان يقال في المسئلة المتفق عليها ان القياس يابى جوازها ولكن جوزناها استحسانا فيذكر في وجه القياس ما يختص باحد القولين في معنى ما هنيك المسئلة وفي وجه الاستحسان ما يختص بالقول الآخر في معناها ولا يخفى انه لا يصح على احد القولين وجه القياس ولا يصح على القول الآخر وجه الاستحسان فلا يوجد في المسئلة قياس واستحسان على الوجه المزبور على ان ما ذكر في وجه الاستحسان يقتضي انتفاء ذلك القياس اصلا لا ترك العمل به بعد تقرر ثبوته كما هو حكم الاستحسان في مقابلة القياس على ما عرف تامل تقف **قوله** لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن قال الشراح يعني بعد الطلاق اقول الاولى ان يقال يعني بعد الطلاق والعدة ليوافق ما مر في الكتاب في باب النفقة من كتاب الطلاق وهو قوله وان استاجرها وهي زوجة او المعتدة لم يجز انتهى وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال في تفسير

النافع

هذا ما سلف

والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استاجر بقرة ليحلبها وسنبق الدقيق لارضاع بلبن شاة

قول صاحب العناية يعني بعد الطلاق البائن وقال اذ لا يجوز بعد الطلاق الرجعي قبل انقضاء العدة انتهى اقول ليس فيه اكتمام لانه لا يجوز بعد الطلاق البائن ايضا قبل انقضاء العدة في رواية وهي التي اختارها في الكتاب فيما مر وعن هذا قال المص هناك وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة وكذا في المبسوط في رواية انتهى فتدبر **قوله** والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا يقع على اتلاف الاعيان مقصودا الى آخره القول اختيار صاحبي الذخيرة والايضاح واختاره المص ايضا كما ترى والقول الثاني اختيار شمس الائمة السرخسي حيث قال في المبسوط وزعم بعض المتاخرين ان المعقود عليه المنفعة وهي القيام بخدمة الصبي وما يحتاج اليه فاما اللبن فتبع فيه لان اللبن حين والعين لا يستحق بعقد الاجارة كلبن الانعام ثم قال والاصح ان العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به هكذا ذكره ابن سماعة عن محمد رحمه الله فانه قال استحقاق لبن الآدمية بغير عقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة انتهى كلامه وتعجب صاحب النهاية من انتيار المصنف ما اعرض عنه الامام الكبير شمس الائمة السرخسي بعد ان راى مثل هذا الدليل الواضح والرواية المنصوصة عن محمد رحمه الله ورد عليه صاحب العناية بعد ان روى تعجبه من ذلك حيث قال وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام امر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بامور وسائط منها اللبن فجعل العين المرئية منفعة ونقض القاعدة الكلية ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا تثبت له بما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه يجوز بيعه وجواز لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية ولئن كان فنحن ما منعنا ان يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا او تبعا وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك الى هنا كلامه اقول خاتمة كلامه ليست بصحيحة اذ في كلام محمد ما يدل على ان استحقاقه من حيث كونه مقصودا لا محالة لانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه ولا شك انه لا ولاية على عدم جواز بيعه الا بان يكون استحقاقه من حيث كونه مقصودا الا يرى ان الصبغ في الثوب يستحق بعقد الاجارة تبعا مع انه مما يجوز بيعه قطعا ثم ان الشارح للعيني ههنا كلمات كثيرة منحرفة ذكرها تفويته لما ذهب اليه شمس الائمة السرخسي ردا على صاحب العناية فاذكره في رده على صاحب النهاية فان ذكرنا كلها وبينا حالها التزمنا الاطناب بلا طائل ولكن لا علينا ان نذكر هذا من اولها وآخرها قال بعد نقل ما في النهاية والعناية قلت قول شمس الائمة السرخسي هو الاقرب الى الفقه لان الاعيان تحدث شيئا فشيئا مع بقاء اصلها بمنزلة المنافع فيجوز اجارتها كالعارية لمن ينتفع بالمتاع ثم يرده والعرية لمن ياكل ثمرة الشجرة ثم يردها والمنحة لمن يشرب لبن الشاة ثم يردها ثم قال في آخر كلامه وكيف يقول صاحب العناية لما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه غير ظاهر الرواية وهو من كبار اصحاب محمد وابي يوسف القاضي وكان من العلماء الكبار العاملين وكان يصلي كل يوم مائتي ركعة اقول كل ما قاله في الاول والآخر فاسد اما ما قاله في الاول فلان معنى حدوث المنافع شيئا فشيئا ان لا يكون لها بقاء اصلا بناء على عدم بقاء الاعراض زمانين عند المتكلمين ولا شك ان هذا المعنى ليس بمتحقق في الاعيان فكيف تكون الاعيان بمنزلة المنافع ولو سلم ذلك لم يجز اجارة الاعيان قطعا اذ حقيقة الاجارة تمليك المنافع بعوض دون تمليك الاعيان فان تمليك الاعيان بعوض هو البيع لا غير وهذا امر مقرر عند الفقهاء قاطبة وما ذكره من التنظيرات والتشبيهات مما لا يجدي شيئا اما صورة العارية فلان العين هناك باق على حاله وانما الانتفاع بالمنافع فلا مناسبة لها بما نحن فيه واما الصورتان الاخريان فان العين فيهما وان كان مملكا للغير لكن لا بطريق الاجارة بل بطريق الهبة والعطية

واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة **قال** ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفة
وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجرها للخبز والطبخ وله ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاظار شفقة
على الاولاد فصار كبيع تفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم
ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها فهو جائز يعني بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم ان
يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام وبين قدره جاز ايضا لما قلنا

فلا فائدة لها فيما نحن فيه اذ الكلام في ان عقد الاجارة لا يرد على الاعيان لان شيئا من المعقود لا يرد عليها واما ما قاله في الآخر فلان المراد بظاهر الرواية عند الفقهاء
رواية الجامعين والزيادات والمبسوط والمراد بغير ظاهر الرواية عندهم رواية غيرها وهذا مع كونه مساعدا فيما بينهم مذكورا في مواضع شتى قد صرح به الشراح وقاعدته
حتى ذلك الشارح نفسه ايضا في كتاب الاقرار ولا شك ان مراد صاحب العناية ايضا ههنا بقوله ان ما روى ابن سماعة عن محمد ليس بظاهر الرواية انه ليس من رواية تلك
الكتب الاربعة لمحمد رحمه الله التي هي الرواية المعتمدة بها جدا وكون ابن سماعة من كبار العلماء الصالحين مما لا يقدح في ذلك قطعا وما الشبهة فيه الا من الغفول
عن اصطلاح الفقهاء في ظاهر الرواية وغير ظاهرها فكانه يسمى ما قدمت يداه **قوله** واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة
قال جماعة من الشراح في تفسير قوله ما ذكرناه يعني من جواز الاجارة باحد الطريقين اقول فيه نظر اذ لو كان مراد المصنف بقوله ما ذكرنا ما يعم الطريقين لما تم قوله اعتبارا
بالاستيجار على الخدمة لان الاعتبار بالاستيجار على الخدمة اي القياس على ذلك لا يصح على الطريق الثاني فان العقد في الاستيجار على الخدمة يقع على اتلاف
المنفعة مقصودا لا محالة وفي استيجار الظئر يقع على اتلاف العين مقصودا على موجب الطريق الثاني فكيف يصح اعتبار احدهما بالآخر فالحق ان مراده بقوله
ما ذكرناه ما اختاره من رجحان الطريق الاول على الطريق الثاني وعن هذا قدم ذكر الكتاب والسنة في اثبات هذه المسئلة واخر ذكر القياس اي ههنا فان
اثباتها بالكتاب والسنة متمش على كلا الطريقين فناسب ذكرهما متصلا باصل المسئلة واما اثباتها بالقياس فمختص بالطريق الاول فناسب ذكره بعد تفصيل الطريقين
وبيان ما هو المختار عنده وموافقا للقياس فبهذا التحقيق ظهر سقوط السؤال وركاكة الجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية بقوله فان قيل قد علم من اول المسئلة
جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام قلت اثبت جوازها بالكتاب والسنة اولا ثم رجع الى اثباتها بالقياس انتهى تدبر تفهم **قوله** ومعنى تسمية
الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها قال صاحب النهاية هذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل
ان يكون معناه اي سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم اعطى الطعام بازاء الدراهم المسماة انتهى اقول ليت شعري كيف يستفاد هذا المعنى من ذلك اللفظ
حتى يصح طعنه في المعنى الذي ذكره المصنف بانه لا يستفاد من ذلك اللفظ وقبوله هذا المعنى فان هذا المعنى ان لم يكن اكثر بعدا من ذلك اللفظ من المعنى الذي
ذكره المصنف فلا اقل من المساواة لانه اذا صير الى حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه في ذلك اللفظ اي لفظ الجامع الصغير بان كان تقديره
ان سمى بدل الطعام دراهم كما حمله عليه الامام الزيلعي جاز ان يفهم منه اول المعنى الذي ذكره المصنف وهو قوله ان يجعل الاجرة دراهم ولكن لا يفهم منه اصلا
آخره وهو قوله ثم يدفع الطعام مكانه كما نبه عليه الامام الزيلعي حيث قال لكن لا يفهم منه انه اعطى بدل الدراهم طعاما وانما يفهم منه انه سمى بدل الطعام
دراهم لا غير انتهى واما المعنى الذي ذكره صاحب النهاية فله اشتراك في الاجرة مع المعنى الذي ذكره المصنف وهي اوله تفصيل زائد على ما في اول
المعنى الذي ذكره المصنف فان فهم ذلك التفصيل من المضاف المقدر في لفظ الجامع الصغير كان المعنيان متساويين في افهام البعض الاول منهما من ذلك اللفظ
وعدم افهام البعض الآخر منهما والا كان ذلك المعنى الذي ذكره صاحب النهاية اكثر بعدا من ذلك اللفظ من المعنى الذي ذكره المصنف فلا وجه
لرد الثاني وقبول الاول وقال صاحب العناية بعد نقل ما قاله صاحب النهاية وهو حق ولكن لو قدر في كلام المصنف لفظة بان يقال ان يجعل الاجرة دراهم
بدلا بل الى ذلك انتهى اقول لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام ان تقدير بدلا بعد ان اخذت كلمة ان يجعل مفعولا صار كيف من حيث الاعراب
والمعنى فعليك بالتامل الصادق مع ملاحظة قوله ثم يدفع الطعام مكانه وذكر بعض الفضلاء توجيهين آخرين للفظ الجامع الصغير حيث قال يجوز
ان يكون الطعام منصوبا على نزع الخافض اي للطعام او المراد بالتسمية هو التعيين اي عين الطعام بدراهم والتعدية الى دراهم بنفسه باعتبار

لا يشترط تأجيله لان اوصافها اثمان يشترط بيانه لان الاثمان عند ابي حنيفة ديون ولهما وقد ذكرا في البيع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة

اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم **قوله** وليس للمستأجر ان يمنع زوجها من وطئها لان الوطء وتزوج فلا يتمكن من ابطال حقه الا من ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم

يعلم به صيانة لحقه لان المستأجر يمنعه عن غشيانها في منزله لان المنزل حقه فان علمه كان له ان يفسخ الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان الحامل ينسد الصبي

فلهذا كان له الفسخ اذا امرضت ايضا عليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل عليها والحاصل انه يتبرع فلا تجبر عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب

الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر اما الطعام فعلى والد الولد واما ذكر محمد ان الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل الكوفة وان ارضعته في المدة

بلبن شاة فلا اجر لها لانها اتت بعمل استحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع في عامة الاجارة لهذا الغرض اختلف العمل **قوله** ومن دفع الحائك غزلا ليكسبه بالنصف فله اجر مثله وكذا

اذا استأجر حمارا ليحمل عليه طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة لانه لا اجر بغير خارج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي عليه السلام عنه وفي استأجر الظئر بطعامها خطة بقفيز من دقيقه

معناه الاصلي تأمل انتهى كلامه اقول كما التوجيهين يجري اما الاول فلانه قد تقرر في علم النحو ان حذف حرف الجر من غير ان وان انما يجوز فيما يسمع نحو استغفرت الله

ذنبا اي من ذنب وبعاه الخير اي بعني له واما فيما لا يسمع فلا يجوز ولهذا لم يجز حذف الجار من اياك من الاسد اذا لم يسمع وعن هذا قال ابن الحاجب ولا يقال

اياك الاسد لامتناع تقدير من انتهى وفيما نحن فيه ايضا لم يسمع فلا يجوز نزع الخافض اي حذف حرف الجر ولهذا لم يعترض المصنف وغيره من الثقات لهذا التوجيه

مع ظهوره واما الثاني فلانه اذا كان المراد بالتسمية هو التعيين لا يصح تعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصلي والا لم يجز بين معنى التسمية وهو التعيين

سواء كان اللفظ حقيقة في كل واحد من المعنيين او حقيقة في احدهما مجازا في الآخر اذ لا يجوز عموم المشترك ولا الجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا على ما عرف

في علم الاصول **قوله** ولا يشترط تأجيله لان اوصافها اثمان قال كثير من ثقات الشراح في شرح قوله اوصافها اي اوصاف الطعام على تأويل الحنطة

انتهى اقول فيه نظر اذ لا شك ان المراد بالطعام في مسئلتنا هذه ما يعم الحنطة وغيرها فكيف يتم تأويل ذلك بالخاص في مقام الاستدلال على العام

واحق عندي ان مرجع الضمير هو الطعام بتأويل كونه اجرة في مسئلتنا هذه فالمعنى ان هذه الاجرة اوصافها او اوصاف اثمان فلا يشترط

تأجيلها بخلاف الكسوة كما سنذكره والعجب ان صاحب العناية بعد ان قال في تفسير قول المصنف ولا يشترط تأجيله اي تأجيل الطعام المسمى

اجرة سلك في تأويل تأنيث ضمير اوصافها مسلك سائر الشراح من التأويل بالحنطة وقد عرفت حاله **قوله** فان هذا ايجاز وليس بارضاع

في الصحاح الوجور الدواء يوجر في وسط الفم اي يصب بقول منه وجرت الصبي واوجرته بمعنى انتهى اقول لقائل ان يقول اذا كان هذا ايجازا ارضاعا فلا

معنى لان يقول في الكتاب في وضع هذه المسئلة وان ارضعته في المدة بلبن شاة بل الظاهر ان يقول وان اوجرته بدل وان ارضعته اللهم ان يحمل

على المشاكلة بما بسته مسئلة استيجار الظئر التي وظيفتها الارضاع تأمل فان قيل الظئر هي اجير خاص او اجير مشترك اجيب بانها اجير خاص على ما دل عليه لفظ المبسوط

فانه قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها او وقع فمات او سرق من حلي الصبي او من ثيابه شيء لم تضمن الظئر شيئا لانها بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد

على منافعها في المدة الا يرى انه ليس لها ان تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والاجير اذا كان في يده انتهى ويحتمل ان تكون اجيرا خاصا وان تكون

اجيرا مشتركا على ما دل عليه لفظ الذخيرة فانه قال فيها فان اجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع صبيا لهم ولا يعلم بذلك اهلها الاولون حتى

يفسخوا هذه الاجارة فارضعت كل واحد منهما وفرغت فقد اتمت وهذه جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين انتهى وجه الدلالة على احتمالها انها

لو كانت اجيرا مشتركا من كل وجه استحقت الاجر من كل وجه لم تستحق الاجر كاملا وقد اتمت بما صنعته ولو كانت اجيرا مشتركا من كل وجه استحقت الاجر

كاملا ولم تأثم فكانت بينهما فقلنا بانها يستحق الاجر كاملا لشبهها بالاجير المشترك وبانها تأثم لشبهها باجير الوحد هذا زبدة ما ذكره صاحب النهاية ههنا واقتفى

اثره صاحب العناية غير انه اعترض على دلالة لفظ المبسوط على كونها اجيرا خاصا حيث قال وفيه نظر لانه قال لانها بمنزلة الاجير الخاص لا عينه انتهى

اقول نظره ساقط فان المراد بدلالة لفظ المبسوط عليه دلالة قوله فان العقد ورد على منافعها في المدة وتنويره بقوله الا يرى انه ليس لها ان تؤجر

نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل فان كلا منهما يدل قطعا على انها اجير خاص لان ورود العقد على المنفعة في المدة وعدم جواز ايجار النفس من غير

المستأجر من خواص الاجير الخاص واما قوله بمنزلة الاجير الخاص فيجوز ان يراد به بمنزلة الاجير الخاص المعروف الذي لا اشتباه فيه لاحد وهذا لا ينافي

ان تكون هي عين جنس الاجير الخاص ثم ان بعض الفضلاء قال ولعل الاولى في الجواب ان يقال ان قدم المستأجر ذكر المدة بان يقول استأجرتك سنة

لترضع ولدي هذا يكون خاصا وان قدم ذكر العمل تكون مشتركا على قياس ما قيل في استيجار الداعي انتهى اقول ليس ذاك الجواب بتام اذ يرد عليه

وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما في ديارنا والمعنى فيه ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنفعة او المحل وحصول الفعل الاجير فلا يعد موفيا بالعقد عادة وهذا في الاجارة اذا استاجر ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب الاجر لان المستاجر ملك الاجر في الحال بالتعجيل نصفا مشتركا بينهما ومن استاجر رجلا ليخيط ثوبا مشترك بينهما لا يجب الاجر

ان يقال لو كانت الظئر اجيرا خاصا على الثبات فيها اذا قدم المستاجر ذكر المدة لما استحقت الاجر كاملا اذا اجرت نفسها من قوم آخرين لترضع صبيانهم مع انها تستحقه كاملا على الفريقين ولكن تاثم كما نقلناه عن الذخيرة وذكر في سائر المعتبرات ايضا وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني بعد استحقاقها الاجر كاملا على الفريقين وهذا لا يشكل اذا قال اب الصغير للظئر استاجرتك لترضعي ولدي هذا ستة بكذا لان الظئر في هذه الصورة اجير مشترك لان الاب اوقع العقد اولا على العمل ان يشكل فيما اذا قال لها استاجرتك ستة لترضعي ولدي هذا بكذا لانها اجير وحد في هذه الصورة لانه اوقع العقد على المدة اولا وليس لاجير للوحد ان يوجر نفسه من آخر واذا آجر لا يستحق تمام الاجر على المستاجر الاول ويأثم والوجه في ذلك ان اجير الوحد في الرضاع يشبه الاجير المشترك من حيث انه يمكنه ايفاء العمل لكل واحد منهما بتمامه كما في الخياط والقصار ثم لو كانت اجيرا وحدا من كل وجه لم يستحق الاجر كاملا على الاول وتاثم بايجار نفسه ولو كانت اجيرا مشتركا من كل وجه استحقت الاجر كاملا ولم تاثم فاذا كانت بينهما قلنا بانها تستحق الاجر كاملا لشبهها بالاجير المشترك وقلنا بانها تاثم لشبهها بالاجير الوحد انتهى فقد ظهر ان مجرد تقديم المستاجر ذكر المدة لا يتم كون الظئر اجيرا وحدا من كل وجه فلا بد من التفصيل واعتبار الشبهين كما ذكر في الذخيرة والمحيط البرهاني واختاره الشارح في الجواب فتدبر **قوله** وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما في ديارنا قال صاحب العناية فان قيل اذا كان عرف ديار على ذلك فهل يترك به القياس قيل لا لانه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص فمثله لا يترك بالعرف انتهى وقال بعض الفضلاء سيجيء من المص في اوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث اطلق القياس على ما في معنى قفيز الطحان وقال يترك بالعرف كالاستصناع فراجعه انتهى اقول ما سيجيء من المص في اوائل كتاب المزارعة ليس بمخالف لما ذكره صاحب العناية فان المص بعد ان بين في اول كتاب المزارعة ان المزارعة فاسدة عند ابي حنيفة رحمه الله وجائزة عند صاحبيه وذكر الدليل من الجانبين قال الا الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع انتهى ولا يقتضي ذلك ان يطلق القياس على كل ما في معنى قفيز الطحان بل انما يقتضي ان يطلقه على المزارعة وهي في معنى قفيز الطحان من وجه اي من حيث انها استيجار ببعض ما يخرج من عمله كما ذكر في الدليل ابي حنيفة رح على فسادها وفي معنى المضاربة من وجه اي من حيث انها عقد شركة بين المال والعمل كما ذكر في الدليل الامامين على جوازها بخلاف ما نحن فيه فانه في معنى قفيز الطحان من كل وجه لانه استيجار محض ليس فيه شائبة المضاربة فلهذا قيل انه ثابت بدلالة النص دون القياس ولئن سلم مخالفة ما سيجيء من المص هناك لما ذكره صاحب العناية ههنا فلا نسلم فيما نحن فيه تخريجين احدهما انه ثابت بدلالة النص فلا يترك بالعرف وهو مختار شمس الائمة السرخسي وثانيهما انه موجب القياس فيترك بالتعامل كالاستصناع وهو مختار شمس الائمة الحلواني واستاذه القاضي الامام ابي علي النسفي كما فصل في المبسوط وغيره وذكر في النهاية ومعراج الدراية ايضا ما ذكره صاحب العناية ههنا على ما اختاره شمس الائمة السرخسي قطعا وما ذكره المص في المزارعة يجوز ان يكون على ما اختاره شمس الائمة الحلواني واستاذه فاذا كان عامة المخالفة بين الكلامين على اختلاف القولين في المسئلة فلا باس بها **قوله** وهذا بخلاف ما اذا استاجر ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب الاجر لان المستاجر ملك الاجر في الحال بالتعجيل الى آخره قال الامام الزيلعي في شرح الكنز بعد ذكر هذه المسئلة مع دليلها المزبور هكذا قالوا وفيه اشكالان احدهما ان الاجارة فاسدة والاجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كانت عينا او دينا على ما بيناه من قبل فكيف ملك ههنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل والثاني انه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الاجر ينافي الملك لانه لا يملكه اذا ملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وباي سبب يملكه انتهى كلامه اقول من كل اشكاليه ساقط اما الاول فلانه لا ريب ان وضع المسئلة فيما اذا استلم الى الاجير كل الطعام كما يفهم عنه

لا يستحق

قولهم في قضيته الان المستاجر يملك الاجرة في الحال بالتاجيل او تعجيل الاجرة انما يكون تسليم الاجير في الحال وقد صرح بذلك في تحرير نفس المسئلة كثير من الثقات منهم صاحب النهاية
حيث قال ان هذه المسئلة على ثلاثة اوجه فاذا استاجر جملا ليحمل له كرخلة الى بغداد مثلا بنصفه كانت الاجارة فاسدة وللاجير اجر مثله ان كان بلغ الى بغداد ولا يجاوز به قيمة نصف الكر والثانية
ان يستاجره ليحمل نصفه الى المكان المعين بنصفه الباقي ويدفع اليه كله ولا اجر له هنا والتي ذكرها في الكتاب بقوله بخلاف ما اذا استاجر ليحمل نصف طعامه
بالنصف الآخر هذه المسئلة وهي من مسائل اجارات الجامع الكبير انتهى واراد الثاني فلان المنافاة بين قولهم ملك الاجرة في الحال وبين قولهم لا يستحق الاجر
ولا يجب الاجر ممنوعة اذ معنى الاول انه ملك الاجرة ابتداء بموجب العقد وتسليم الاجير الى الاجير بالتعجيل ومعنى الثاني انه لا يستحق الاجر لبطلان العقد قبل العمل
بعد ان ملك الاجرة بالتسليم بسبب ان ما شرط كان في الطعام قبل ايفاء شيء من العقود عليه ولا يذهب عليك انه لا تنافي بين هذين المعنيين بل الاول منهما يوافق
الثاني ويدل على هذا التوفيق قطعا ما ذكره صاحب النهاية في تعليل هذه المسئلة نقلا عن الجامع الكبير لشمس الائمة السرخسي وصدر الاسلام الحميدي حيث
قال واما في المسئلة الثانية وهي ما اذا استاجره ليحمل نصفه الى بغداد بنصفه الباقي ويدفع اليه فانما سلمه اليه على سبيل التمليك النصف الكر من قبل ان البدل
نصف كر مطلق لا نصف كر محمول الى بغداد فصار تسليم الكر اليه معجلا للاجرة فملكها بنفس القبض واذا ملكه بالتسليم بطل العقد قبل العمل لانه صار شريكا
في الكر قبل ايفاء شيء من المعقود عليه وما قبل التسليم في الاجارة بمنزلة ابتداء العقد فلو ابتداء العقد على العمل فرضي العامل فيه شريك المستاجر بطلت الاجارة فكذلك هنا واذا بطلت الاجارة
لم يجب الاجر كذا في الجامع الكبير لشمس الائمة السرخسي وصدر الاسلام الحميدي الى هنا لفظ النهاية وبهذا ظهر انه لا حاجة في دفع الاشكال الثاني من فنيك الاشكالين
الى ما هو تعسف فيه بعض الفضلاء حيث قال لعل مرادهم نفي الملك لان وجوده يؤدي الى عدمه وهو كذلك باطل فقولهم ملك الاجرة في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير فيكون تقدير الكلام
لو وجب الاجير في الصورة المفروضة لملك الاجير الاجرة في الحال بالتعجيل والتالي باطل اذ حينئذ يكون مشتركا بينهما فيفضي الى عدم وجوب الاجر
وكل لازم يؤدي فرض وجوده الى انتفاء ملزومه يكون باطلا فكذا هذا انتهى كلامه **قوله** لان ما من جزء عمله الا وهو عامل لنفسه قال بعض الفضلاء
فيه بحث فانه في كل جزء عامل لغيره ايضا فلا معنى للحصر واثبات المطلوب لا يتوقف عليه الا ان يحمل على المبالغة في التشبيه اي هو كعامل لنفسه انتهى
اقول هذا البحث غير متمش اصلا لانه انما يلزم الحصر من كلام المصنف لو كان معناه الا وهو عامل لنفسه فقط اما اذا كان معناه الا وهو عامل لنفسه
لما هو عامل لغيره ايضا فلا حصر فيه فلا معنى لقوله فلا معنى للحصر اذ لم يتعين الحصر فيه فالوجه في تمشية البحث هنا توسيع الدائرة بان يقال ان كان
المراد انه عامل لنفسه فقط فهو ممنوع وان كان المراد انه عامل لنفسه ولغيره فعدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا ينافي استحقاقه على فعله لغيره فلا يتم التشبيه
وسيأتي تتمة هذا الكلام فيما بعد ان شاء الله تعالى **قوله** لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح
اقول لقائل ان يقول لم لا يكون تقديم ذكر العمل مرجحا لكون العمل معقودا عليه كما كان كذلك في مسئلة الراعي على ما صرحوا به في معتبرات الفتاوى
بلا ذكر خلاف هناك فتامل **قوله** لان موجر الارض ليس مستاجرا منافع الاجير الى آخره قال بعض الفضلاء هذا دليل آخر على اصل المدعى فالظاهر ان يقال
ولان بالواو انتهى اقول ليس الامر كما زعمه فان قوله لان موجر الارض الى آخره دليل على قوله وهذا حاله يوجب الفساد لا على اصل المدعى فالظاهر
ترك الواو كما وقع **قوله** وقيل ان يكريها مرتين في موضع يخرج الارض الربع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة قال الشراح انما قيد بهذين القيدين
اي بالكراب مرة ويكون المدة سنة لانه اذا اشترط ان يكريها مرتين في موضع لا يخرج الارض الربع الا بالكراب مرتين او كانت تخرجه بالكراب مرة الا ان
مدة الاجارة كانت ثلاث سنين لا يكون هذا الشرط مفسدا للعقد لانه يكون في الاول من مقتضيات العقد وفي الثاني ليس فيه منفعة لصاحب الارض فيجوز

ولنا ان الجنس بانفراده لا يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة والى هذا اشار محمد رح

وعبارة الكفاية والثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء اثره بعد المدة وقال بعض الفضلاء وانت خبير بان الثاني ايضا من مقتضيات العقد وقوله ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة ممنوع بل فيه نفع للمستاجر حيث لا يتاتى زراعته الا به انتهى اقول ليس شيء من نظري كلامه بسديد اما نظره الاول فلانه اذا كانت الارض تخرج الربع بالكراب مرة ولكن كانت مدة الاجارة ثلاث سنين كما هو المراد بالثاني فلا شك ان الكراب مرتين في هذه الصورة لا يكون من مقتضيات العقد لتقطع بحصول المقصود بالعقد فيها بالكراب مرة واحدة من غير حاجة الى الكراب مرة اخرى وما حصل المقصود بالعقد بدونه كيف يكون من مقتضياته واما نظره الثاني فلانه اذا كانت الارض تخرج الربع بالكراب مرة فهل يقول العاقل لا يتاتى الزراعة هناك الا بالكراب مرتين حتى يتوهم النفع للمستاجر في اشتراط الكراب مرتين في موضع تخريج الارض الربع بالكراب مرة كانت المدة ثلاث سنين ومن قال من الشراح ليس فيه منفعة لصاحب الارض فانما خص صاحب الارض بالذكر بناء على عدم احتمال النفع فيه اصلا للمستاجر لان له نفعا فيه والا لا يتم التقريب كما لا يخفى قوله ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة الى هذا اشار محمد رحمه الله وهو ما حكي ان ابن سماعة كتب من بلخ الى محمد بن الحسن في هذه المسئلة وقال لم لا يجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار فكتب محمد في جوابه انك اطلت الفكرة فاصابتك الحيرة وجالست الجهال فكانت منك زلة اما علمت ان السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نساء والجهال قسم محدث كان ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها كذا في شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام والفوائد الظهيرية وذكر في عامة شروح هذا الكتاب ايضا قال صاحب العناية في هذا الطريق من الاستدلال بحث من وجهين الاول ان النساء ما يكون عن اشتراط اجل في العقد وتاخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك لانا لا نسلم ان النساء انما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك فيما نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدثان شيئا فشيئا واجيب عن الاول بانه لما اقدما على عقد يتاخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئا فشيئا كان ذلك ابلغ في وجوب التاخير من المشروط فالحق به الادلة احتياطا عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان في النساء شبهة الحرمة فبالالحاق به يكون شبهة الشبهة وهي ليست بحرمة والجواب ان الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالالحاق تثبت الشبهة لا شبهتها وعن الثاني بان الذي لم تصحبه النيابة تقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما يصحبه لتعذر انها فيه ولزوم وجود احدهما حكما وعدم الآخر وتحقق النساء الى هنا كلامه اقول في الجواب عن الوجه الثاني بحث من وجهين الاول انه اذا اقيم العين مقام المنفعة في احد الطرفين دون الطرف الآخر واعتبر ذلك العين الموجود في الحال معقودا عليه في العقد لا يتحقق المجانسة بين البدلين اذ لا مجانسة بين العين والمنفعة فلا يوجد في العقد ما يحرم النساء فلا يتم المطلوب والثاني ان هذا الجواب ايضا في الجواب المذكور عن الوجه الاول لان مقتضى هذا الجواب ان يكون المعقود عليه فيما نحن فيه هو العين القائم مقام المنفعة ومقتضى ذلك الجواب ان يكون المعقود عليه فيه هو نفس المنفعة لانها الذي يتاخر ويحدث شيئا فشيئا فكان بينهما تدافع فان قلت المعقود عليه فيه حقيقة نفس المنفعة وحكما العين القائم مقام المنفعة فمدار الجواب عن الاول على الحقيقة ومدار الجواب عن الثاني على الحكم فلا تنافي بينهما قلت في جعل الحكم الاول مرتبا على الحقيقة والثاني مرتبا على الحكم دون الثاني تحكم بل احتيال لفساد العقد ولم يجعل الامر بالعكس تصحيحا للعقد حتى يكون اوفق بقاعدة الشرع وهي وجوب تصحيح تصرف العاقل جهدا ممكن ثم قال صاحب العناية ويجوز ان يسلك طريقا آخر وهو ان يقال المدعى ان هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه اما ان يكون موجودا او لا فان كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه انتهى اقول فيه ايضا بحث لانه ان اراد بالمعقود عليه الذي رده ما هو المعقود عليه حقيقة وهو المنفعة يختار الشق الثاني من الترديد ويكون

ولو من الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون ان كان يعقل وهو مجور عن القتال فعلى الخلاف وان كان ماذونا له في القتال فانه يصح بالاتفاق

له مولاه في القتال وقال محمد يصح وهو قول الشافعي وبه قال مالك واحمد وابو يوسف في رواية لاطلاق الحديث المذكور وهو قوله ويسعى بذمتهم ادناهم ولما روى ابو موسى الاشعري من قوله عليه الصلوة والسلام ان العبد امان ولانه مومن ممتنع اي له قوة يمتنع بها ويضر غيره فيصح امانه اعتبارا بالماذون له في القتال والمؤيد من الامان وهو عقد الذمة فان العبد المجور اذا عقد الذمة لاهل مدينته صح ولزم وصاروا اهل ذمة فهذا وهو الموقت من الذمة اولى بالصحة وهذا لان ذلك تمام المؤثر في صحة الامان الايمان فانه شرط للعبادات والجهاد من اعظمها واما اعتبار الامتناع فلتحقق ازالة الخوف وبذلك تحقق المؤثر الجامع بين الاصل والفرع وهو اعزاز الدين واقامة مصلحة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة لا فيما لا مصلحة فيه وانما لا يملك المسابقة اي الجهاد بالسيف لتعريض منافعه المملوكة للمولى على الفوات بان يقتل وهذا المانع انما يؤثر في الجهاد بذلك الوجه لا بوجه اعطاء الامان لمصلحة المسلمين فلم يبق بينه وبين المجور في هذا النوع من الجهاد فرق فيجب اعتباره منه ولابي حنيفة ومالك في رواية سحنون عنه انه مجور عن القتال فلا يصح امانه لانتفاء الخوف منه فلم يلاق الامان محله وهو الخائف من المومن فلم يحصل المؤثر وهو الاعزاز لانه من لا يخاف منه ولا المصلحة لان الظاهر انه يخطي لان معرفة المصلحة في الامان انما يقوم بمن يباشر القتال وهو الماذون لانه اورى بالامر من غير المحاربين له وفي خطائه سد باب الاستغنام على مولاه وعلى المسلمين فلم يعبر عن احتمال الضرر احتمالا راجحا بخلاف العبد الماذون وبخلاف الامان المؤبد لاعطاء الجزية لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة الى الاسلام ولكل مسلم عبدا وحر ذلك لانه مقابل بالجزية فالمصلحة للسيد ولعامة المسلمين محققة فيه لانه مفروض عند مسالمتهم لان الله تعالى امرنا بقتالهم بقوله تعالى حتى يعطوا الجزية ففي عقد الذمة لهم اسقاط الفرض عن الامام وعن عامة المسلمين وهو لذلك يقع محققا فافترقا واعلم ان وجه العامة تضمن قياسين قياس امان المجور على امان الماذون في القتال وقياس امان المجور على عقد الذمة من المجور ولا شك ان فرق ابي حنيفة في الثاني متجه واما وجه القياس الاول فلانه ان فرق بانه لا يخاف منه والاخر يخاف فالظاهر ان ذلك بالنسبة الى اهل الحرب غير معلوم فانهم لا يعرفون الماذون له فيخافونه من غيره فلا يخافونه بل كل من اذن مع المسلمين سوى البينة فهو مخوف لهم واما بان الظاهر خطاؤه في المصلحة فلا تاثير له لان الامان غير لازم اذا لم تكن فيه مصلحة بل اذا كان كذلك ينبذ اليهم الامام به نعم الاستدلال بالحديث المروي عن ابي موسى غير تام لانه حيث لا يعرف فان قلت فقد روى عبد الرزاق حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان عن فضيل بن يزيد الرقاشي قال شهدت قرية من قرى فارس يقال لها شاشا فحاصرناها شهرا حتى اذا كنا ذات يوم وطمعنا ان نصبهم انصرفنا عنهم عند المقتل فتخلف عبد منا فاستامنوه فكتب اليهم امانا ثم رمى به اليهم فلما رجعنا اليهم خرجوا الينا في ثيابهم ووضعوا اسلحتهم فقلنا ما شانكم فقالوا انتم نا واخرجوا الينا السهم فيه كتاب امانهم فقلنا هذا عبد والعبد لا يقدر على شيء قالوا لا ندري عبدكم من حركم وقد خرجنا بامان فكتبنا الى عمر فكتب ان العبد المسلم من المسلمين وامانه امانهم ورواه ابن ابي شيبة وزاد فاجاز عمر امانه فالجواب انها واقعة حال فجاز كونه ماذونا له في القتال وايضا جاز كونه مجورا لانه كان عقد ذمة وانه يصح منه والله اعلم الا ان اطلاق عمر قوله العبد المسلم من المسلمين وامانه امانهم في رواية عبد الرزاق يقتضي انه اطلق بذلك الحديث جيد وفضيل بن يزيد الرقاشي وثقه ابن معين **قوله** وان امان الصبي وهو لا يعقل لا يصح باجماع الائمة الاربعة كالمجنون

باب الغنائم وقسمتها

[illegible] بلدة عنوة اي قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمها بين المسلمين كما فعل رسول الله عليه السلام بخيبر

وان كان يعقل وهو مجنون عن القتال فعلى الخلاف بين اصحابنا لا يصح عند ابي حنيفة ويصح عند محمد ويقول ابي حنيفة قال الشافعي واحمد في وجه لان قوله غير معتبر لطلاقه وعتاقه ويقول محمد قال مالك واحمد وان كان ماذونا له في القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق بين اصحابنا وقال مالك واحمد ولانه تصرف دائر بين النفع والضرر فيملكه الصبي الماذون والمراد بكونه يعقل ان يعقل الاسلام ويصفه واضاف ابا يوسف الى ابي حنيفة في السير الكبير في عدم الصحة وانما قال المص والاصح والله اعلم لانه اطلق المنع في الصبي المراهق عن ابي حنيفة كما نقله الناطفي في الاجناس ناقلا عن السير الكبير فقال قال محمد الغلام الذي بلغ الحلم وهو يعقل الاسلام وانه ثم قال وهذا قول فاما عند ابي حنيفة وابي يوسف فلا يجوز وكذا وقع الاطلاق في كفاية البيهقي فقال لا يجوز امان الصبي المراهق ما لم يبلغ عند ابي حنيفة وعند محمد يجوز اذا كان يعقل الاسلام وصفاته وكذا التحليل العقل لانه من اهل القتال كالبالغ الا انه يعتبر ان يكون مسلما بنفسه فهذا كما ترى اجرى الخلاف في الصبي مطلقا قال المص والاصح التفصيل بين كون العاقل مجنونا عن القتال او ماذونا له فيه ففي الثاني لا خلاف في صحة الامان هذا ومن الفاظ الامان قولك للحربي لا تخف ولا توجل او مترس او لكم عهد الله او ذمة الله ثم او تعال فاسمع الكلام ذكره في السير وقال الناطفي في السير الكبير سالت ابا حنيفة عن الرجل يشير باصبعه الى السماء لرجل من العدو فقال ليس هذا بامان وابو يوسف استحسن ان يكون امانا وهو قول محمد رحمة الله عليهم اجمعين ٭

باب الغنائم وقسمتها لما ذكر قتال الكفار وذكر ما ينتهي من المواد عنه ذكر ما ينتهي اليه غالبا وهو القهر والاستيلاء على النفوس والاموال وانما كان ذلك غالبا لاستقراء تاييد الله تعالى جيوش المسلمين ونصرتهم في الاكثر قوله واذا فتح الامام بلدة عنوة يجوز في الواو ما تقدم في قوله واذا حاصر الامام وفسر المص العنوة بالقهر وهو عنده لان منه عنى يعني عنوة اذا ذل وخضع ومنه وعنت الوجوه للحي القيوم وانما المعنى فتح بلدة حال كون اهلها ذوي عنوة اي ذل وذلك يستلزم قهر المسلمين لهم وفيه وضع المصدر موضع الحال وهو غير مطرد الا في الفاظ عند بعضهم واطلاق اللازم وارادة الملزوم في غير التعاريف بل ذلك في الاخبارات على ان يراد معنى المذكور لا المجازي لكن لتنتقل منه الى آخر هو المقصود بتلك الارادة كالكثير الرماد ولو اراد به نفسه الجود كان مجازا من المسبب في السبب الوجه انه مجاز اشتهر فان عنوة اشتهر في نفس القهر عند الفقهاء فجاز استعماله فيه لنفسه تعريفا واذا فتح الامام بلدة عنوة فهو بالخيار ان شاء قسمه اي البلد بين الغانمين مع رؤس اهلها استرقاقا واموالهم بعد اخراج الخمس لجهالته وان شاء قتل مقاتليهم وقسم ما سواهم من الارض والاموال والذراري ووضع على الاراضي المقسومة العشر لانه ابتداء التوظيف على المسلم وان شاء من عليهم برقابهم وارضهم واموالهم فوضع الجزية على الرؤس والخراج على ارضهم من غير نظر الى الماء الذي يسقى به اذ هو ماء العشر كماء السماء والعيون والاودية والابار وماء الخراج كالانهار التي شقتها الاعاجم لانه ابتداء التوظيف على الكافر واما المن عليهم برقابهم وارضهم فقط فمكروه الا ان يدفع اليهم من المال ما يتمكنون به من اقامة العمل والنفقة على النفس وعلى الاراضي الى ان يخرج الغلال والا فهو تكليف بما لا يطاق واما المن عليهم برقابهم مع المال دون الارض او برقابهم فقط فلا يجوز لانه اضرار بالمسلمين بردهم حربا علينا الى دار الحرب نعم له ان يبقيهم احرارا ذمة بوضع الجزية عليهم بلا مال يدفعه اليهم فيكونوا فقراء يكتسبون بالسعي والاعمال وله ان يقتلهم وله ان يسترقهم

والنساء اقرا اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج كذلك فعل عمر رض بسواد العراق بموافقة من الصحابة رض ولم يشهد من خالفه وفي كل من ذلك قدوة فيتخير وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني وهذا في العقار اما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه

كما سيذكره اذ قد قيل الاولى الاول وهي قسمة الاراضي وغيرها اذا كان بالمسلمين حاجة والثاني عند عدمها ثم استدل على جواز قسمة الارض بقسمته عليه الصلاة والسلام خيبر لما في البخاري عن زيد بن اسلم عن ابيه قال قال عمر رض لولا اخر المسلمين ما فتحت بلدة ولا قرية الا قسمتها بين اهلها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر ورواه مالك في الموطا اخبرنا زيد بن اسلم عن ابيه قال سمعت عمر رض يقول لولا ان يترك اخر الناس لا شيء لهم ما فتح المسلمون قرية الا قسمتها بينهم كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر بينهم فظاهر هذا انه قسمها كلها والذي في ابي داود بسند جيد انه قسم خيبر نصفين نصفا لنوائبه ونصفا بين المسلمين قسمها بينهم على ثمانية عشر سهما واخرج البيهقي من طريق محمد بن فضيل عن يحيى بن سعيد عن بسر بن يسار عن رجال من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قسمها على ستة وثلثين سهما جمع كل سهم مائة سهم يعني اعطى لكل مائة رجل سهما وكان الفا وثمانمائة سهم وسيأتي لمن رجال غزوة خيبر الف والبقية والخيل مائتان في رواية كان الخيل الفا وخمسمائة منهم ثلثمائة فارس فاعطى الفارس سهمين واعطى الرجل يعني صاحبه سهما وقد جاء بيانا وكذلك في رواية البيهقي وكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم وللمسلمين النصف من ذلك وعزل النصف من ذلك لمن ينزل به من الوفود والامور ونوائب المسلمين وحاصل هذا ان نصف النصف لنوائب المسلمين وهو معنى مال بيت المال ثم ذكر من طريق آخر بين ان ذلك النصف كان الوطيح والكتيبة والسلالم وتوابعها فلما صارت الاموال بيد رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين لم يكن لهم عمال يكفونهم عملها فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود فعاملهم واوصى في كتاب الاموال فعاملهم بالنصف ما يخرج منها فلم يزل حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر حتى كان عمر فكثر العمال في المسلمين وقووا على العمل فاجلا عمر رض اليهود الى الشام وقسم الاموال بين المسلمين الى اليوم وقد اختلف اصحاب المغازي في ان خيبر فتحت كلها عنوة او بعضها صلحا وصحح ابو عمر بن عبد البر الاول وروى موسى بن عقبة عن الزهري الثاني وغلطه ابن عبد البر فانما دخل ذلك من جهة الحصنين اللذين اسلمهما واهلهما في حقن دمائهم وهما الوطيح والسلالم كما روي انه صلى الله عليه وسلم لما حاصرهم فيهما حتى ايقنوا بالهلاك سألوه ان يسيرهم وان يحقن لهم دماءهم ففعل فجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم الاموال وجميع الحصون الا ما كان من ذينك الحصنين الى ان قال فلما لم يكن اهل ذينك الحصنين مغنومين ظن ان ذلك صلح ولعمري انه في الرجال والنساء والذرية لضرب من الصلح ولكنهم لم يتركوا ارضهم بالحصار والقتال وكان حكمها لحكم سائر ارض خيبر كلها عنوة مقسومة بين اهلها الى ان قال ولو كان صلحا لملكها اهلها كما يملك اهل الصلح ارضهم وسائر اموالهم فالحق في ذلك ما قاله ابن اسحق عن الزهري اي انها فتحت عنوة دون ما قاله موسى بن عقبة عنه انتهى **قوله** فان شاء اقر اهلها اي قوله هكذا فعل عمر بسواد العراق لا شك في اقرار عمر رض اهل السواد ووضع الخراج على اراضيهم على كل جريب عامر او غامر عمله صاحبه او لم يعلم درهما وقفيزا وفرض على جريب الكرم عشرة وعلى الرطاب خمسة وفرض على رقاب الموسرين في العام ثمانية واربعين وعلى من دونه اربعة وعشرين وعلى من لم يجد شيئا اثني عشر درهما فحمل في اول سنة الى عمر ثمانون الف الف درهم وفي السنة الثانية مائة وعشرين الف الف درهم الا ان في المشهور عن اصحاب الشافعي انها فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فجعلت لاهل الخمس والمنقولات للغانمين والصحيح المشهور عندهم انه لم يخصها باهل الخمس لكنه استطاب قلوب الغانمين واستردها وردها على اهلها بخراج يؤدونه كل سنة وقال بن شريح باعها من اهلها بثمن منجم والمشهور في كتب المغازي ان السواد فتح عنوة وان عمر رض فطف ما ذكرنا ولم يقسمها بين الغانمين محتجا بقوله تعالى افاء الله على رسوله الى قوله والذين جاؤا من بعدهم الآية لله ولرسوله والذين جاؤا من بعدهم وانما يكون لهم بالمن بوضع الخراج

وفي العقار خلاف الشافعي لان في ابطال حق الغانمين او ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل لقتله بخلاف الوقف لان للامام ان يبطل حقهم اصلا بالقتل والحجة عليه ما روينا ولان فيه نظرا لاهلهم كاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن هو تفوته صرفا لانه يخطئ الذين يأتون من بعد والخراج وان قل حالا فقد جل مآلا لان ما يؤخذ من عليهم بالرقاب الاراضي يدفع اليهم من المغلات تقسيما بينهما لهم العمل بخراج عن جدا الزراعة قال وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم لانه عليه السلام قد قتل ولان فيه حسم مادة الفساد وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا الا في مشركي العرب والمرتدين على ما نبين ان شاء الله تعالى ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب لان فيه تقويتهم على المسلمين فان اسلموا لا يقتلهم لان دفاع الشر بدونه وله ان يسترقهم توفيرا للمنفعة بعد انعقاد السبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد السبب بعد

والجزية ولما عمر خص هذه الآية ولم يخالفه احد الا نفر يسير كبلال وسلمان ونقل عن ابي هريرة فدعا عمر رضي الله عنه على المنبر فقال اللهم اكفني بلالا واصحابه قال في المبسوط فلم يحمد واذ موا وجعلوا رايه وبدل على ان قسمة الاراضي ليس حتما ان مكة فتحت عنوة ولم يقسم النبي صلى الله عليه وسلم ارضها ولهذا ذهب الشافعي الى ان يخير والفتح تصير الارض وقفا للمسلمين وهو اوري بالاخبار والآثار ودعواهم ان مكة فتحت صلحا لا دليل عليها بل على نقيضها الا ترى انه ثبت في الصحيح من قوله عليه الصلوة والسلام من دخل دار ابي سفيان فهو امن ومن اغلق بابه عليه فهو امن ولو كان صلحا لامنوا كلهم به بلا حاجة الى ذلك ولما ثبت من اجارته ام هانى من اجارته وما افتها عليا عن قتله وامره عليه الصلوة والسلام بقتل ابن خطل بعد دخوله وهو متعلق باستار الكعبة واظهر من هذا كله قوله عليه الصلوة والسلام في الصحيحين ان الله تعالى حرم مكة يوم خلق السموات والارض لا يسفك بها دم الى ان قال فان احد ترخص لقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقولوا ان الله اذن لرسوله ولم يأذن لكم فقوله لقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم صريح في ذلك قوله وفي العقار خلاف الشافعي وفنده لقسم الكل لان في المن بالارض ابطال حق الغانمين على قولكم او ملكهم على قولنا فلا يجوز للامام ذلك بلا بدل يعادله والخراج لا يعادل لقلته بالنسبة الى رقبة الارض بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم راسا بالقتل والحجة عليه ما روينا من فعل عمر رض مع وجود الصحابة فلم يعارضوه فكان اجماعا فان قيل لا ينعقد الاجماع بمخالفة بلال ومن معه اجيب بانه لم يسوغ اجتهادهم بدليل ان عمر دعا عليهم ولو سوغوا لهم ذلك لما دعا على المخالف لان فيه نظرا للمسلمين لانهم يصيرون كاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة مع ارتفاع المؤن عن المسلمين وفي هذا من النظر ما لا يخفى مع انه يخطئ به الذين يأتون من بعد فيحصل عموم النفع للمسلمين والخراج وان قل حالا فقد جل مآلا فربما يحصل منه على طول الزمان اضعاف قيمة الارض قوله وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم يعني اذا لم يسلموا لانه عليه الصلوة والسلام قد قتل من الاسرى اذ لا شك في قتل عقبة بن ابي معيط من اسارى بدر والنضر بن الحارث الذي قالت فيه اخته قبيلة الابيات التي منها يا راكبا ان الاثيل منطقة ... من صبح خامسة وانت موفق ... ابلغ بها ميتا بان تحية ... ما ان تزال بها الركائب تخفق ... منى اليك وعبرة مسفوحة ... جادت لوا كفها واخرى تخنق ... الابيات لطعيمة بن عدي وهو اخو المطعم بن عدي واما ما قال هشيم انه قتل المطعم بن عدي فغلط بلا شك وكيف وهو عليه الصلوة والسلام يقول لو كان المطعم بن عدي حيا لشفعته في هؤلاء النتنى ولان في قتلهم حسم مادة الفساد والكائن منهم بالكلمة وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المصلحة لاهل الاسلام ولهذا قلنا ليس لواحد من الغزاة ان يقتل اسيرا بنفسه لان الرأي فيه الى الامام فقد يرى مصلحة المسلمين في استرقاقهم فليس له ان يتناول عليه وعلى هذا فلو قتل بلا مجيء بان خاف القاتل شر الاسير كان له ان يعزره اذا وقع على خلاف مقصوده ولكن لا يضمن لقتله شيئا وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا من ان عمر فعل ذلك في اهل السواد وقوله الا مشركي العرب والمرتدين يعني اذا اسروا فان الكلام في الاسارى وتحقيق الاسر في المرتدين اذا غلبوا وصاروا حربا على ما نبين ان شاء الله تعالى في باب الجزية من انه لا يقبل منهم جزية ويجوز استرقاقهم قبل ما الاسلام واما السيف فان اسلم الاسارى بعد الاسر لا يقتلهم لان الغرض من قتلهم دفع شرهم وقد اندفع بالاسلام ولكن يجوز استرقاقهم لان الاسلام لا ينافي الرق جزاء على الكفر الاصلي وقد وجد بعد انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء على الحربي غير المشرك من العرب بخلاف ما لو اسلموا قبل الاخذ لا يسترقون ويكونون احرارا لان الاسلام قبل

قال والمتاع امانة في يده فان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح ويضمنه عندهما الا من شيء غالب كحريق الغالب لعدو الكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالنصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة رح ان العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه وهذا الهلاك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا يضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا وهذا لا يقابله الاجر بخلاف الوديعة بالاجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر

وقال بعض الفضلاء يعني لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك ايضا لان التقديم كل منهما على الآخر وجها اما المشترك فلانه بمنزلة العام بالنسبة الى الخاص مع كثرة مباحثه واما الخاص فلانه بمنزلة المفرد من المركب لكن تقديم المشترك هنا لان الباب باب ضمان الاجير وذلك في المشترك فتامل فان كان ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه الى هنا كلامه اقول ما ذكره بقوله لكن تقديم المشترك هنا الى آخره ليس بتام اما اولا فلان معنى باب ضمان الاجير اثباتا ونفيا كما اشار اليه نفسه ايضا فيما قبل بقوله او المراد وهو الضمان وجودا وعدما والا اي وان لم يكن معناه ذلك بل كان معناه باب اثبات الضمان لزم ان لا يصح عنوان الباب على قول ابي حنيفة رح اصلا اذ لا ضمان عنده على احد من الاجير المشترك والاجير الخاص وان لا يصح ذلك عندهما ايضا الا في بعض صور من مسائل الاجير المشترك وحده كما ستحيط به خبرا وهذا مما لا ينبغي ان يرتكب فاذا كان معنى عنوان الباب بالعموم اثبات الضمان ونفيه كان نسبته الى المشترك والخاص على السواء ثم فلا يتم قوله وذلك في المشترك واما ثانيا فلان الطرفين اذا كانا متساويين لم يحتج هناك الى وجه يرجح اختيار احد الطرفين بل لم يتصور هناك ذلك وانما يكون ذلك مرجح احد الطرفين هنالك نفس الاختيار لا غير كما اشرنا اليه في تقرير مراد صاحب العناية وقد تقرر في العلوم العقلية ان ترجيح احد المتساويين بالاختيار جائز وان المحال ترجح احدهما من غير مرجح فظهر ان قوله فان بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك مما لا يضر بتمام ما ذكره وقوله وكان لا بد منه مما لا صحة له نعم يمكن منع تساوي الطرفين فيما نحن فيه لكنه امر آخر مغاير لما قاله فتدبر وقال صاحب العناية فان قلت هذا يعني تعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل تعريف بول عاقبته الدور لان هذا حكم لا يعرفه الا من يعرف الاجير المشترك ثم لو كان عارفا بالاجير المشترك لا يحتاج الى هذا التعريف ولو لم يكن عارفا به قيل هذا لا يحصل له تعريف الاجير المشترك لانه يحتاج الى السؤال عمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل بمن هو فلا بد للمعرف ان يقول هو الاجير المشترك وهو عين الدور قلت نعم كذلك الا ان هذا تعريف للخفي بما هو اشهر منه في عموم المتعلمين او هو تعريف لما لم يذكر فيما قد سبق ذكره لانه ذكر قبل هذا استحقاق الاجير بالعمل بقوله او باستيفاء المعقود عليه في باب الاجير متى يستحق وصار كانه قال وما عرفته ان الاجير الذي يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهذا الاجير المشترك الى هنا كلامه اقول في الجواب خلل اما اولا فلان قوله في اول الجواب نعم كذلك اعتراف بلزوم الدور وما يستلزم الدور يتعين فساده ولا يمكن اصلاحه فما معنى قوله بعد ذلك الا ان هذا تعريف للخفي الى آخره واما ثانيا فلان كون الاجير المشترك خفيا وما ذكر في التعريف اشهر منه ممنوع كيف ولو كان كذلك لما صح الجواب اذ السؤال عمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل بمن هو الاجير المشترك واما ثالثا فلان المذكور في باب الاجير متى يستحق بقوله او باستيفاء المعقود عليه غير مختص بالاجير المشترك بل هو حكم مشترك بين الاجير المشترك والاجير الخاص فانهم صرحوا هناك بسبب استحقاق الاجير مطلقا للاجرة في معان ثلثة هي شرط التعجيل والتعجيل من غير شرط واستيفاء المعقود عليه ولو كان هذا المعنى الثالث مختصا بالاجير المشترك لزم ان لا يستحق الاجير الخاص الاجرة اصلا فيما اذا لم يشترط التعجيل ولم يعجل وهو ظاهر البطلان واذا كان المذكور فيما سبق بقوله او باستيفاء المعقود عليه حكما عاما للاجير الخاص ايضا فكيف يصح ان يقال في توجيه معنى تعريف الاجير المشترك ههنا بما ذكر فصار كانه قال وما عرفته ان الاجير الذي لا يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك ثم ان صاحب العناية ذكر خلاصة السؤال والجواب المذكورين في النهاية بعبارة اخرى حيث قال قيل وتعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل ايضا تعريف دوري لانه لا يعلم من يستحقها قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فيكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور واجيب بانه قد علم مما سبق في باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجر يستحق الاجرة بالعمل فلم يتوقف معرفته على معرفة المعرف انتهى اقول اصلح الجواب في الجملة كما ترى ولكن فيه ايضا خلل لانه ان اراد بما علم مما سبق في ذلك الباب

النهاية

قال ان ما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وذلك الخياط والقطاع الحبل الذي يشد به المتاعي الى ظهر الدابة من عقده فضمنوه عليه
وقال زفر والشافعي لا ضمان عليه لانه امين بالفعل مطلقا فيتظهر بنوعيه العيب والسليم وصار كاجير الوحد ومعين الفتاوى

ما ذكره هناك بقوله او استيفاء المعقود عليه كما صرح به في النهاية يرد عليه ما ذكرناه فيما مر آنفا من ان ذلك حكم عام للاجير الخاص ايضا فكيف يتم تعريف الاجير المشترك
بذلك وان اراد به ما ذكره هناك بقوله وليس للقصار والخياط ان يطالب باجرة حتى يفرغ من العمل كما يشعر به قوله في تقرير هذا الجواب قد علم مما سبق
ان بعض الاجير يستحق الاجرة بالعمل حيث زاد قيد البعض يتجه عليه ان المعلوم من ذلك حكم مادة مخصوصة فكيف يحصل بذلك معرفة مطلق من لا يستحق الاجرة
حتى يعمل حتى يصلح تعريفا لمطلق الاجير المشترك فتامل وقال بعض الفضلاء وانت خبير بان قول المصنف لان المعقود عليه انما هو العمل او اثره متكفل لدفع
هذا السؤال فانه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل بمن استوجر على العمل او اثره فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة انتهى كلامه اقول ليس هذا
بشيء لان تعريف الاجير المشترك بمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل مما اختاره القدوري وذكره في مختصره ولم يذكر معه شيئا آخر يحصل به معرفة من لا يستحقها
حتى يعمل والمصنف ايضا ذكره وحده في البداية وانما زاد عليه التعليل المذكور في الهداية والسؤال المذكور انما يتجه على من اكتفى بالتعريف المذكور من غير
ان يذكر معه ما يفيد معرفته وزيادة المصنف شيئا يفيد معرفته كيف يصلح كلام من لم يزده ومات قبل ولادة المصنف بسنين كثيرة فاذا لم يذكر معه
شيء يحصل به معرفته فاما ان يحتاج معرفته الى معرفة الاجير المشترك الذي هو المعرف فيلزم الدور او لا يحتاج اليها بل حصلت بما هو معلوم ومعهود فيما سبق فلا بد في الجواب
من الحوالة عليه فلم يتم قوله فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة نعم تمام الحوالة غير مسلم عندنا كما قررنا فيما قبل ولكنه كلام آخر ثم قال ذلك البعض
من الفضلاء الماهر قوله فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل منقوض بالاجير المشترك اذا عجل له الاجر او شرط التعجيل فيحتاج الى نوع عناية كان يقال
لا يستحق الاجر بالنظر الى كونه اجيرا مع قطع النظر عن الامور الخارجة انتهى اقول انما يتوهم الانتقاض بذلك ويحتاج الى نوع عناية في دفعه لو كان
معنى قوله المذكور المشترك من لا يستحق الاجرة قبل ان يعمل واما اذا كان معناه المشترك من لا يستحقها بدون العمل اصلا كما يستحقها الاجير الخاص بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل
اصلا على ما سيجيء فلا انتقاض بذلك اصلا لان الاجير المشترك اذا لم ينتفع منه بعمل اصلا لا يستحق الاجرة حتى لو كان اخذها بالطريق التعجيل يلزمه ردها
على المستاجر وكان الامام الزيلعي تدارك هذا المعنى حيث قال في شرح قول صاحب الكنز ولا يستحق الاجر حتى يعمل يعني الاجير المشترك لا يستحق الاجرة
الا اذا عمل انتهى فتبصر ثم ان صاحب العناية قال وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم
الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز ان يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح لكن قوله لان المعقود عليه ينافي ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح
وقال وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر والحق ان يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله لان المعقود عليه اذا كان هو العمل كان لان العمل للعامة
لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد بيان لمناسبة التسمية وكانه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل سمي بالاجير المشترك لان المعقود عليه الى آخره ويؤيده
وقوله فمن هذا الوجه يسمى مشتركا الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء وعندي انه قوله لان المعقود عليه الى آخره تعليل للحكم الضمني المستفاد من التعريف وهو ان بعض الاجير
لا يستحق الاجرة قبل العمل لان قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولو استحق من استوجر على العمل قبله يخل المساواة هذا هو مراد المصنف
الا ان المصر فرع على ذلك التعليل قوله فكان له ان يعمل للعامة لبيان المناسبة فليتامل الى هنا كلامه اقول مدار استخراج ذلك البعض ورائه في هذا المقام
على ان تكون عبارة المصنف هنا لان المعقود عليه انما هو العمل او اثره وكان له ان يعمل للعامة وليست كذلك بل عبارته هنا لان المعقود عليه اذا كان هو العمل
او اثره فكان له ان يعمل للعامة ولا شك ان قوله كان له ان يعمل للعامة ليس كلاما مستقلا بل هو جزاء للشرط المذكور فيما قبله ومجموع الشرط والجزاء
في التعليل غير مستحمل لغير بيان مناسبة التسمية فالحق ما قاله صاحب العناية على انه لو كانت عبارة المصر ما زعمه ذلك القائل فكان تعليلا لان المعقود عليه انما هو العمل او اثره تعليلا لما ذهب اليه ذلك القائل على ما قرر صاحب

ولنا ان الداخل تحت الاذن هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لان الاذن انما ثبت ضمنا للعقد والعقد انعقد على التسليم لان مطلق عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب كما مر في البيوع فاذا ثبت ان المعقود عليه العمل التسليم ثبت ان المفسد غير معقود عليه فلا يكون ماذونا فيه كما لو وصف نوعا من الدقيق فجاء بنوع آخر انتهى **قوله** بخلاف العين لانه تبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده قال صاحب العناية والمتوجه ان يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له انتهى وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك فقال الحكم مدار على دليله وان كانت الحكمة اخص كما سبق نظيره في الايمان فقوله لانه يمتنع عن التبرع بيان لحكمة عدم التضمين انتهى اقول هذا لا يجدي شيئا لان صاحب العناية لم يف لزوم الامتناع عن التبرع في صورة حصول المضرة بالغير من تبرع له بل اراد منع بطلان ذلك اللازم بناء على التزام جواز ذلك دفعا للضرر عن غير المتبرع له فلا فائدة ههنا لحديث جواز كون الحكمة اخص على ان لصاحب العناية ان يقول لا يصلح قوله لانه يمتنع عن التبرع بيانا لحكمة عدم التضمين ايضا فانه اذا جاز التزام امتناعه عن ذلك بناء على دفع الضرر عن الغير لم يظهر حكمة عدم التضمين بل كان الظاهر حينئذ هو التضمين كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية ولو علل بان التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان اسلم انتهى اقول ولقائل ان يقول ههنا ايضا كون التبرع بالعمل بمنزلة الهبة بالنظر الى من تبرع له لا يقتضي جواز ذلك اذ تضمن نفسه الغير من تبرع له لا يرى انه اذا خاصم ملك الآخر وتبرع به لغيره بطريق الهبة فلا شك انه يلزمه الضمان فلم لا يلزمه الضمان اذا عمل في ملك المستاجر بغير اذنه وتبرع بالعمل للاجير فتلف بعمله ملك المستاجر فليتامل **قوله** وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه هذا جواب عما حسنه ان يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فما وجه ذكره ومن جملة ما تلف بعمله فاجاب بانه من قلة اهتمامه فكان من صنيعه كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول يشكل على هذا ما مر من ان الاجير المشترك لا يضمن ما هلك في يده عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة فانه

تفريع لمعقوله فكان له ان يعمل للعامة على ذلك التعليل لان جواز ذلك التعليل على ما قرره ذلك القائل ان تكون تقييد عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولا ريب ان هذه التقييد كما تحقق فيما اذا كان الاجير مشتركا تحقق فيما اذا كان الاجير خاصا ايضا فلو صح تفريع قوله فكان له ان يعمل للعامة على ذلك التعليل لزم جواز ان يعمل الاجير الخاص ايضا للعامة وليس كذلك قطعا **قوله** قلنا ان الداخل تحت الاذن هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ماذونا فيه اقول في تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل المصلح بما ذكره المصنف قصور لان كون العمل وسيلة الى الاثر انما يتصور في صورة تخريق الثوب من قدر من صور مسلمتنا هذه دون الصور الثلث الباقية فيها اذ قد تقرر في ادب باب الاجر متى يستحق ان كل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو عين قائم في العين فلا يتصور حبسه انتهى فقد تلخص منه ان العمل على نوعين نوع له اثر في العين كعمل الصباغ والقصار ونوع ليس له اثر في العين كعمل الحمال والملاح وان المعقود عليه في النوع الاول هو الاثر وهو الوصف القائم في الثوب والمعقود عليه في النوع الثاني نفس العمل لا غير لا شك ان هذه الثلاث فيما نحن فيه من مسائل الحمال والملاح واذا لم يكن لعمل الصانع فيها اثر في العين فكيف يتصور ان يكون عمله وسيلة الى الاثر وكيف يصح ان يقال فيها الاثر هو المعقود عليه حقيقة وقد صرح فيما مر بان المعقود عليه هناك نفس العمل وكذا قوله حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر ليس بمستقيم على اطلاقه اذ قد مر ايضا في الباب المزبور انه اذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه انتهى نعم اذا اطلق العمل فله ان يستاجر من يعمله كما مر هناك ايضا فكان الدليل خاصا والمدعى عام والاولى في التعليل ههنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لان الداخل تحت الاذن هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لان الاذن انما ثبت ضمنا للعقد والعقد انعقد على التسليم لان مطلق عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب كما مر في البيوع فاذا ثبت ان المعقود عليه العمل التسليم ثبت ان المفسد غير معقود عليه فلا يكون ماذونا فيه كما لو وصف نوعا من الدقيق فجاء بنوع آخر انتهى **قوله** بخلاف العين لانه تبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده قال صاحب العناية والمتوجه ان يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له انتهى وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك فقال الحكم مدار على دليله وان كانت الحكمة اخص كما سبق نظيره في الايمان فقوله لانه يمتنع عن التبرع بيان لحكمة عدم التضمين انتهى اقول هذا لا يجدي شيئا لان صاحب العناية لم يف لزوم الامتناع عن التبرع في صورة حصول المضرة بالغير من تبرع له بل اراد منع بطلان ذلك اللازم بناء على التزام جواز ذلك دفعا للضرر عن غير المتبرع له فلا فائدة ههنا لحديث جواز كون الحكمة اخص على ان لصاحب العناية ان يقول لا يصلح قوله لانه يمتنع عن التبرع بيانا لحكمة عدم التضمين ايضا فانه اذا جاز التزام امتناعه عن ذلك بناء على دفع الضرر عن الغير لم يظهر حكمة عدم التضمين بل كان الظاهر حينئذ هو التضمين كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية ولو علل بان التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان اسلم انتهى اقول ولقائل ان يقول ههنا ايضا كون التبرع بالعمل بمنزلة الهبة بالنظر الى من تبرع له لا يقتضي جواز ذلك اذ تضمن نفسه الغير من تبرع له لا يرى انه اذا خاصم ملك الآخر وتبرع به لغيره بطريق الهبة فلا شك انه يلزمه الضمان فلم لا يلزمه الضمان اذا عمل في ملك المستاجر بغير اذنه وتبرع بالعمل للاجير فتلف بعمله ملك المستاجر فليتامل **قوله** وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه هذا جواب عما حسنه ان يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فما وجه ذكره ومن جملة ما تلف بعمله فاجاب بانه من قلة اهتمامه فكان من صنيعه كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول يشكل على هذا ما مر من ان الاجير المشترك لا يضمن ما هلك في يده عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة فانه

مر

لم العناية

[illegible]

باب الاجارة على احد الشرطين

واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب يوما فبدرهم وان خطته يومين فبدرهمين جاز وهو على هذين العملين على ما استحق الاجير وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته احمر فبدرهم وان صبغته بعصفر فبدرهمين وكذا اذا اختير بين شيئين بان قال اجرتك هذه الدار شهرا بخمسة او هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا اختير بين مسافتين بان قال اجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى واسط بكذا وكذا اذا اختير بين ثلثة اشياء وان خيره بين اربعة لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير

يجوز ان يقال هناك ايضا ان الهلاك من قلة اهتمامه حيث لم يحترز عما يمكن الاحتراز عنه فكان من صنعه فينبغي ان يضمن بالاتفاق ثم اقول يمكن الفرق بان التقصير هناك في امر هو مستحق عليه تبعا لا مقصودا كما مر فلا اعتبار له واما هنا فالتقصير في نفس العمل الذي هو مستحق عليه مقصودا فله اعتبار وحكم **قوله** لان الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب بالتعدي وانما يجب بالجناية قال في الكفاية لا يقال ان ضمان بني آدم يجب بالتسبيب وقد وجد لان المسبب انما يضمن اذا تعدى وكلامنا فيما اذا لم يوجد التعدي انتهى اقول فيه بحث وهو انه كيف يكون كلامنا فيما اذا لم يوجد التعدي وقد وجب على الاجير المشترك في مسئلتنا هذه ضمان المتاع الهالك بعلة عند ائمتنا الثلثة ولولا التعدي لما ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله فان الاصل عنده ان المتاع امانة في يد الاجير ان هلك لم يضمن شيئا كما مر ووجه التعدي فيما نحن فيه على ما فهم من الدليل المذكور من قبل ائمتنا هو مخالفة الاجير لاذن المستاجر حيث اتى بالعمل المفسد مع ان الداخل تحت اذنه انما هو العمل المصلح وسيجيء من المصنف التصريح بوقوع التعدي في المسئلة الآتية وهي نظير ما نحن فيه في الاحكام **قوله** وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان لانه ذكر في مسئلة القدوري عدم التجاوز عن الموضع المعتاد حتى انه اذا تجاوز يجب الضمان وذكر في مسئلة الجامع الصغير الاجرة وجناية العبد بامر المولى حتى انه اذا لم يكن بامره يجب الضمان فيحصل المذكور في احداهما مذكورا في الاخرى كذا في النهاية ومعراج الدراية واحسن من ذلك في البيان عبارة الكفاية فانه قال فيها لان رواية المختصر ناطقة بعدم التجاوز وساكتة عن الاذن ورواية الجامع الصغير ناطقة بالاذن ساكتة عن التجاوز فصار ما نطق به رواية المختصر بيانا لما سكت عنه رواية الجامع الصغير وما نطق به رواية الجامع الصغير بيانا لما سكت عنه رواية المختصر فيتضافر بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والاذن لعدم وجوب الضمان حتى اذا عدم احدهما او كلاهما ما يجب الضمان انتهى واما صاحب العناية فقال وكل منهما يشتمل على نوع من البيان اما في القدوري فلانه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد ويفيد انه ان تجاوز ضمن واما في الجامع الصغير فلانه بين الاجرة وكون الجناية بامر المولى والهلاك ويفيد انها اذا لم تكن بامره ضمن انتهى كلامه اقول في بيانه خلل فانه جعل الهلاك ايضا من البيان الذي في عبارة الجامع الصغير وليس بسديد اذ لا شك ان مراد المصنف بقوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ان في كل واحد منهما نوعا من البيان مخصوصا به الهلاك مذكور في كل واحد منهما غير مخصوص باحدهما فانه قال في مختصر القدوري فيما عطب من ذلك وقال في الجامع الصغير فنفقت وفي كل واحد منهما معنى الهلاك بل ما في مختصر القدوري وصرح في ذلك مما في الجامع الصغير فان اهل اللغة فسروا عطب بهلك ونفق بمات **قوله** والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل قال صاحب العناية وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك بمثله هنا انتهى اقول لا يذهب على الفطن ان مثل الجواب المذكور هناك عن الايراد على تعريف الاجير المشترك بانه تعريف دوري لا يتمشى هنا فيه فلك بادنى توجه فتدبر فكان صاحب النهاية تدارك هذا حيث قال وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة انتهى ولم يتعرض للجواب لكن في تحريره انظار كما لا يخفى لان المذكور فيما تقدم تعريف الاجير المشترك لا تعريف الاجير الخاص وما ورد فيه فما معنى قوله وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة اللهم الا ان يصار الى حذف المضاف فيكون التقدير وقد ذكرنا مسئلة وما ورد فيه من الشبهة **قوله** لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة اموال الناس فانه يقبل اعمالا كثيرة رغبة في كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا يأخذ الا ما يقدر على حفظه كذا في العناية اخذا من الكافي قال بعض الفضلاء فيه بحث فان حكمهما بالضمان انما نشأ من الدليلين المذكورين في الكتاب وما ذكر هنا يدل على ان ذلك لئلا يقصر الآخر في الحفظ انتهى اقول هذا البحث ساقط جدا اذ الظاهر ان ما ذكر هنا حكمة حكمهما بضمان الاجير المشترك وما ذكر فيما مر في الكتاب من الوجهين انما هو دليل حكمهما بذلك فلا ينافي بينهما اصلا على انه لو كان ما ذكر هنا ايضا دليلا لا حكمة لم يلزم محذور وقط اذ لا تنافي بين ما ذكر هنا وما ذكر فيما مر ولا تعارض فلا مانع عن كون هذا وذاك معا دليلا على الحكم

باب الاجارة على احد الشرطين لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على احد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين

غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر يجب بالعمل وعند خلافه يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن
بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجه لا يرتفع المنازعة الا باثبات الخيار ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان باقي
اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله عند ابي حنيفة رح لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص
من نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال ابو يوسف ومحمد رح الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان
لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع
في كل يوم تسميتان ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل والتاخير
من صفات الاجل فتنزل منزلة اختلاف النوعين ولابي حنيفة رح ان ذكر الغد للتعليق حقيقة

قوله غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك اي قوله فيتحقق الجهالة على وجه لا يرتفع المنازعة الا باثبات الخيار استشكل صاحب التسهيل بانه
حيث قال اقول الجهالة التي في طرف الاجرة ترتفع كما ذكره واما الجهالة التي في طرف العين المستاجرة في نحو قوله اجرتك هذه الدار سنة بخمسة او هذه الدار العشرة في مائة وسنة
تفضي الى النزاع في تسليم العين وتسلمه اذ المستاجر يريد هذا والموجر يدفع الآخر فيتحقق النزاع فينبغي ان لا يصح بدون شرط خيار التعيين انتهى كلامه واجاب عنه بعض العلماء حيث قال
بعد ذكر ذلك الاشكال في صورة ان تكون من عند نفسه ويمكن الجواب بان يقال ان الثمن يجب في باب البيع بمجرد العقد فلا ترتفع الجهالة المفضية الى النزاع عين وجوب الثمن
الا باثبات الخيار والاجرة في باب الاجارة لا تجب بمجرد العقد بل بالعمل وعند وجود العمل ترتفع الجهالة لا محالة فلا حاجة الى اثبات الخيار الى هنا كلامه اقول ليس هذا الجواب شيء
اذ ليس فيه شيء زائد على ما ذكروا في الفرق هنا والاشكال المذكور انما يتوجه بعد ذلك فان الجهالة التي في طرف العين المستاجرة تفضي الى النزاع في تسليم العين تسلمها فلا يتاتى المجال للعمل
او العمل في نحو استيجار الدار انما يتصور بعد تحقق تسليم العين المستاجرة وتسلمها وعند النزاع لا يتحقق ذلك فلا يفيد القول بان الجهالة ترتفع عند وجود العمل كما لا يخفى
فليتامل في دفع اصل الاشكال قوله وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم
للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان بيان ذلك ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم بان قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل
لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد يستحق الاجر فكذا ههنا وذكر الغد للترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بان قال خطه غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا ههنا
اذ ليس لتعداد الشرط اثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان اما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان للترفيه كان العقد المضاف الى غد ثابتا باليوم مع عقد اليوم
واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى غد واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين
على سبيل البدل فصار كانه قال خطه بدرهم او نصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا وذلك يفضي الى النزاع كذا في الشروح والكافي قال صاحب العناية بعد
ذلك البيان والجواب ان الجهالة تزول بوقوع العمل فان به يتعين الاجر للزومه عند العمل كما تقدم انتهى اقول فيه نظر لان زوال الجهالة بوقوع العمل انما يتصور
اذا لم يجتمع في كل يوم تسميتان ومدار دليل زفر على اجتماعهما في كل يوم كما تبين من قبل فحينئذ لا تزول الجهالة قطعا لان العمل المشروط امر واحد في كل يوم
يقع يلزم ان يكون في مقابلته بدلان على سبيل البدل فالوجه في الجواب عن دليل زفر منع لزوم اجتماع التسميتين في كل يوم كما سبقهم من تقرير دليل
سائر الائمة ولهذا لم يتعرض المصنف للجواب عنه صريحا قوله ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان قال بعض العلماء بعد نقل ولهما
هذا عن الهداية وفيه كلام وهو ان الامامين جعلا اليوم في مسئلة ان استاجره ليخيط له اليوم كذا بكذا للتعجيل هربا عن بطلان الحمل على التوقيت فكيف يتمكن الامر الباطل
ههنا انتهى اقول هذا الكلام ظاهر الاندفاع لان الامامين انما حملا اليوم ههنا على التوقيت لكون التوقيت حقيقة وعدم تحقق المصارف عنها الى المجاز فحينئذ يكون
ما في الكافي والشروح وانما جعلا اليوم في مسئلة الخبز للتعجيل لتحقق المصارف عن الحقيقة الى المجاز ههنا وهو تصحيح العقد فان الاصل تصحيح تصرف العاقل ما امكن وانما
امكن ههنا بجعل اليوم للتعجيل فلا منافاة بين القاعدتين على ما لا يخفى وقد افصح عما ذكرنا تاج الشريعة حيث قال فان قلت قد جعلا ذكر اليوم في مسئلة خبز الخباز للتعجيل فلما
لم يجعلا كذلك ههنا قلت ههنا لا يمكن حمله على المجاز لتصحيح العقد فههنا حملا على الحقيقة للتصحيح ايضا اذ لو عكس الامر في الفصلين يلزم ابطال ما قصد العاقدان من قوله ليخيط له اليوم
تصحيح تصرف العاقل ما امكن انتهى كلامه قوله ولابي حنيفة ان ذكر الغد للتعليق حقيقة مراده بالتعليق الاضافة اي الاضافة حقيقة لان الاجارة لا تقبل التعليق ولكن تقبل الاضافة
الى وقت في المستقبل فيكون مراده كذا رامي عامة الشراح حتى قال بعضهم ولهذا ذكر في بعض النسخ ذكر الغد للاضافة وقال صاحب العناية بعد تفسير التعليق ههنا بالاضافة ويجوز
ان يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى الضعف في الغد ليس تسميته بدلا لان التسمية الاولى باليوم وانما هو يحط النصف الآخر بالتاخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق الحط

ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل واذا كان كذلك يمتنع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويفسد الثاني ويجب اجر المثل لايجاد ويه يصير درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني

وهو يقبل التأخير الى هنا كلامه اقول فيه بحث اذ لو لم يكن المنصف في الغد تسمية جديدة بل كان ذكر الغد بمجرد تعليق خط النصف الآخر بالتأخير لما صح قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويفسد الثاني اذ على ذلك التقدير لا يكون في الغد الا تسمية واحدة هي التسمية الاولى ولكن بخط نصف المسمى بالتأخير فيجوز ذلك المعنى هنا اخذا بدليل ابي حنيفة رحمه الله وعاد ايضا فكانه انما اخبر بما ذكره صاحب غاية البيان فانه قال وذكر الغد للتعليق انما تقرير دليل الامامين المراد من تعليل الاضافة لان تعليق الاجارة لا يجوز وقال او نقول المراد به تعليق خط النصف بالتأخير الى الغد وذلك جائز لا تعليق الاجارة انتهى ولكن لا يخفى على الفطن ان تجويز ذلك المعنى انما تقرير دليل الامامين لا يستلزم تجويزه انما تقرير دليل ابي حنيفة رحمه الله فانهما يقولان لا يجتمع في كل يوم تسميتان فلا ينافيه تجويز ذلك بخلاف قول ابي حنيفة كما عرفت **قوله** ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لان فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل فانا اذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا واذا نظرنا الى ذكر اليوم كان اجير وحد وهما متنافيان لتنافي

فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجرة ما لم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التأقيت الى المجاز الذي هو التعجيل كذا في العناية وغيرها اقول يشكل هذا بمسئلة الراعي فانه يجتمع فيها ذكر العمل والوقت وتصح الاجارة بالاتفاق ولا يحمل الوقت على غير معناه الحقيقي في قول احد بل يعتبر الاجير اجيرا مشتركا ان وقع ذكر العمل اولا واجيرا وحدا ان وقع ذكر المدة اولا وصرح بذلك في عامة المعتبرات سيما في الذخيرة والمحيط البرهاني قال صاحب الكافي وفي المسئلة اشكال هائل على قول ابي حنيفة رحمه الله فانه جعل ذكر اليوم للتعجيل هنا حتى اجاز العقد وفي مسئلة الخاتم جعل ذكر اليوم للتوقيت فاسد العقد على سبق تقريره والجواب ان ذكر اليوم حقيقة للتوقيت فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز وهنا قام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر بسبب التأخير فعدلنا عن الحقيقة وصرنا الى المجاز بهذا الدليل ولم يقم مثل هذا الدليل ثمة وكان التوقيت مرادا فنفسد العقد انتهى كلامه وزاد عليه تاج الشريعة سؤالا وجوابا فلخصهما صاحب العناية فقال بعد ذكر ذلك الاشكال والجواب ورد بان دليل المجاز قائم ثمة وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مرادا نظرا الى ظاهر الحال والجواب ان الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بموجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال انتهى اقول يشكل الجواب المذكور عن ذلك الاشكال بمسئلة اخرى مذكورة في المحيط البرهاني وهي ما قال فيه ولو قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا اجر لك قال محمد في الاملاء ان خاطه في اليوم الاول فله درهم وان خاطه في اليوم الثاني فله اجر مثله لا يزاد على درهم في قولهم جميعا لان شرط الاجر في اليوم الثاني لا ينفي وجوبه في اليوم الاول ونفي التسمية في اليوم الثاني لا ينفي اصل العقد فكان في اليوم الثاني عقدا لا تسمية فيه فيجب اجر المثل انتهى لفظ المحيط قال ابو حنيفة رحمه الله لم يفسد العقد في اليوم الاول في باب المسئلة كما افسد وفي حالة الاولى مع انه لم يقم فيها دليل على المجاز كما قام دليل عليه فيما نحن فيه اذ لا شك ان قوله وان خطته غدا فلا اجر لك لا يكون دليلا على عدم ارادة ما كان ذكر اليوم حقيقة فيه هو التوقيت بل يكون دليلا على ارادة حقيقة ذلك اذ لو لم يكن مراده التوقيت لما

نفى الاجر بالكلية في الغد اذ كان التوقيت مرادا بذكر اليوم في تلك الصورة فيشكل الفرق بينها وبين مسئلة الخاتم جدا على قول ابي حنيفة فليتامل وربما يستشكل الجواب المذكور بعض الفضلاء بوجه اخر حيث قال ولا بد لابي حنيفة رحمه الله من بيان دليل المجاز فيما اذا قبل خطه اليوم بدرهم حيث حمل ذكر اليوم على التعجيل فقال ويجوز ان يقال الدليل عليه صيغة الامر فانها تدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت وقال فيه تامل انتهى اقول لا يتجه هذا الاشكال راسا اذ لا نسلم ان ابا حنيفة رحمه الله حمل ذكر اليوم على التعجيل في الصورة المزبورة بل الظاهر انه على اصله هناك ايضا من ان الجمع بين ذكر الوقت وذكر العمل مفسد للعقد حالة الانفراد واني تتبعت عامة المعتبرات ولم اجد في شيء منها ما يدل على صحة العقد في الصورة المذكورة عند ابي حنيفة رحمه الله

وفي الزيادات العقد يزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم لان التسمية الاولى لا تعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه [illegible] الى [illegible] نصف درهم [illegible] زيادة عليه [illegible] [illegible] [illegible] عند ابي حنيفة [illegible] الاجارة [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] المعقود عليه [illegible] [illegible] بالعمل وعندهما يرتفع الجهالة [illegible] [illegible] في مسئلة الرومية والفارسية [illegible] في مطلق العقد وكذا [illegible] في الاولى [illegible] الاجارة تنعقد [illegible] وعندهما ترتفع الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين المتيقن به

باب اجارة العبد

بل وجدت في بعض منها التصريح بعدم صحة العقد في تلك الصورة فان الامام الزاهدي قال في شرحه لمختصر القدوري نقلا عن شرح الاقطع لو قال خط هذا الثوب اليوم ولك درهم لم يصح لجهالة المعقود عليه انه المدة او العمل انتهى فتحقق ما قيل في الكافي وكثير من الشروح في اثناء بيان دليل زفر رح في المسئلة التي نحن بصددها من انه يصح العقد بالتسمية الاولى ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت ولهذا لو افرد العقد في اليوم بان قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا انتهى لكن الظاهر ان ذلك القيل من المذكور في دليل زفر رح انما هو نقض حجة الامامين فانهما يقولان ان التعجيل جهالة الافراد على ابي حنيفة رحمه الله فتدبر **قوله** وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم لان التسمية الاولى لا تعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان اقول فيه نظر اذ قد تقرر في اول باب الاجارة الفاسدة ان التسمية في الاجارة الفاسدة تمنع الزيادة عندنا ولا تمنع النقصان البتة بل يجب اجر المثل ان نقص عن المسمى فما معنى ان تعتبر التسمية الثانية ههنا لمنع النقصان وهل هذا الا مخالف لما تقرر **قوله** اما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتنتفي الجهالة وهذا حرف [illegible] الدليل عندهما قال صاحب التسهيل يرد على دليلهما مسئلة التخيير بين مسافتين مختلفتين فان الاجر يجب بالتسليم من غير عمل فيلزم ان يفسد عقد الاجارة فيه عندهما مع انه جائز عند اصحابنا وفاقا الا عند زفر انتهى كلامه اقول يمكن ان يجاب عنه بان الاجر وان يجب في الصورة المذكورة بالتسليم من غير عمل الا انه لا يجب بمجرد التسليم والتخلية بل لا بد في وجوبه من قطع المسافة المعينة في ذلك العقد فانهم صرحوا بانه اذا استاجر دابة الى الكوفة فسلمها الموجر وامسكها المستاجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة فلا اجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة فلم يركبها وجبت الاجرة انتهى ففي مسئلة التخيير بين مسافتين مختلفتين ترتفع الجهالة بقطع مسافة من تينك المسافتين بخلاف ما نحن فيه على ما هما **قوله** ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين لانه متيقن به يعني لو احتيج الى ايجاب الاجر بمجرد التخلية والتسليم بان سلم صاحب الحانوت الى المستاجر ولم ينتفع به حتى يعلم المنفعة يجب اقل الاجرين اللذين سميا في العقد لانه المتيقن به اقول للقائل ان يقول لو جاز الاخذ بالاقل في دفع الجهالة الواقعة في باب الاجارة لما بقي على ائمتنا صحة الاجارة فيما اذا سمى لعمل معين او لمنفعة معينة اجرين متغايرين على سبيل البدل كان قال خط هذا الثوب بدرهم او بنصف درهم او قال اسكن في هذا البيت بدرهم او بنصف درهم وجب اقل الاجرين اللذين سماهما ولم يقل به احد فتامل في الدفع

باب اجارة العبد قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان احكام تتعلق بالحر شرع في بيان احكام تتعلق بالعبد اذ العبد منحط الدرجة عن الحر فانحط ذكره عن ذكر الحر لذلك انتهى واقتفى اثره كثير من الشراح في ذكر هذا الوجه وقال صاحب غاية البيان لما كان اجارة الرقيق نوعا من انواع الاجارة وبالرقيق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها في باب على حدة واخر ذكرها لان الجنس مقدم على النوع ثم قال انما الاوجه في وجه المناسبة وما قيل في بعض الشروح ان العبد منحط الدرجة عن الحر فانحط ذكره عن ذكر الحر لذلك ففيه نظر لان صاحب الهداية ذكر قبل هذا استيجار الدور والحوانيت والحمام والدواب وذكر ههنا استيجار الرقيق لاختصاصه بالمسائل المذكورة في هذا الباب ثم ترجم الباب بباب اجارة العبد كما ترجم في الاصل بباب اجارة الرقيق للخدمة وغيرها انتهى كلامه اقول ظاهر كلام هذا الشارح يشعر بان مراده منه ان العبد منحط الدرجة عن الحر لانه لا ولاية له اصلا ولا يصح تصرفه في [illegible] الا باذن المولى وهذا مسلم ولكن لو كان مراد المصنف هذا لم يبدأ اول الباب باستيجار العبد لانه لم يوجد منه تصرف ما اصلا في عقد الاجارة لا اصالة ولا نيابة بل هو محل التصرف ووقوع عقد الاجارة كالدابة ونحوها فعلم بهذا ان غرض المصنف لم يكن الا تنويع المسائل الى ههنا كلامه اقول في الوجه الذي لاح له نظر لان مجرد كون الجنس مقدما على النوع لا يقتضي تاخير مسائل هذا الباب الى ههنا فان مسائل كثير من الابواب السابقة مختصة ايضا بالنوع الاخص من الجنس الا ترى ان مسائل باب الاجارة الفاسدة مختصة بالنوع الفاسد من جنس الاجارة وكذا مسائل باب الاجارة على احد الشرطين مختصة بالنوع الذي

ومن استاجر عبدا لیخدمه فلیس له ان یسافر به الا ان یشترط ذلک لان خدمة السفر اشتملت علی زیادة مشقة فلا ینتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه کاسکان الحداد کلقصار فی الدار

ذکر فیه الشرط ان الی غیر ذلک من المسائل الاخری المتقدمة وانما یقتضی هذا الوجه تاخیر مسائل هذا الباب عما ذکرنا فی اوائل کتاب الاجارة من الاحکام العامة لجنس الاجارة دون غیرها من الاحکام الکثیرة المتنوعة الواقعة فی البین فلا یتم التقریب اما ما اورد علی الوجه الذی ذکره صاحب العنایة وما یجیء وهذه من النظر فقد قصد بعض الفضلاء دفعه حیث قال فی تفسیر اجارة العبد ای نفسه وقال واجارة الغیر ایاه ذکرت استطرادا وقد تقدم سنخ الذکر ما یذکر استطرادا کما سبق فی باب العشر والخراج فعلی هذا الاجارة مضاف الی الفاعل الی هنا کلامه اقول فیه خلل اما اولا فلان الاجارة فی اللغة اسم للاجرة وهکذا الاجیر یصرح به فی المغرب وعامة کتب اللغة ولم یسمع مجیء هذه الکلمة مصدرا قط وانما المصدر من الثلاثی الاجر من المزید علیه الایجار والمواجرة فلم یتیسر ان یکون للاجارة فاعل ومفعول فلم یصح القول بان الاجارة ههنا مضاف الی الفاعل وان المعنی اجارة العبد نفسه واما ثانیا فلان المذکور فی هذا الباب خمس مسائل ثنتان منها متعلقتان بایجار العبد نفسه وثلث منها متعلقات بایجار الغیر ایاه فحمل عنوان الباب علی اقل ما ذکر فی الباب وجعل اکثر ما ذکر فیه استطرادا کما یقتضیه قوله واجارة الغیر ایاه ذکرت استطرادا مما لا یقبله فطرة سلیمة ثم اقول فی دفع ما اورده صاحب العنایة من ان الظاهر ان انحطاط درجة العبد عن الحر کما یظهر له اثر فیما اذا وجد من العبد تصرف فی عقد الاجارة کذلک یظهر له اثر فیما اذا لم یوجد منه تصرف فی ذلک ولکن کان هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة اذ لا شک ان فی کل من تینک الصورتین حکما خاصا یتعلق بالعبد کما یفصح عنه قوله فی الوجه الذی اختاره وبالرقیق مسائل خاصة یتعلق به ذکرها فی باب علی حدة ولا ریب ان اختصاص مثل ذلک الحکم بالعبد لیس لارتفاع درجته عن الحر بل انما هو لانحطاط درجته عن الحر فکان قول صاحب النهایة ومن تبعه آخر الاحکام التی تتعلق بالعبد عن احکام الحر لانحطاط درجة العبد عن الحر وجها جاریا فی الصورتین معا شاملا للمسائل المذکورة فی هذا الباب بهر ما فلم یتم قول صاحب العنایة ولکن لو کان مراد المصنف هذا لم یبدأ اول الباب باستیجار العبد الخ اذ مداره علی ان لا یجری الوجه المذکور فی الصورة الثانیة کما یدل علیه تعلیله ثم ان اضافة الاجارة الی العبد فی عنوان الباب لیس من قبیل الاضافة الی الفاعل ولا من قبیل الاضافة الی المفعول لما عرفت بل من قبیل الاضافة لادنی الملابسة فیشمل ما کان العبد متصرفا فی نفس عقد الاجارة کما فی بعض مسائل هذا الباب وما کان العبد محل التصرف وموقع عقد الاجارة کما فی البعض الآخر من مسائل هذا الباب

ومن هذا التقریر المسئلة المبتدأ بها اول الباب فلا محذور ولا استطراد فی شیء تامل ترشد **قوله** ومن استاجر عبدا للخدمة فلیس له ان یسافر به الا ان یشترط ذلک لان خدمة السفر اشتملت علی زیادة مشقة فلا ینتظمها الاطلاق فان قیل ان المستاجر فی ملک منافعه ینزل منزلة المولی فی منافع عبده وللمولی ان یسافر بعبده فاذا لا یکون للمستاجر ان یسافر باجیره قلنا انما یسافر المولی بعبده لانه یملک رقبته والمستاجر لا یملک رقبة اجیره کذا فی الکافی وعامة الشروح وانتقض هذا الجواب بمن ادعی دارا وصالحه المدعی علیه علی خدمة عبده سنة فان للمدعی ان یخرج بالعبد الی السفر وان لم یملک رقبته واجیب بان مؤنة الرد فی باب الاجارة علی الاجیر بعد انتهاء العقد لان المنفعة فی المقبل کانت له من حیث انه یقرر حقه فی الاجر فالمستاجر اذا سافر بالعبد فهو یلزم الموجر بالمسمی من مؤنة الرد وربما تربو علی الاجرة واما فی الصلح فمؤنة الرد لیست علی المدعی علیه فالمستحق بالاخراج الی السفر یلزم مؤنة الرد وله ذلک کذا فی العنایة ان قلت من العنایة اقول لقائل ان یقول یلزم من هذا الجواب ان یقید المستاجر علی ان یسافر بالعبد اذا التزم مؤنة الرد وان لم یرض به الموجر لان حاصل هذا الجواب انه ان سافر المستاجر بالعبد فی باب الاجارة یترتب الضرر علی الموجر بالزامه ایاه ما لم یلزمه من مؤنة الرد ولا یخفی ان فی تلک الاجارة بترتیب الضرر یندفع بالتزام المستاجر تلک المؤنة مع ان الظاهر من عبارات الکتب عدم جواز المسافرة به مطلقا ما لم یشترط ذلک فتامل وعن صاحب العنایة فی الجواب المذکور بوجه آخر حیث قال وهذا کما تری انقطاع لان المعلل احتاج الی ان یضم الی علته وهی قوله والمستاجر لا یملک رقبته قیدا

ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعينت الخدمة في الحضر لا ينفي غيره واخذ كما في الركوب ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه
الاجر فليس للمستاجر ان ياخذ منه الاجر واصله ان الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس ان لا يجوز لانعدام اذن المولى وقيام
الحجر فصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اختيار الفراغ سالما طاهرا على اختيار هلاك العبد والنافع ماذون فيه
كقبول الهبة واذا جاز ذلك لم يكن للمستاجر ان ياخذ منه الاجر ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند
ابي حنيفة رح وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على ما مر وله ان الضمان انما يجب باتلاف مال محترم لان المتقوم به
وهذا غير محترم لحق الغاصب لان العبد لا يحترم نفسه عنه فكيف يحترم في يده وان حرم المولى الاجر فاما بعينه اخذ لانه وجد عين ماله ويحرم قبض
العبد الاجر في قولهم جميعا لانه ماذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر ومن استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا بارعة وشهر الخمسة فهو جائز
والاول منهما اربعة لان الشهر المذكور لا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز او نظرا الى الحاجة فينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة ومن استاجر
عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو يابق او مريض فقال المستاجر يابق او مريض حين اخذته وقال المولى لم يكن ذلك
الا قبل ان تاتي بساعة فالقول قول المستاجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤاجر لانهما اختلفا في امر محتمل فترجح بحكم الحال اذ هو دليل على ما
من قبل وهو يصلح مرجحا وان لم يصلح حجة في نفسه اصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه

وهو ان يقبل ويلزمه مؤنة الرد ثم قال والفعل الصواب ان يقال لا نسلم ان المستاجر في منافع العبد كالمولى فان المولى له منفعته على الاطلاق
زمانا ومكانا ونوعا وليس المستاجر كذلك بل حكمه بالعقد ضروري يتقيد بمكان وزمان فيجوز ان يتقيد بما لا يتقيد به المولى والعرف يوجبه او دفع
ضرر المؤنة على ما ذكرنا موجبه انتهى كلامه اقول فيما استصوبه نظر لانه ينتقض بمسئلة الصلح اذ لا شك ان المصالح ايضا لا يملك منافع العبد على الاطلاق
كالمولى بل هو ايضا انما يملكها بالعقد ضروري هو عقد الصلح مع ان له ان يسافر بالعبد بخلاف المستاجر فيحتاج الى الفرق **قوله** ولان التفاوت بين الخدمتين
ظاهر فاذا تعين الخدمة في الحضر لا ينفي غيره واخذ كما في الركوب قال بعض الفضلاء الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهر انتهى اقول الفرق
بينهما ان مدار الاول على ان خدمة السفر مما يدخل في اطلاق العقد راسا بناء على انصراف مطلق العقد الى المتعارف الذي هو الخدمة في الحضر
ومدار الثاني على ان كل واحدة من خدمتي السفر والحضر وان كانتا داخلتين تحت اطلاق العقد الا ان الخدمة في الحضر تعينت بقرينة حال العاقد
ومكان العقد فبعد تعينها لا يبقى المجال لاخرى كما في الركوب فانه اذا اطلق المركوب ثم ركب بنفسه او اركب غيره يتعين هو فبعد ذلك ليس له ان يغير
من كبه اولا لتعينه للمركوب فكذا ههنا ويرشد الى ما قررنا من الفرق بين الدليلين المذكورين في الكتاب عبارة المبسوط والذخيرة في تعليل هذه المسئلة
على ما ذكره صاحب النهاية حيث قال لان مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ولان الظاهر من حال صاحب العبد انه يريد الاستخدام في مكان العقد
حتى لا يلزمه مؤنة الرد وربما يزيد ذلك على الاجر فيتعين موضع العقد مكانا للاستيفاء بدلالة الحال كذا في المبسوط والذخيرة انتهى **قوله** ومن استاجر
عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه الاجر فليس للمستاجر ان ياخذ منه الاجر قال صاحب الكافي في تقرير هذه المسئلة ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا فعمل فاعطاه الاجر فقد زاد على ما ذكره المصنف
قوله فعمل وافتى اثره صاحب العناية اقول فيه شيء وهو ان وضع هذه المسئلة فيما اذا استاجر عبدا محجورا عليه شهرا كما ترى فقد ذكر فيه المدة
وهي الشهر وقد تقرر عندهم وعرفت فيما مر غير مرة ان الاجير يستحق بذكر الوقت اجيرا خاصا وقد مر في باب ضمان الاجير ان الاجير الخاص هو الذي يستحق
الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استاجر شهرا للخدمة او الرعي الغنم فما معنى اعتبار العمل في هذه المسئلة بعد ذكر المدة نعم لا بد من تسليم العبد نفسه
حتى يستحق الاجر فلا يجوز للمستاجر ان ياخذ منه ما اعطاه اياه من الاجر الا انه لم يذكر هذا القيد صراحة في وضع المسئلة اعتمادا على ظهور كونه مرادا فان قلت من زاد
قيد فعمل اراد بالعمل تسليم النفس قلت لا يرى له وجه صحيح اذ لا اتحاد بينهما ولا استلزام فان العمل يوجد بدون تسليم النفس في الاجير المشترك مطلقا وتسليم النفس يوجد
بدون العمل في الاجير الخاص الذي سلم نفسه ولم يعمل فما وجه ذكر العمل واراد تسليم النفس والانصاف ان تركه اولى من ذكره كما صنع المصنف قوله
لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز او نظرا الى تجرد الحاجة قال تاج الشريعة فان قلت هذا التعليل انما يستقيم في ذكر الشهر ههنا
دون قوله هذين قلت رايت في المبسوط والجامع الصغير للعتابي وغيرهما عدم التعرض لقوله هذين بل في كل واحد منهما استاجر عبدا شهرين شهرا
بارعة وشهر الخمسة ويحتمل ان يحمل قوله هذين على ما اذا قال الموجر اجرت منك هذا العبد شهرين شهرا بارعة وشهر الخمسة فقال المستاجر استاجرت منك
هذا العبد هذين الشهرين فينصرف قوله هذين الشهرين الى الشهرين المنكرين اللذين دخلا تحت ايجاب الموجر فيبقى التنكير فيصلح التعليل بتجرد الحاجة لاثبات
التعيين الى هنا كلامه وافتى اثره صاحب الكفاية في شرح هذا المقام على هذا المنوال ولكن بنوع تغيير تحرير في اوائل المقال وقال صاحب العناية
قيل معنى هذا الكلام على انه ذكر منكرا مجهولا والمذكور في الكتاب ليس كذلك واجيب بان المذكور في الكتاب قول المستاجر واللام فيه للعهد
لما كان في كلام الموجر من المنكر فكان الموجر قال اجرت عبدي هذا شهرين شهرا بارعة وشهر الخمسة فقال المستاجر استاجرته هذين الشهرين

باب الاختلاف

قال واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ لا بل امرتني بالصفرة فالقول لصاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته لانه لولاه لكان الفعل تعديا وان كان القول قوله فلان الاذن انكر صفته لكن يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به لزمه قال واذا خالف الخياط او الصباغ لا بل امرتني بصفة فالقول لصاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته لانه لولاه لكان الفعل تعديا وان كان القول قوله فلان الاذن انكر صفته لكن يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به لزمه قال واذا خالف الخياط او الصباغ ضامن ومعناه ان شاء ضمن ان شاء اخذ واعطاه اجر مثله وكذا يخير في مسئلة الصبغ واذا خالف شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لاجل ما زيد للنسج وفي بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغاصب وان قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب لانه ينكر تقوم عمله والظاهر يشهد له بالتقوم ويتكرر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف رح ان كان الرجل اجيرا يدعي خلطا له لا اجر له لانه لا يكون سببا يتعين جهة الطلب باجر جريا على معناه بالتقوم ويتكرر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال محمد رح ان كان الصانع معروفا بالصنعة بالاجر فالقول قوله لانه لما قام الحانوت كجلة جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة رح لانه ينكر

باربعة وشهر الخمسة انتهى كلامه اقول لا اشتباه شيء ولا الجواب اما الشبهة فلان التعليل المزبور يستقيم ويتم بتنكير شهر في شهر اربعة وشهر الخمسة ولا يتوقف على تنكير شهرين اذ على تقدير تعريف الشهرين يصير المتعين مجموع الشهرين من حيث هو مجموع وهذا لا يقتضي ان يتعين الاول منهما باربعة والثاني بخمسة لاحتمال ان يكون الامر بالعكس بناء على تنكير كل واحد منهما وابهامه فاصبح الى الاستدلال على كون الاول منهما باربعة والثاني بخمسة دون العكس بالتعليل الذي ذكره المصنف فلا اختيار عليه اصلا واما الجواب فلانه لو كان المذكور في الكتاب قول المستاجر لما صح تنكير عبدا في قوله ومن استاجر عبدا بهذين الشهرين بل كان هو احق بالتعريف من الشهرين لان بذلك يعلم ان الذي استاجره هو العبد الذي اجره الموجر منه على ان كون اللام في قول المستاجر للعهد انما يتصور فيما اذا كان كلام الموجر مقدما على كلام المستاجر في العقد وليس له ذلك بلازم فان ايا من المتعاقدين تكلم اولا يصير كلامه ايجابا فاذا قبل الآخر لزم العقد فحمل المذكور في الكتاب على قول المستاجر لا يقتضي تعريف الشهرين في هذه المسئلة على الاطلاق فيلزم تخصيص مسئلة الكتاب ببعض الصورة ولا يخفى ما فيه ثم اقول لعل المصنف انما عرف الشهرين في تقرير هذه المسئلة مخالفا لما وقع في عامة الكتب من تنكير ذلك اشعارا بان جواب هذه المسئلة لا يتغير بتعريف لفظ الشهرين بل تنكير ذلك وتعريفه سيان عند تنكير شهرا في شهر باربعة وشهر الخمسة لما بيناه في رد الشبهة آنفا وقال بعض الفضلاء يجوز ان يكون وضع المسئلة فيما اذا ذكر المستاجر لفظ الشهرين بالتنكير وانما ذكر المصنف معرفا نظرا الى تعيينه المالي حيث ينصرف الى ما يلي العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستاجر بل هو لفظ المصنف انتهى اقول ليس هذا بشيء ايضا اذ لا يذهب عليك ان قوله شهرا باربعة وشهر الخمسة من كلام المستاجر وانه تفصيل الشهرين ولو لم يكن قوله هذين الشهرين من كلام المستاجر بل كان من لفظ المصنف لزم ان يكون الجمل لفظ المصنف والمفصل لفظ المستاجر وهذا مما لا يرتضيه العاقل ثم اقول بقي ههنا كلام وهو ان الظاهر ان جواب هذه المسئلة غير مختص بصورة ان يكون الاجير عبدا بل هو متمش في صورة ان كان حرا ايضا لعين الدليل المذكور في الكتاب فوجه ذكر هذه المسئلة في باب اجارة العبد غير واضح فان المناسب ان يذكر فيه ما له اختصاص بالعبد من الاحكام والا فكثير من الاحكام المذكورة في الابواب السابقة مشتركة بين الحر والعبد ولا يقال ان كون الاجير عبدا اكثر من كونه حرا فبني الامر على الاكثر اذ لا نسلم ان ذلك اكثر بل الظاهر ان كون الاجير حرا اكثر لاستقلاله وكثرة احتياجه الى الاجرة لانفاق نفسه وعياله وايضا لو كان بناء الامر على ذلك لذكر سائر مسائل الاجير ايضا في هذا الباب

باب الاختلاف في الاجارة لما فرغ من بيان احكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل ذكر في هذا الباب احكام اختلافهما وهو الفرع اذ الاختلاف انما يكون لعارض **قوله** واذا خالف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار الخ يعني به ما مر من قبل باب الاجارة الفاسدة في مسئلة دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قبا كذا في الشروح واعترض بان المتعاقدين كانوا هناك متفقين على ان المامور به خياطة القميص والاجير خالف فخاط قبا وههنا قد اختلفا في اصل المامور به فعند اختلاف المسئلتين كيف يتحد الجواب واجيب بانه اختلف صورتا المسئلتين ابتداء ولكن اتحدتا انتهاء لانه ذكر هذا الحكم ههنا بعد حلف صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق بخلاف الاجير اعتبارا وكانتا في الحكم في الانتهاء سواء هذا خلاصة ما في النهاية والعناية وقصد بعض الفضلاء ان يجيب عن هذا الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال وكذلك ان تقول اذا كان الحكم ذلك اذا اتفقا فبالطريق الاولى اذا اختلفا مع ان التشبيه غير القياس انتهى اقول ليس ذاك بسديد ايضا لانهما اذا اتفقا على مخالفة المامور به كان التعدي مقررا عندهما فيجب الضمان قطعا واما اذا اختلفا في المخالفة فلا تعدي على زعم الاجير فنفي وجوب الضمان عليه نوع خلاف

كان من

والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق والله اعلم

باب فسخ الاجارة

قال من استاجر دارا فوجد بها عيبا يفسخها لان قبله التسليم لان المعقود عليه المنافع واذا تلف شيئا فشيئا كان عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر يستوفي المنفعة قصدا بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل الراجع فالذي به العيب قبل خيار المستاجر وان زال السبب قال اذا خربت الدار انفسخت الاجارة لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع فتنفسخ كما في البيع ثم التبقي قشابه فوت المبيع قبل القبض فشابه فوت العين المستاجرة ومن اصحابنا من قال ان العذر لا يفسخ لان المنافع قد فات على حكم ملكه فاشبه الاتلاف في البيع قبل القبض عن محمد ان الاجر يوزعان على المستاجرات ويعتبر ولا ازدحام فيه لانه يفسخ لكنه يفسخ ولا انقطاع ما دام الرحى والبيت مما ينتفع به غير الخراب من الاجر بحصته لانه رضي من المعقود عليه قال اذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت الاجارة لانه توفي العقد بموت المنفعة المملوكة لا الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل الى الوارث وذلك لا يجوز وان عقد لغيره لم يصح مثل الوكيل والولي والمتولي في الوقف لانعدام ما اشرنا اليه من العقد قال ويصح من الخيار في الاجارة وقال الشافعي لا يصح لانه لا يمكنه التسليم ولا يمكن المستاجر رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للموجر فلا يمكنه التسليم لفوات الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا انه عقد معاوضة لا يستحق القبض فيه بالعقد فيثبت الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن فيه دون الاجارة فيثبت لانه دون ولهذا يجبر المستاجر على القبض اذا سلم الموجر بعد مضي بعض المدة قال وتنفسخ الاجارة بالاعذار عند ابي حنيفة وقال الشافعي لا تنفسخ لانه لا عيب لان المنافع تتلف على ملك المستاجر

فكيف يصح ان يقال فاذا كان الحكم ذلك اي الضمان اذا التقطا انما يطرق الاول اذا اختلفا واما اذا اتفقا فلان مورد الاحتراز هو قول المصنف ومعناه من قبل والمفهوم منه هو لا تحاد في الحكم لا التشبيه في حق قوله مع ان التشبيه غير القياس فهلا لغو هنا قوله والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة الى الاستحقاق يعني ان الحاجة ههنا الى الاستحقاق لا الى الدفع والظاهر انما يكون حجة للدفع دون الاستحقاق قال بعض الفضلاء فرق بين الظاهر والاستصحاب فالاول يصلح الاستحقاق كاخبار الاحاد انتهى اقول المراد بالظاهر ههنا ظاهر الحال وكون مثل هذا الظاهر حجة للاستحقاق ممنوع واخبار الآحاد فيمن عول عما امكن فيه فانه من الادلة الظنية الظنية توجب العمل دون العلم عند الجمهور على ما عرف في الاصول

باب فسخ الاجارة ذكر باب الفسخ آخرا لان فسخ العقد بعد وجوده لا محالة فناسب ذكره اخرا **قوله** اذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت

لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت على الوارث وذلك لا يجوز قال في الغاية لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع فاو قلنا بالانتقال كان ذلك قولا بانتقال ما لم يملك المورث الى الوارث انتهى كلامه اقول فيه بحث وهو انه قد مر في اول باب الاجر متى يستحق ان الاجرة تملك باحد معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه فلو قلنا بالانتقال في الصورتين الاوليين فيما اذا مات الموجر لم يلزم القول بانتقال لم يملك المورث الى الوارث لان المورث قد كان ملك الاجرة في حال حيوته بتعجيل الاجر او بشرط تعجيلها فالتعليل الذي ذكره صاحب الغاية وان تم في حق المنفعة لم يتم في حق الاجرة والاظهر في تعليل هذه المسئلة ان يفصل فيستدل على انفساخ الاجارة بموت كل واحد من الموجر والمستاجر بعلة مستقلة كما وقع في الكافي وكثير من الشروح سيما في الغاية نقلا عن المبسوط حيث قال فيها ولنا طريقان احدهما في موت الموجر فيقول المستحق بالعقد المنافع التي تحدث على ملك الموجر وقد فات ذلك بموته فيبطل الاجارة لفوات المعقود عليه لان رقبة الدار تنتقل الى الوارث والمنفعة محدث على ملك صاحب الرقبة لما ان الاجارة تتجدد في حق المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة وليس له ولاية الزام العقد في ملك الغير والطريق الآخر في موت المستاجر انه لو بقي العقد بعد موته انما يبقى على ان يخلفه الوارث والمنفعة الموجودة لا تورث الا ترى ان المستعير اذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة وقد بينا ان المستعير مالك للمنفعة وهذا لان الوراثة خلافة ولا يتصور ذلك الا فيما يبقى ويتعين فيكون ملك المورث في الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني والمنفعة الموجودة في حيوة المستاجر لا يبقى لتورث والتي تحدث بعد ما لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فالملك لا يسبق الوجود واذا ثبت انتفاء الارث تعين بطلان العقد كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه لا يخلفه فيه كذا في المبسوط الى هنا لفظ النهاية

قوله وقال الشافعي لا يصح لان المستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان الموجر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار اقول في هذا الدليل للشافعي شيء وهو انه قد تقرر عندهم ان الاجارة على نوعين نوع يرد العقد فيه على العمل كاستيجار رجل على صبغ ثوب وخياطته ونوع يرد العقد فيه على المنفعة كاستيجار دار للسكنى وارض للزراعة والدليل المزبور لا يتمشى في النوع الاول اصلا لان عدم امكان رد المعقود عليه بكماله وعدم امكان تسليمه ايضا على الكمال انما ينشأ من ان يتلف شيء من المعقود عليه بمضي مدة الخيار كما نبه عليه في الكافي والشروح وفي العقد على العمل لا يتلف شيء من المعقود عليه قبل العمل قطعا وكذا لا يتمشى في بعض من النوع الثاني وهو ما لا يتعين المعقود عليه فيه بالمدة قبل تعيين بالتسمية كاستيجار دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة بعينها واما ما يتمشى ذلك فيما يتعين المعقود عليه فيه بالمدة من النوع الثاني كاستيجار دار للسكنى فكان الدليل المزبور قاصرا عن افادة ما ادعاه الشافعي من عدم صحة شرط الخيار في عقد الاجارة مطلقا فليتامل

ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتنفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا وهو كمن استاجر حدادا
لقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع او استاجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تنفسخ الاجارة لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا من استاجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من آجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا بثمن ما آجر
فسخ القاضي العقد وباعها في الديون لان في الجري على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله فسخ القاضي العقد اشارة الى انه
يفتقر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا ان الاجارة فيه تنتقض فهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه ان هذا بمنزلة العيب
قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء وان كان غير ظاهر كالدين
يحتاج الى القضاء لظهور العذر ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته او لطلب غريمه فحضر او للتجارة
فافتقر وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه او اجيره ولو مرض المؤاجر فقعد فكذا الجواب على رواية الاصل وروى الكرخي عن ابي حنيفة انه عذر لانه
لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد وانما يفوته الاسترباح وانه امر زائد **قال** واذا استاجر
الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده وهو راس ماله وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه اما الذي يخيط باجر فراس ماله الابرة
والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف فهو ليس بعذر لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استاجر
دكانا للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما ههنا العامل شخصان فامكنهما ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر لانه لا يعرى عن الزام ضرر
لان خدمة السفر اشق وفي المنع من السفر ضرر وكذا اذا اطلق لما عرفنا انه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا آجر عقارا ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستاجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته
حتى لو اراد المستاجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر او الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر **مسائل منثورة** **قال** ومن استاجر ارضا او استعارها فاحرق الحصائد فاحترق شيء من ارض اخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبب
فاشبه حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر في ارضه **قال** واذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز

قوله ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليه فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتنفسخ به الى آخره قال [illegible] القول بفسخ الاجارة بالاعذار وبموت احد المتعاقدين من غير نص ولا اجماع ولا قول صحابي بل بمجرد الاعتبار بالفسخ بالعيب وفيه نظر فانه عقد لازم ولا زالت الاعذار تحدث كثيرا في عقود الاجارات كما قد يموت احد المتعاقدين قبل انقضاء المدة ولم ينقل عن الصحابة انه فسخ بذلك ولو كانت الاجارة تقبل الفسخ بذلك لنقل لتوفر الهمم على نقل مثله لاحتياج الناس اليه وقد نقل عنهم ما هو دون ذلك حتى ان جمهور العلماء على القول بعدم الفسخ للعذر وان كان مواقعه معتبرة ولعل الاعذار الكائنة فيما لو اكترى من يقلع ضرسه فزال الالم قبل قلعه او اكترى كحالا ليكحل عينه فبرأت فهذه فلا قياس على ما هو وجه الى ههنا كلامه اقول نظره ساقط جدا اذ لا يلزم من ان لا يتحقق لا اجماع ولا قول صحابي في حق فسخ الاجارة بالاعذار ان لا يصح القول بذلك فان القياس احد الادلة الشرعية الاربعة على ما تقرر في علم الاصول فيكفي تحقق ذلك في اثبات حكم شرعي وقد تحقق فيما نحن فيه كما اشار اليه المصنف بقوله فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فينفسخ به وبين الجامع بقوله اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد وانما لا يجوز الاستدلال بالقياس لورود نص يدل على خلاف ذلك او انعقاد اجماع على خلاف ذلك ولم يقع شيء منهما فيما نحن فيه وكون عقد الاجارة عقدا لازما وكثرة حدوث الاعذار في عقود الاجارات مما لا يقدح اصلا في العمل بالقياس في حكم فسخ عقد الاجارة بالاعذار وكذا مجرد ان لا ينقل الفسخ بذلك عن الصحابة لا يقدح في صحة القياس عند تحقق شرائطه والحاصل ان جملة ما تشبث به في ترويج نظره ههنا اضعف من بيت العنكبوت ثم ان ما ذكره منقوض بما اعترف به من ان الاعذار الكائنة معتبرة فانه لم يرد في تلك الاعذار ايضا نص ولم ينعقد عليه اجماع ولم ينقل عن الصحابة فيه شيء فالمدار في ذلك ايضا هو القياس

مسائل منثورة اي مسائل شذت عن ابوابها فذكرت ههنا تلافيا للمافات **قوله** واذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز صورة المسئلة اذا كان للخياط او الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله وجاهة ولكنه غير حاذق فيقعد في دكانه رجلا حاذقا ليتقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على ان ما اصابه من شيء فهو بينهما نصفان فهذا في القياس فاسد لان راس مال صاحب الدكان المنفعة والمنفعة لا تصلح راس مال الشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل اجيره بالنصف وهو مجهول لان الاجرة اذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت مجهولة لا محالة وان كان المتقبل هو العامل فهو مستاجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك ايضا مجهول والطحاوي اخذ في هذه المسئلة بالقياس وقال القياس عندي اولى من الاستحسان ووجه الاستحسان ان هذا شركة التقبل في العمل لانهما استويا فيصير راس مال احدهما التقبل وراس مال الآخر العمل وكل واحد منهما يستحق به الاجر فيجوز كذا في النهاية والكفاية وقال صاحب العناية وجه الاستحسان ان هذه ليست باجارة وانما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لان شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها انتهى كلامه واورد عليه بعض الفضلاء قوله واحدهما يتولى القبول من الناس حيث قال فيه بحث فان تعيين احدهما يتولى القبول ليس بلازم في شركة التقبل ولعل مراده كونه متعينا ولا ينافي العبارة مسامحة انتهى اقول منشأ توهمه حمل الواو في قول صاحب العناية واحدهما يتولى القبول للعطف وحمل المعنى على بيان تعيين احدهما لتولي القبول في شركة التقبل وليس كذلك بل مراده ان الواو فيه للحال والمعنى ان شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما حال كون احدهما يتولى القبول من الناس فيفهم منه بطريق الاولوية كون الضمان عليهما حال ان يتوليا القبول من الناس معا فيصير قول صاحب العناية هنا بمنزلة قول صاحب الكافي لان تفسير شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما وان كان احدهما يتولى القبول من الناس لوجاهته والآخر يتولى العمل لحذاقته انتهى فلا محذور في عبارة صاحب العناية ولا مسامحة ثم اعلم ان صاحب العناية ليس بمنفرد في التعبير بتلك العبارة بل سبقه اليه صاحب معراج الدراية حيث قال لان تفسير شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بصحته انتهى

لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بجداقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل **قال** ومن استاجر جملا يحمل عليه محمله وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي رح للجهالة وقد يفضي ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا تفضي الى المنازعة وكذا اذا لم يذكر الوطاء والدثار **قال** وان شاء الجمال المحمل فهو اجود لانه ابقى للجهالة واقرب الى تحقيق الرضاء **قال** وان استاجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق جاز ان يزيد عوض ما اكل لانه استحق عليه حمله مسمى في الطريق فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل والموزون وهذا الزاد مختار عند المعتني كزاد المال فلا مانع من العمل بالاطلاق

كتاب المكاتب

قال واذا كاتب عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا

قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بجداقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل قال الامام الزيلعي في شرح الكنز قال صاحب الهداية هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بجداقته يعمل فيه نوع اشكال فان تفسير شركة الوجوه ان يشتركا على ان اشتريا شيئا بوجوههما ويبيعا وليس في هذه بيع ولا شراء فكيف يتصور ان يكون شركة الوجوه وانما هي شركة الصنائع على ما بينا الى هنا كلامه اقول ليس مراد المصنف بشركة الوجوه في قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة ما هو المصطلح عليه المار في كتاب الشركة بل مراده بها هنا ما وقع فيه تقبل العمل بالوجاهة يشير اليه قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بجداقته يعمل فيندفع الاشكال ولا تمتنع كونها شركة الصنائع والتقبل على المعنى المصطلح عليه في كتاب الشركة وقال صدر الشريعة في شرح الوقاية ففي الهداية حمله على شركة الوجوه وفيه نظر لانه شركة الصنائع والتقبل وكان صاحب الهداية اطلق شركة الوجوه لان احدهما يقبل العمل بوجاهته الى هنا كلامه فكان صاحب الهداية اراد كلامه وقال البعض لا يقبل اذ ذكره صدر الشريعة ولا يخفى عليك ان في قوله في الحقيقة نوع نبوة عن هذا انتهى اقول ان قول المصنف في الحقيقة ليس للاحتراز عن كونها شركة اخرى بل هو للاحتراز عن كونها اجارة وان مراده بالحقيقة ما يقابل الظاهر والصورة لا ما يقابل المجاز فالمعنى ان هذه المعاقدة وان كانت بحسب الصورة وظاهر الحال عقد اجارة بالنصف الا انها بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجوه اي عقد شركة التقبل بالوجاهة فلا نبوة عن هذا في شيء تامل تقف

كتاب المكاتب

قال صاحب النهاية اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق انتهى اقول ان قوله وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق مستدرك بل مختل لانه يرد عليه ان يقال ان وقع الاحتراز بهذا الذي ذكره عن غير تلك الاشياء الثلثة ايضا فما معنى تخصيص تلك الثلث بالذكر وان لم يقع الاحتراز به عن غيرها فما فائدة بيان وقوع الاحتراز به عن تلك الثلثة فقط او ينتقض حينئذ ما ذكره في وجه المناسبة بغير ما من الاغبا بعبارة اخرى انه ان وجب الاطراد في وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن لزم ان لا يتحقق شيء من تلك الوجوه في غير ما ذكر فيه فيلزم فيما نحن فيه الاحتراز عن جميع ما عداه فلا معنى لتخصيص الاحتراز عن تلك الاشياء الثلثة بالذكر وان لم يجب الاطراد فيها بل كفى تحقق كل واحد منها فيما ذكر فيه سواء تحقق ذلك في غيره ايضا ام لا لم يكن فائدة في بيان وقوع الاحتراز بما ذكره فيما نحن فيه عن تلك الاشياء الثلثة سيما اذا لم يحصر ما يقع الاحتراز بذلك عنه في تلك الثلثة والتحقيق ان المناسب في وجوه المناسبات بين هذه الكتب هو الاطراد وان الوجه الذي ذكره صاحب النهاية ههنا ليس بمتحقق في غير ما نحن فيه اصلا كما يظهر بالتامل الصادق وكان مطردا فلا وجه لتخصيص تلك الاشياء الثلثة بالذكر من بين ما وقع عنه الاحتراز بذلك الوجه ثم ان صاحب العناية نقل ما ذكره في النهاية وبين المراد منه حيث قال قال في النهاية اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعني ان قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة لشرط العوض وقوله بطريق الاصالة خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة الى هنا لفظ العناية اقول في كل واحد من نقله وبيانه اختلال اما في نقله فلان الهبة

اما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا

غیر مذکورۃ فی شیٔ من نسخ النہایۃ وقد ضمنہا فی النقل فی البیع والطلاق والعتاق وامانی بیانہ فلانہ قید الہبۃ فی البیان بشرط العوض واطلقہا فی اثناء النقل ولاشک ان قولہ بمقابلۃ مالیس بمال تخرجہا علی الاطلاق اذ الہبۃ بلاشرط عوض لامقابلۃ فیہا اصلا فیخرج بقولہ بمقابلۃ مالیس بمال حتی یخرج بہ الہبۃ بشرط العوض فلا وجہ للتقیید فی البیان وایضا لم یکن النکاح مذکورا فی نسخ النہایۃ ولا فیما نقلہ عنہا وقد تعرض فی البیان بخروج النکاح ایضا لقولہ بطریق الاصالۃ ولایخفی ما فیہ وایضا کان الطلاق والعتاق مطلقین فی المنقول وقد قیدہما فی البیان بکونہما علی مال وجعلہما خارجین بقولہ بطریق الاصالۃ ولم یذکر خروج الطلاق والعتاق بغیر مال لشیٔ من القیدین مع انہما یخرجان بقید المقابلۃ فی قولہ بمقابلۃ مالیس بمال کما ذکرناہ فی الہبۃ بلاشرط عوض فتامل وقال صاحب غایۃ البیان ذکر المکاتب عقیب کتاب العتاق کان انسب ولہذا ذکر الحاکم الشہید فی الکافی کتاب المکاتب وکتاب الولاء عقیب کتاب العتاق لان الکتابۃ مالہا العتق بمال والولاء حکم من احکام العتق ایضا انتہی ونقلہ صاحب العنایۃ قریبا حیث قال وذکر فی بعض الشروح ان ذکر کتاب المکاتب عقیب کتاب العتاق کان انسب ولہذا ذکرہ الحاکم الشہید فی الکافی عقیب کتاب العتاق لان الکتابۃ مالہا الولاء والولاء حکم من احکام العتق ایضا ولیس کذلک لان العتق اخراج الرقبۃ عن الملک بلاعوض والکتابۃ لیست کذلک بل فیہا ملک الرقبۃ لشخص ومنفعتہ لغیرہ وہو انسب للاجارۃ لان نسبۃ الذاتیات اولی من العرضیات الی ہنا لفظ العنایۃ اقول فی نقلہ خطا لان المذکور فی کلام صاحب الغایۃ لان الکتابۃ مالہا العتق وقد قال صاحب العنایۃ فی النقل لان الکتابۃ مالہا الولاء وبینہما بون ولایخفی ان مقصود صاحب الغایۃ بقولہ لان الکتابۃ مالہا العتق بیان المناسبۃ بین العتاق والکتابۃ وبقولہ والولاء حکم من احکام العتق ایضا بیان المناسبۃ بین العتاق والولاء ایضا وکان صاحب العنایۃ حسب مجموع الکلامین بیانا للمناسبۃ بین العتاق والکتابۃ فوقع فیما وقع من تغییر العبارۃ فی النقل تدبر ثم ان بعض الفضلاء بعد ما بینہ لما فی نقل صاحب العنایۃ من الخروج عن سنن السداد قصد رد تزییفہ ایضا فقال وقولہ والکتابۃ لیست کذلک ان اراد بہ انہا لا اخراج فیہ فہو کالمکابرۃ الا یری انہ اخراج الید حالا والرقبۃ مالا وان اراد انہا لیست بلاعوض فمسلم ولاتمس الحاجۃ الی المناسبۃ فی جمیع اجزاء مفہومہ مع ان اعتبار انتفاء العوض فی مفہوم العتق غیر مسلم ایضا وکیف والعتق علی مال باب من ابوابہ وقولہ لان نسبۃ الذاتیات اولی من نسبۃ العرضیات محل تامل الی ہنا کلامہ اقول یمکن دفع ذلک کلہ بان مراد صاحب العنایۃ ان العتق اخراج الرقبۃ عن الملک حالا ویقبض بلاشرط عوض والکتابۃ لیست کذلک ای لیس فیہا اخراج الرقبۃ عن الملک حالا ولیست بلاشرط عوض بل ہی بشرط عوض فیسقط ما ذکرہ ذلک القائل فی کل من شقی ترددہ اما سقوط ما ذکرہ فی شقہ الاول فلانہ لاشک فی ان لیس فی الکتابۃ اخراج الرقبۃ عن الملک حالا وان وجد فیہا مطلق الاخراج واما سقوط ما ذکرہ فی شقہ الثانی فلان الکلام فی الانسبیۃ لا فی مجرد المناسبۃ فلا تمشیۃ لقولہ ولاتمس الحاجۃ الی المناسبۃ فی جمیع اجزاء مفہومہ ثم انہ لما کان مراد صاحب العنایۃ بقولہ بلاعوض بلاشرط عوض لابشرط لاعوض کما نبہنا علیہ من قبل لم یفد قول ذلک القائل مع ان اعتبار انتفاء العوض فی مفہوم العتق غیر مسلم لان اعتبار انتفاء العوض فی مفہوم العتق مما لا یدعیہ احد وانما یلزم ذلک ان لو کان المراد بقولہ بلاعوض بشرط لاعوض واما اذا کان المراد بہ بلاشرط عوض فیعم بالشرط العوض ایضا اذ قد تقرر فی موضعہ ان بلاشرط شیٔ اعم من شرط شیٔ ومن شرط لاشیٔ فیصیر المعتبر فی مفہوم العتق انتفاء اعتبار العوض لا اعتبار انتفاء العوض فیدخل فیہ العتق علی مال لان عدم اعتبار شیٔ لیس اعتبار عدمہ علی ما عرف ثم ان مراد صاحب العنایۃ بالذاتیات فی قولہ لان نسبۃ الذاتیات اولی

وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء

من نسبة العرضيات ما هو الداخل في المفهوم وبالعرضيات ما هو الخارج عنه اذ قد تقرر في موضعه ان الذاتيات في الامور الاعتبارية ما اعتبره المعتبر داخلا فيها والعرضيات ما اعتبره خارجا عنها بخلاف الحقائق النفس الامرية ففي الكتابة كون ملك الرقبة بشخص وهو المولى وكون المنفعة لغيره وهو المكاتب داخل في مفهومها المعتبر عند اهل الشرع واما العتق فامر خارج عن مفهومها وانما هو مآلها الحاصل عند اداء كل البدل وكذا الولاء امر خارج عنه فانه حكم من احكام العتق فكان مناسبة الكتابة بالاجارة من حيث الذاتية وبالعتق من حيث العرضية فكانت النسب للاجارة من العتق ثم ان كثيرا من الشراح قالوا وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان انسب بالتقديم اقول هذا امر عجيب منهم فان مجرد شبهها من بعض الحيثيات بالبيع الذي من بينه وبينها كتب كثيرة غير شبيهة بالبيع من تلك الحيثيات وغير ما كيف يجعل ههنا وجها لتقديمها على الكتابة وهل تقبله الفطرة السليمة والحق عندي ان وجه تقديم الاجارة هو المناسبة الكائنة بينها وبين ما ذكر قبيلها المبينة في صدر كتاب الاجارات فان تلك المناسبة لما اقتضت ذكر الاجارة عقيب ما ذكر قبيلها وهو الهبة اقتضت ايضا بالضرورة تقديم الاجارة على المكاتب ولا يفوت امر التعقيب ثم ان صاحب العناية قال الكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة او ما يؤدي معناه من كل وجه انتهى اقول هذا التعريف خال عن التحصيل قريب من تعريف الشيء بنفسه فان من لا يعلم معنى الكتابة في الشرع لا يعلم ان العقد الجاري بين المولى وعبده بلفظ الكتابة او ما يؤدي معناه ما ذا بل معرفة الثاني تتوقف على معرفة الاول كما لا يخفى ولعل الباعث على وقوع صاحب العناية في هذا المضيق ان صاحب النهاية لما قال واما الكتابة شرعا فانها عبارة عن عقد بين المولى والعبد بلفظ الكتابة او بلفظ يؤدي معناه من كل وجه على ما يجيء على اداء العبد مالا معلوما بمقابلة عتق يحصل له عند اداء انتهى حسب صاحب العناية ان تعريف الكتابة شرعا قد انتهى عند قوله او بلفظ يؤدي معناه من كل وجه فقطع به الكلام في كتابه وليس الامر كما حسبه فان قول صاحب النهاية على اداء العبد مالا معلوما الى آخره من تمام التعريف متعلق بقوله عقد بين المولى والعبد بيان للمعقود عليه والمعقود به فيحصل بالمجموع معرفة معنى الكتابة شرعا كما ترى ثم ان الاظهر في تعريفها الشرعي ما ذكر في الكافي والكفاية بان يقال الكتابة التحرير يدا في الحال ورقبة عند اداء المال وما ذكر في الوقاية وغيرها بان يقال الكتابة اعتاق المملوك يدا حالا ورقبة مآلا فليتدبر قوله وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء قال تاج الشريعة وصاحب الكفاية حض الفقهاء لان عند اصحاب الظواهر كداود الاصفهاني ومن تابعه ان هذا امر ايجاب حتى اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه ان يكاتبه انتهى اقول بقي اشكال وهو ان صاحب الكشاف قال في تفسير هذه الآية وهذا الامر للندب عند عامة العلماء وعن الحسن ليس ذلك بعزم ان شاء كاتب وان شاء لم يكاتب وعن عمر رضي الله عنه هي عزمة من عزمات الله وعن ابن سيرين مثله وهو مذهب داود انتهى فعلى هذا كيف يتم القول بان هذا الامر ليس للايجاب باجماع بين الفقهاء وعمر رضي الله عنه من اجلة الصحابة المعروفين بالفقه والرواية وابن سيرين رحمه الله تعالى من اعيان التابعين وكبار الفقهاء وعن هذا قالوا جالس الحسن وابن سيرين فقول عمر وابن سيرين بالوجوب ينافي ادعاء الاجماع بين الفقهاء في ان ليس هذا الامر للايجاب اللهم الا ان يقال ان ما ذكر في الكشاف انما يدل على ان الوجوب في هذا الامر رواية محققة عن عمر وابن سيرين لا انه مذهبهما المقرر وكلام المصنف بناء على ما كان مذهبا مقررا بين الفقهاء فتامل وقال صاحب معراج الدراية ويقوله اجماع الفقهاء يحترز عن قول داود ومن تابعه وعمرو بن دينار وعطاء ورواية صاحب التقريب من اصحاب الشافعي ورواية عن احمد فانهم قالوا يجب الكتابة اذا سأل العبد اذا كان ذا امانة وذا كسب اذ الامر يفيد الوجوب على تقدير علم الخيرية انتهى كلامه اقول فيه نظر فان كثيرا

وانما هو امر مندوب هو الصحيح ففي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه اما الندبية فمعلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التراضي ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم وما اختاره قول زيد رضي الله عنه ويعتق باداء ثمنه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع

من هؤلاء فقهاء سيما الشافعي واحمد فكيف يتم الاحتراز بقوله باجماع الفقهاء من قولهم بالايجاب في هذا الامر وقولهم بذلك ينافي ادعاء اجماع الفقهاء على عدم الايجاب في هذا الامر فانى يصح الاحتراز به عنه اللهم الا ان يقال يكون به الاحتراز على عدم تسليم فقه بعضهم وعلى عدم تسليم ثبوت قول بعضهم بذلك بناء على عدم الاعتداد برواية القول بذلك فتامل **قوله** وانما هو امر مندوب هو الصحيح هذا احتراز عما قال بعض مشايخنا ان الامر لاباحة المندوب كما في قوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله تعالى ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة فانها جرت على ان المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا كثيرا كذا في الشروح اقول هذا وبما مر انفا من قول بعض العلماء بكون الامر فيه للوجوب يظهر اختلال ما ذكره الامام الزاهدي في شرح مختصر القدوري في هذا المقام حيث قال وانه للندب باجماع الامة انتهى اذ قد علم منها ان كون الامر للندب في فكاتبوهم ليس مما وقع عليه اجماع الامة بل ما وقع فيه اختلافهم ولكن المختار هو القول بانه للندب كما هو مذهب اكثر العلماء **قوله** وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه تقريره ان في الحمل على الاباحة الغاء الشرط وهو قوله ان علمتم فيهم خيرا لان الاباحة ثابتة بدونه بالاتفاق وكلام الله منزه عن ذلك كذا في العناية وغيرها واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا انتهى اقول هذا ساقط لان معنى عدم اعتبار مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا ان التقييد بالشرط لا يدل على نفي الحكم عما عداه لا ان ليس في ذكره فائدة اصلا فان هذا لا يليق بكلام البشر فضلا عن كلام خالق القوى والقدر نعم يرد على ذلك منع ان في الحمل على الاباحة الغاء الشرط المذكور بل فيه فائدة وهي اخراج الكلام على مجرى العادة كما صرح به من قال بالاباحة على ما ذكر في عامة الشروح **قوله** والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله اقول لقائل ان يقول فعلى هذا لا يكون في الحمل على الاباحة الغاء الشرط لان عقد الكتابة يصير بدون الشرط حينئذ مكروها لا مباحا اذ قد تقرر في علم الاصول ان المباح ما استوى طرفا فعله وتركه وان المكروه ما كان طرف تركه اولى واذا كان الافضل عند انتفاء الشرط المذكور على المعنى المزبور ان لا يكاتبه كان جانب الترك اولى فيصير عقد الكتابة اذ ذاك مكروها لا مباحا فينافي قوله فيما قبل وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه فليتامل **قوله** لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد الى اخره قال تاج الشريعة فان قلت اختلاف الصحابة في المسئلة وتكلمهم فيها بالراي يدل على زيافة الحديث كما عرف ولهذا زيفنا ما روى اصحاب الشافعي رضي الله عنه انه عليه السلام قال اتجروا في اموال اليتامى خيرا كيلا يأكلها الزكوة في ايجاب الزكوة في مال الصبي بان الصحابة رضي الله تعالى عنهم اختلفوا في هذه المسئلة ولم يحتج احد منهم بهذا الحديث قلت جاز انه ما بلغ اليهم انتهى كلامه اقول في الجواب بحث لانه مشترك الالزام اذ يجري في كل موضع وقع فيه اختلاف الصحابة ان يقال جاز ان لم يبلغ اليهم الحديث فيلزم ان لا يتم الاستدلال باختلاف الصحابة في المسئلة وتكلمهم فيها بالراي على زيافة حديث قطع مع انه خلاف ما عرف والظهر في الجواب ان يمنع كون اختلاف الصحابة في هذه المسئلة بالراي ويقال يجوز ان يكون اختلافهم فيها باعتبار ورود حديث آخر بخلاف ذلك كما روي انه عليه السلام قال اذا اصاب المكاتب ميراثا ورث بحساب ما عتق منه وروي انه عليه السلام قال يؤدي المكاتب بحصة ما ادى دية حر وبما بقي دية عبد كما ذكر في بعض الكتب الذي يدل على زيافة الحديث انما هو اختلافهم بالراي لان استعمال الراي في موضع النص لا يجوز على ما عرف في الاصول

قوله ويعتق باداء ثمنه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير تصريح كما في البيع وعند الشافعي لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا على انك ان ادية الي فانت حر قال كثير من الشراح وحاصل الاختلاف بيننا وبينه راجع الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا ضم حرية اليد الى حرية الرقبة

ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع **قال** ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما ومثل المنجم لا يجوز الا لا بد من تغير لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبل فوت نجاز في التسليم على اصله لانه اهل الملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فثبت به ولنا ظاهر ما تلونا من غير فرق التنجيم ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف المسلم على اصله لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة على المسامحة فيمهله المولى ثلاثا واخلاف المسلم مبناه على المضايقة وفي الحال كان امتنع من الادا وجاء الى الرق **قال** ويجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل البيع والشراء لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي ايضا فيه وهو بناء على مسئلة اذن الصبي في التجارة وهذا الخلاف اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع **قال** ومن قال لعبده جعلت عليك الف درهم الى نجوما اول النجوم كذا فاذا ادى نجما فانت حر وان عجزت فانت رقيق فان هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير الكتابة ولو قال اذا اديت الي الفا فانت حر فهذه مكاتبة في رواية ابن سماعة لان التنجيز يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي رواية ابي حفص رح لا يكون مكاتبا اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة **قال** واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج عن ملكه ما لم يؤد من بدل الكتابة وهو الفسخ فيها لكتابة وهو الى ما لكية تفسيره وتحقيق مقصود الكتابة وهو اداء البدل لتملك البيع والشراء والخروج الى السفر دون ادائه المولى ما عليه لم يخرج عن ملكه فلا يزول ملكه عنه لعدم اهليته على المسلم اليه وبعدم ذلك يتحقق العتق ويتحقق شرطه لانه لا يثبت له ذمة حتى من جهة ان اعتقه عتق عنه لانه لا ذمة له فيتعين العتق وليسقط عنه بدل الكتابة لانه فات الذمة لا مقابل له فيحصل العتق له وقد حصل دونه **قال** ولو ادى الى المولى مكاتبته لزمه العتق لانها صارت حرة بالتعجيل لتحقق الكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبها اما عليه من جانبها اما عليه من جانبه والى الحرية من جانبها اما عليه من جانبه بالعتق بالاداء ولا يمكن ان يجعل عليها او على ولد بالزامه الجناية لما بينا ان الملك فيها لا يثبت عام لان المولى كالاجنبي في حق الساريات ونفسها اذ لا يجعل كذلك لا تلتقي المولى فيستتم حصول الغرض المبتغى بجعلها

عند الادا ولو كانه قال وجبت حرية العبد في الحال وحرية الرقبة عند الادا ولو نص على هذا عتق عند الادا وكذا هذا وعند الشافعي تفسير الختم تحكم الى تحكم ولو نص عليه بان قال ضربت عليك الفا على ان تؤديها الى كل شهر كذا لم يعتق كذا هذا انتهى كلامهم وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا عن الحواشي الجلالية منقولا فيما من المبسوط ولا يخفى عليك ان ما ذكره من الختم ليس تفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف انتهى اقول تخصيص المص رح عليه ممنوع كما لا يخفى على الناظر في عبارته هنا بل لا يبعد ان يدعى تخصيصه على خلافه بعد صحيفة حيث قال اما الخروج من يده فيتحقق معنى الكتابة وهو الختم انتهى ولئن سلم ذلك فكون الختم المذكور موجب العقد لا ينافي كونه تفسير الكتابة لان موجب الشيء من لوازمه وتفسير الشيء بلازمه ليس بعزيز كما هو حال الرسوم عامة ولئن سلم ذلك ايضا فيجوز ان يكون معنى قولهم راجع الى تفسير موجب الكتابة على حذف المضاف كما هو الطريقة الشائعة المسماة بالمجاز بالحذف ومنها قوله تعالى وجاء ربك اي امر ربك وقوله تعالى واسأل القرية اي اهل القرية الى غير ذلك فلا معنى لرد كلام الثقات بما هو وهم محض **قوله** ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع وقال الشافعي يستحب عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى واتوهم من مال الله الذي اتاكم فان الامر المطلق للوجوب والجواب ان دلالة الآية على ذلك ممنوعة لانه قال من مال الله وهو يطلق على اموال القرب كالصدقات والزكوة وكان الله تعالى امر بان تعطى المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا بها على اداء الكتابة والمأمور به الايتاء وهو الاعطاء والحط لا يسمى اعطاء والمال الذي اتانا الله هو ما في ايدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فحمله على حط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به الندب كالذي في قوله فكاتبوهم لا يقال القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم لانا لم نجعل القرآن موجبا بل نقول الامر المطلق من قرينة غير الموجب للوجوب وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك كذا في العناية اقول فيه نظر لان قوله تعالى فكاتبوهم لا يصلح ان يكون قرينة لكون الامر في قوله واتوهم لغير الوجوب بدون ملاحظة ايجاب القرآن في نظم القرآن في الحكم اذ لا دلالة في مجرد كون امر لغير الوجوب على كون امر آخر ايضا لذلك حتى يجعل كون الامر في قوله فكاتبوهم للندب قرينة لكون الامر في واتوهم ايضا كذلك **قوله** بخلاف المسلم على اصله لانه اهل الملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فثبت قال صاحب العناية ولقائل ان يقول احتمال القدرة في حق المكاتب ثبت لان المسلمين مأمورين باعانته والطرق متسعة هي استدانة واستقراض واستيهاب واستعانة بالزكوة والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول هذا السؤال ليس بوارد لانه ان اريد ان احتمال القدرة قبل العقد ثبت في حق المكاتب فليس بذاك قطعا اذ لا اهلية فيه للملك قبل العقد قط فانى يثبت له احتمال القدرة على المال قبله فان اريد بان احتمال القدرة عقيب العقد ثبت في حقه فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعا لان مدار فرق الشافعي بين الكتابة وبين المسلم على اصله انما هو ثبوت احتمال القدرة على المبيع للعاقد قبل العقد في المسلم لكون العاقد فيه اهلا للملك قبل العقد بخلاف الكتابة فان العاقد فيها ليس باهل للملك قط قبل العقد فلا يتصور ثبوت القدرة على البدل له قبل العقد وهذا امر ضروري لا مجال لانكاره فلا وجه للمناقشة فيه كما نقله الشارحان المزبوران والحق في الجواب عما قاله الشافعي رح هنا ان يسلك طريقة القول بالموجب فيقال سلمنا ان العبد قبل عقد الكتابة لا يملك شيئا من الاموال ولا يعقد عليه لعدم اهليته للملك قبله ولكن ثبوت الملك والقدرة عليه حال العقد انما يشترط في حق المعقود عليه دون المعقود به الا يرى ان المفلس لو اشترى اموالا عظيمة يصح شراؤه وان لم يكن هو مالكا بشيء من الثمن وبدل الكتابة معقود به فلا يلزم ان يكون العبد بالكاله حال عقد الكتابة بخلاف المسلم فيه فانه معقود عليه وقد اشار اليه المصنف فيما بعد حيث قال ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف المسلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه انتهى تحرير **قوله** واما اخراجه من يده فيتحقق معنى الكتابة وهو الختم فيتم ملكه يده اما لكيته نفسه

يستحلف

فصل في الكتابة الفاسدة قال اذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه
فلا يصلح بدلا لنفسه بعقد والثاني فلان قيمته مجهولة فقد اوجبا وصفا فتناحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولانه تنصيص
على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب القيمة قال فان ادى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق لاداء قيمة الخمر لان البدل هو القيمة وعن ابي يوسف انه يعتق باداء
الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى وعن ابي حنيفة رحمه الله انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان ادّيتها اليّ فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط
لا بعقد الكتابة وصار كما اذا كاتب على قيمة او دية وفصل في ظاهر الرواية وجه الفرق بينهما وبين القيمة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيهما وجهة العتق فيهما وجهة
اداء العتق بالشرط اما القيمة فليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فيلغو فيه معنى الشرط فلذلك لا يعتق عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه بعقد
فيفسد بفساد العقد فتعين بالعتق فيجب بالعتق قيمته كما اذا ابرأه المسلم اذا اتلف المبيع قال لا يعتق عن المسمى وادى غيره لانه عقد فاسد فيجب القيمة بدلا عن البدل بالغة ما بلغت كما اذا ابرأ المسلم الفاسد

قال صاحب العناية في شرح هذا المحل اما الخروج من يده فلتحقق معنى الكتابة لغة وهو الضم فيضم مالكية يده اي حاله في الحال الى
مالكية نفسه التي تحصل عند الاداء قال فان قيل ضم الشيء الى الشيء يقتضي وجودهما ومالكية النفس في المال ليست بموجودة
فكيف يتحقق الضم اجيب بان مالكية النفس قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الارش ولو وطئ المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم
انتهى كلامه اقول فيه خلل لان هذا الجواب ينافي قوله فيما قبل الى مالكية نفسه التي تحصل عند الاداء لان مقتضى هذا الجواب ان يكون المضموم والمضموم
اليه موجودين في الحال وقوله اولا ان يكون المضموم اليه حاصلا عند الاداء لا في الحال والا يلزم ان تكون قوله التي تحصل عند الاداء لغوا
من كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء بعد ان تنبه لما قلنا قال لا يخفى عليك ايضا ان الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج الى هذا بل يجوز ان يقال الضم
انما يتحقق حين وجود مالكية النفس على قياس ضم الضم الى الضم وقوله ليس بذاك يريد انه لو كفى تحقق الضم حين مالكية النفس لبطل اصل كلام المصنف
وهو قوله اما الخروج من يده فلتحقق معنى الكتابة وهو الضم فان تحقق الضم حين مالكية النفس لا يتوقف على الخروج من يده في الحال بل يتيسر بالخروج
من يده حين مالكية النفس التي تحصل عند الاداء على ما مر وبنى السؤال والجواب على تصحيح كلام المص فلا بد من المصير الى تحقق معنى الضم في الحال

فصل في الكتابة الفاسدة آخر الكتابة الفاسدة عن الصحيحة لانحطاط رتبة الفاسدة عن الصحيحة **قوله** اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه
المسلم غير عن مسئلتي الكتابة على الخمر والكتابة على الخنزير بالاول دون الاولين لاتحادهما في جهة الفساد وهي عدم تحقق المالية في شيء من الخمر
والخنزير في حق المسلم فكانتهما صارا مسئلة واحدة والا فهما مسئلتان مستقلتان في الحقيقة كمسئلة الكتابة على القيمة وقد ادى الى هذه النكتة في
بسط المسائل ايضا حيث اعاد كلامه على عند ذكر القيمة دون ذكر الخنزير كما ترى وعن هذا عبر عن عقد الكتابة على قيمة العبد بالثاني فقال
واما الثاني فلان القيمة مجهولة الى آخره مع انه في الحقيقة مسئلة ثالثة بلا ريب **قوله** وعن ابي يوسف انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق
باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى قال صاحب النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة
فعلى هذا كان من حقه ان لا يخص ابا يوسف وان لا يذكر بكلمة عن انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية قلت يصح ان كان الالف
واللام في القيمة بدلا عن نفسه واما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكره في بعض الشروح فيجوز ان يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن ابي يوسف انتهى
وقال الشارح العيني بعد نقل ما في النهاية والعناية جميعا قلت سواء جعل الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه او عن الخمر فعتقه باداء الخمر هو ظاهر
الرواية عندهم والشراح ما جعلوا الالف واللام في القيمة الا بدلا عن نفسه كما صرح به تاج الشريعة وغيره انتهى اقول ما قاله الشارح العيني ليس
بشيء اما اولا فلان ظاهر الرواية انما هو عتقه باداء الخمر وباداء قيمة نفسه والمروي عن ابي يوسف ههنا بكلمة عن على تقدير ان يجعل الالف واللام
في القيمة بدلا عن الخمر انما يكون عتقه باداء عين الخمر وباداء قيمة الخمر وهذا غير ظاهر الرواية قطعا اذ لا يلزم من اشتراك الروايتين في حد الجزئيين
وهو عتقه باداء عين الخمر اتحادهما ضرورة اختلافهما بالجزء الآخر وهو عتقه باداء قيمة نفسه في ظاهر الرواية وعتقه باداء قيمة الخمر في الرواية الاخرى
فقوله سواء جعل الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه او عن الخمر فعتقه باداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم لغو محض واما ثانيا فلان صاحب غاية البيان
من الشراح جعل الالف واللام في القيمة بدلا عن الخمر حيث قال في شرح المقام وابو يوسف قال ان كل واحد من عين الخمر وقيمتها بدل الخمر
باعتبار الصورة والقيمة باعتبار المعنى فيعتق اذا ادى ايهما كان انتهى واشار الى ذلك صاحب العناية بقوله واما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في

وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فتجب القيمة بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته
عتق باداء القيمة لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى العقد فيه وان الجهالة في الفساد تجري فيما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب

بعض الشروح فقول العيني في شرحه ما جعلوا الالف والام في القيمة الا بدلا عن الاضافات ارادوا به الكلية كما هو الظاهر فليس بصحيح والا فليس بمفيد

قوله وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فتجب القيمة بالغة ما بلغت قال صاحب العناية في
شرح هذا المقام وهذا اي وجوب القيمة بالغة ما بلغت لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة لانه يخرج ملكه في مقابلة
بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء والعبد رضي بالزيادة سواء كانت في القيمة او اخراج في المسمى
كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فانه ان لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فتفوت له ادراك شرف الحرية انتهى كلامه اقول هذا الشرح غير مطابق
للشروح وغير تام في نفسه اما الاول فلان الظاهر ان كلمة هذا في قول المصنف وهذا اشارة الى مضمون قوله ولا ينقص عن المسمى وتزاد عليه
والمعنى وهذا اي ما ذكر من عدم النقصان عن المسمى والزيادة عليه لان المولى ما رضي بالنقصان عن المسمى والعبد رضي بالزيادة عليه كيلا يبطل حقه
في العتق بالكلية فحينئذ ينتظم الدليل والمدعى بلا كلفة اصلا وترشد اليه تصريح صاحب الكافي حيث قال ولا ينقص عن المسمى وتزاد عليه لان المكاتب
رضي بالمسمى وزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا والمولى ما رضي بالنقصان عنه انتهى واما على ما ذكره صاحب العناية من كون كلمة هذا اشارة الى
وجوب القيمة بالغة ما بلغت فيحتمل كلام المصنف لانه اما ان يكون المراد بالنقصان في قوله لان المولى ما رضي بالنقصان هو النقصان عن القيمة ثم
ان يكون قوله فيما قبل ولا ينقص عن المسمى خاليا عن التعليل والبيان عن الكلية مع انه مقام مقصود بالبيان هنا كما لا يخفى او يكون المراد بذلك
هو النقصان عن المسمى فيلزم ان لا يطابق الدليل المدعى وان لا يفيد اذ لا يستدعي عدم رضى المولى بالنقصان عن المسمى الوجوب المسمى من وجوب القيمة بالغة
ما بلغت لجواز ان تكون القيمة اكثر من المسمى او يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى والقيمة جميعا كما يفصح عنه قول الشارح المزبور
لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة فيرد عليه ان يقال ان عدم رضاه بالنقصان عن المسمى مما لا مدخل له في وجوب القيمة
بالغة ما بلغت فما معنى تعميم النقصان هنا النقصان عن المسمى لعل الشارح المسطور انما اعتبر بقول المصنف في آخر كلامه فتجب بالغة ما بلغت ولكنه
تفريع على قوله والعبد رضي بالزيادة الى آخره لا على مجموع الدليل فلا وجه للاعتراض بذلك ايضا واما الثاني اي انه غير تام في نفسه فلان قوله
لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة ممنوع كيف وتنقيص المولى على قدر معين مسمى دليل على رضاه به قطعا سواء كان ناقصا
عن القيمة ام لا فما يخالف رضاه انما هو النقصان عن المسمى لا غير ولئن سلم ذلك فينتقض بالكتابة الصحيحة اذا كان البدل المسمى فيها اقل من القيمة
فانه لا يجب هناك الزيادة على المسمى من القيمة قطعا مع جريان الدليل المذكور هنا في تلك الصورة ايضا على تقدير صحة تعميم النقصان في قوله لان المولى
ما رضي بالنقصان النقصان الكائن في المسمى وفي القيمة تامل تقف ثم قال صاحب العناية ولعل المتصور على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة انما
هو بعد وقوع العتق باداء عين المحرم فكيف يتصور بطلان حقه في العتق اصلا بعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند
ابتداء العقد لا في بقائه انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان الذي يلزم من عدم الرضا بالزيادة عند ابتداء العقد انما هو عدم ثبوت العتق
رأسا لا بطلان حقه في العتق بعد ثبوت حقه فيه كما يفيده عبارة المصنف وهي قوله كيلا يبطل حقه في العتق اذ الظاهر ان بطلان حق شخص في شيء
انما يكون بعد تعلق حقه به اولا ومورد ما قيل انما هو قول المصنف كيلا يبطل حقه في العتق اصلا كما صرح به في النهاية وغيرها فكيف يسقط ذلك بما ذكره
الشارح المزبور الزيادة والنقصان عند ابتداء العقد واجاب جماعة من الشراح عن ذلك السؤال بوجه آخر حيث قالوا فان قيل ما وجه قوله كيلا

لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناس الثوب فرد يثبت العتق بدون ارادته **قال** وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه بغير لانه لا يقدر على تسليمه وهو شيء
بالتعيين حتى لو قال كاتبتك على هذه الالف الدرهم وهي بغير جاز لانه لا يتعين في المعاوضات فيتعلق بذمته وهو دين في الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجوز حتى اذا هلكه وسلمه يعتق
يجوز في الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موجودة فاشبه الصداق قلنا ان العين في المعاوضة معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع
يجوز في الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فوجد ما هو تابع فيه اولى فلو اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد رحمه الله انه يجوز لانه يجوز البيع عنده لا مانع فالكتابة اولى
وعن ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز لانعدام العقد لعدم الاجازة على ما قال في الكتاب وللجامع بينهما انه لا يفيد ملك المكاتب وهو المقصود لانها تثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا كان
البدل عينا معينا والمسئلة فيه على ما بيناه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع بينهما
تسمية الشيء لكونه مالا وتملك المكاتب ذلك العين فعن ابي حنيفة رحمه الله رواه ابو يوسف رحمه الله انه اذا اداه لا يعتق وعلى هذه الرواية لا ينعقد العقد لانه اذا لم يثبت حق تحصيله يعتق
بحكم الشرط وهكذا عن ابي يوسف رحمه الله وعنه انه يعتق قال ذلك او لم يقل لان العقد منعقد من الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء الشرط وهو كتابة على عين في يد المكاتب ففيه ويأتي في مسئلة الكتابة على الاعلام
وقد عرفت ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه الرواية في كفاية المنتهى **قال** وان كاتبه على مائة دينار على ان يؤديها الى عبد له بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة
المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فتبطل منها حصة العبد فيكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدلا للكتابة وينصرف الى الوسط فكذا ما يصلح مستثنى منه وهو الاصل في ابدال العقود

يبطل حقه في العتق واعتبار القيمة بعد وقوع العتق باداء الخمر وانه لا يقبل البطلان فكيف يتصور بطلان حقه في العتق قلنا يحتمل ان القاضي يرى
صحة ما روي عن ابي حنيفة انه اذا كاتبه على الخمر ولم يقل ان اديتها فانت حر فادى الخمر لا يعتق فلو قضى القاضي بتلك الرواية يبطل حقه في العتق
انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان مقتضى هذا الجواب ان يكون قوله كيلا يبطل حقه في العتق علة لعدم قضاء القاضي بتلك الرواية لا لرضاء العبد
بالزيادة والمذكور في الكتاب خلافه والكلام فيما ذكر في الكتاب فلا يتم ذاك الجواب واما ثانيا فلان ذلك على تقدير تمامه انما يتمشى في صورة
ان لم يقل المولى للمكاتب على الخمر ان اديتها فانت حر لا في صورة ان قال له ذلك اذ لا رواية لعدم العتق عند اداء الخمر في هذه الصورة فلا
يرى للقاضي فيها مع ان ما نحن فيه يعم الصورتين كما لا يخفى فيبقى السؤال في صورة ثم ان صاحبي النهاية ومعراج الدراية ردا على المصنف ههنا حيث
قالا ثم قوله كيلا يبطل حقه في العتق لا يصلح تعليلا لقوله رضي العبد بالزيادة لانه يحتمل ان يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى وان يبطل
حقه لان ذلك نفع مشوبا بالضرر لان تحمل الزيادة ضرر عليه وان كان عتقه نفعا له انتهى اقول ليس ذاك بسديد لان تحمل الزيادة انما يكون ضررا
عليه لو كانت الزيادة باقية على ملكه عند عدم تحمل تلك الزيادة واختيار الرق وليس كذلك لا محالة فانه اذا اختار الرق يصير جميع ما اكتسبه ملكا
لمولاه ويقدر المولى بعد ذلك على ان يستعمله كيف يشاء فيحصل به اكثر من تلك الزيادة فلم يظهر في رضى العبد بالزيادة ضرر عليه ولا في عدم رضاه بها نفع
له اصلا ثم قالا والاولى في تعليل ذلك ان يقال لان العبد لما عقد عقد الكتابة الفاسدة مع مولاه كان قابلا لقيمة نفسه بالغة ما بلغت لان ذلك موجب
عقد الكتابة الفاسدة وهو اقدم عليه باختياره ورضاه ثم قيمة نفسه قد تربو على المسمى وكان راضيا بالزيادة على المسمى ضرورة انتهى اقول وهو ايضا ليس
بسديد لان في التعليل بما ذكره مصادرة على المطلوب فانا بصدد ان نثبت بدليل ان موجب الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت ومن
جملة مقدمات ذلك قوله والعبد رضي بذلك الزيادة فلو علمنا هذه المقدمة بما تبتني على كون الواجب في عقد الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت
لزم المصادرة قطعا ثم اقول بقي شيء في كلام المنصف وهو ان قوله لان المولى ما رضي بالنقصان الى آخره دليل شافي مفيد لتمام المدعى وهو ان
لا تنقص القيمة عن المسمى وتزاد عليه الا ان قوله لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد يرى مستدركا منها
لانه صار مستغنى عنه بما ذكر قبله من قوله لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع وليس
له دلالة على تمام المدعى فانه لا يدل على ان لا تنقص القيمة عن المسمى فلم يكن في ذكره فائدة وكان الاولى طرحه من البين كما في الكافي **قوله** لانه
لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناسه فلا يثبت العتق بدون ارادته قال صاحب العناية وتقريره ان الثوب عوض والعوض يقتضي ان
يكون مرادا والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فلا يكون مرادا فتعين ان يكون المتعين مرادا والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف اجناسه فلا
يعتق بدون ارادته بخلاف القيمة فانها وان كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين انتهى كلامه اقول فيه كلام اما اولا فلانه ان اراد بالمطلق
في قوله والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فردا منها من الثوب فلا نم انه ليس بموجود في الخارج اذ الابهام انما ينافي التعيين لا الوجود في الخارج
وكم من شيء يجزم بوجوده في الخارج وان لم يتعين خصوصيته عندنا وان اراد بذلك مفهومه الكلي فنسلم انه ليس بموجود في الخارج ولكن لا نسلم حينئذ
قوله فتعين ان يكون المتعين مرادا لجواز ان يكون المراد هو المبهم فلا بد من بيان بطلان هذا الاحتمال ايضا واما ثانيا فلان المانع ان يمنع امكان استدراك
مراده بتقويم المقومين في صورة الكتابة على القيمة بناء على تقريره في صحة الكتابة على الثوب اذ قد حكم فيه بتعين كون المتعين مرادا وبتعذر الاطلاع

ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى قال واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة استحسانا ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح اما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشتمل اجناسا مختلفة فيتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي رح لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع

على ذلك لاختلاف اجناسه ولا شك ان الامر كذلك في صورة الكتابة على القيمة ايضا الا يرى الى قول المصنف فيما مر واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كانت على ثوب او دابة انتهى فكيف يمكن اطلاع المقومين على مراده في صورة الكتابة على القيمة بين تعيين منهم قال قوله ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى يعني انهما يسلمان الاصل المذكور ولكن يقولان ذلك فيما صح استثناؤه من غير ان يورد فساد العقد وههنا استثنا العبد عينه من الدراهم غير صحيح لاختلاف الجنس وانما يصح استثناؤه منها باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدل الكتابة لتفاحش جهالتها قدرا وجنسا ووصفا كما مر في اول الفصل فكذلك لا يصلح ان يقع مستثنى من بدل الكتابة كذا في الشروح والكافي اقول يرد على هذا التعليل انه يقتضي ان لا يصح الكتابة فيما اذا شرط ان يرد المولى عليه عبدا معينا ايضا لجريانه فيها ايضا بعينه فان قيمة العبد المعين ايضا مجهولة جهالة فاحشة ولهذا لو كاتب عليها لم يصح كما مر في اول الفصل وعدم المجانسة بين عين العبد المعين وبين الدراهم ايضا ظاهر مع انهم صرحوا بان الكتابة صحيحة بالاتفاق فيما اذا شرط ان يرد عليه عبدا معينا فالصحيح من صاحب الدرر والغرر انه علل هذه المسئلة بوجه آخر وعزاه الى الزيلعي واورد عليه النقض بما اذا شرط ان يرد عليه عبدا معينا وجعل الوجه المذكور في الكتاب هو الصواب وعزاه الى الكافي حيث قال لان هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لان ما كان من المائة بازاء الوصيف الذي يرده المولى بيع وما كان منها بازاء رقبة المكاتب كتابة فيكون صفقة في صفقة فلا يجوز النهي عنها كذا قال الزيلعي ويرد عليه انه يقتضي عدم صحة العقد اذا شرط ان يرد عليه عبدا معينا او امة معينة والقوم صرحوا بخلافه والصواب ما في الكافي وهو ان بدل الكتابة ما في هذه الصورة مجهول القدر فلا يصح كما لو كاتبه على قيمة الوصيف وهذا لان العبد لا يمكن استثناؤه من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح ان تكون بدل الكتابة لجهالتها فكذا لا تصلح ان تكون مستثنى من بدل الكتابة انتهى ولا يخفى على ذي فطانة انه لا فرق بين الوجه الذي عزاه الى الزيلعي والوجه الذي عزاه الى الكافي في ورود النقض بالصورة المزبورة عليهما فرد الاول بورود ذلك عليه واستصواب الثاني ليس بمعقول المعنى قوله اما اذا لم يبين مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشتمل اجناسا فيتفاحش الجهالة بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة قال في العناية واعترض على المصنف بان شمول اللفظ للاجناس ان منع الجواز ما جازت فيما اذا كانت على عبده لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة ان العبد يتناول اجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد واجاب ان اللفظ ان شمل اجناسا عالية كالدابة مثلا او متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقا في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها وان شمل اجناسا سافلة كالعبد منع فيما بني على المكايسة كالبيع والوكالة لا فيما بني على المسامحة كالكتابة والنكاح انتهى اقول ليس السؤال بشيء ولا الجواب اما الاول فلانا لا نسلم ان شمول اللفظ للاجناس ان منع الجواز ما جازت فيما اذا كاتب على عبده وقوله لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة ان العبد يتناول اجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد فرية بلا مرية لان المصنف ما ذكر قط في كتاب الوكالة ولا في موضع آخر ان العبد يتناول اجناسا والذي ذكره في كتاب الوكالة انما هو ان العبد يشمل انواعا وان ما يشمل انواعا لا يصح التوكيل بشرائه الا ببيان الثمن او النوع فانه قال هناك ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد بين كل جنس فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الاستثناء مثاله اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان بين النوع كالتركي والحبشي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن

لقوله انه معاوضة مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه يبتنى على المسامحة بخلاف البيع لان مبناه على المماكسة قال ولذا كاتب المفضول عبده على خير منه جاز استحسانا اذا كان مقدارا معلوما والعبد كاف لايفاء مال في حقهم بمنزلة الحر في حقه وانما اسم المفضول وبه الخير لان المسلم يستحق عن تمليك الخير وقد ملكوا في التسليم ذلك اذ الخير قد يتعين فيجبر عن تسليم البدل فيجب عليه بهذه وهذا بخلاف ما اذا باع الذمي خمرا من مسلم حيث يفسد البيع على ما قال البعض لان الخمر يتعين بالاشارة في الكتابة فانه لو كاتب على وصيف وابق يا بقيمة يجبر على قبول جاز ان يبقى المعقود عليه الخمر لا البيع لا يتعقد بعين على الخمر فافترقا قال واذا قبضها عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى صار العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث اخرج الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر واذا قبضها عتق وقد بيناه من قبل والله اعلم

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

لما ذكر انتهى فعل يتوهم العاقل من ذلك الكلام ان العبد يتناول احتياجا ما يحيله مدارا الاعتراض على المصنف ههنا وقد سبق الى هذا التوهم صاحب النهاية ومعراج الدراية ولعمري انه من العجائب من امثال هؤلاء الفحول واما الثاني فلان الجواب المزبور مع ابتنائه على القول بمراعاة الاجناس الذي هو من اصول اهل المعقول دون اصطلاحات اهل الفقه بمعزل مما يفهم من كلام المصنف في المتاجر اي في كتاب الوكالة وفيما ذكر فيها هناك فلما عرفت آنفا واما فيما نحن فيه فلانه لو كان مراده ما في الجواب المزبور لزمه ان يقيد الجنس في قوله ومعناه ان يتبين الجنس بالجنس العالي والمتوسط والنوع بيان الجنس الاسفل ليس بواجب على مقتضى ذلك الجواب فلا بد من البيان قوله ولنا انه معاوضة مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع ان يبتنى على المسامحة بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولنا ان هذا يعني ما قاله الشافعي قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما ان يكون من حيث ابتدائها او من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في مقابلة فك الحجر في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح في الانتهاء في ان مبنى كل منهما على المسامحة وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة زيادة استظهار انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلانه جعل المصنف فاشبه النكاح متفرعا على الشق الثاني فقط حيث قال فاشبه النكاح في الانتهاء وليس بتام لان كون النكاح في الابتداء معاوضة مال وهو المهر بغير مال وهو منفعة البضع ظاهر مقرر عندهم في محله واما كونه في الانتهاء معاوضة مال بمال فغير ظاهر وما لم يقل به احد من الشراح ههنا سوى تاج الشريعة والعيني فانهما قالا في تعليل قول المصنف فاشبه النكاح لان منافع البضع مال عند الدخول فيكون معاوضة مال بمال انتهى وكان حق المقام ان يحمل قوله فاشبه النكاح متفرعا اما على الشق الاول فقط او على مجموع الشقين واما ثانيا فلانه قال وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح وجعل قول المصنف بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة لزيادة الاستظهار وليس هذا ايضا بتام لان مجرد مشابهة شيء لشيء في وجه لا ينافي مشابهته لغيره في ذلك الوجه او في وجه آخر فمشابهة عقد الكتابة للنكاح فيما ذكر لا ينافي مشابهته للبيع ايضا فلو لم يذكر قوله بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة لما ظهر اختصاص ما يتك المشابهة بالنكاح حتى يثبت عدم صحة قياس الشافعي عقد الكتابة على البيع كما هو المطلوب على ما هو فصح عنه قول الشارح المزبور ولنا ان هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما ان يكون من حيث الابتداء او من حيث الانتهاء الى آخره فكان قوله بخلاف المدة عمدة في اثبات المطلوب ولم يكن لزيادة الاستظهار قط ❊

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله الظاهر ان اكتفاء المصنف في عنوان هذا الباب بما يجوز للمكاتب ان يفعله لكونه العمدة المقصود بالذات ولا فقد ذكر في هذا الباب كثيرا مما لا يجوز للمكاتب ان يفعله كما يرى ثم ان صاحب العناية قال لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز له فان جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح انتهى وتبعه اثره الشارح العيني اقول لا يذهب على من له ادنى مسكة سماحة التعليل بقولهما فان جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح فان هذا التعليل لا يناسب تاخير هذا الباب باحكام الكتابة الفاسدة بل تقديمه عليها فلا يتم التقريب وقال صاحب النهاية لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب ان يفعله وان لا يفعله انتهى اقول هذا سالم مما يتجه على ما ذكره الشارحان المشهوران لكن فيه ايضا سماجة فان جعل قوله وان لا يفعله في خبر يجوز وعطفه على ان لا يفعله فصار المعنى شرع في بيان ما يجوز ان يفعله المكاتب وما يجوز ان لا يفعله ولا شك ان الذي ذكر في هذا الباب وقصد بيانه انما هو ما يجوز ان يفعله المكاتب وما لا يجوز ان يفعله كما يفصح عنه قوله ولا يتزوج ولا يهب ولا يتصدق ولا يتكفل

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لان موجب الكتابة ان يصير حرا وذلك بالقدرة على التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية باداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق في الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في اخرى **قال** فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناها بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الاصل او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة **قال** ولا يتزوج الا باذن المولى

ولا يعرض لامر جوز ما يجوز ان لا يفعله فان جواز ان لا يفعل شيا لا ينافي جواز ان يفعله ايضا كما في الاشياء المباحة التي يستوي فيها جانبا الفعل والترك وما نحن فيه ليس كذلك قطعا **قوله** ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر قال صاحب العناية قد تقدم هذه المسئلة في كتاب المكاتب حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكانه اعاد ها تمهيدا لقوله فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا فانه لم يبين ذلك بيانه ثمه انتهى اقول لا يخفى عليك ان ما يصلح ان يكون تمهيدا لقوله المذكور انما هو جواز السفر للمكاتب لا جواز البيع والشراء فحديث الاعارة للتمهيد لا يتم عذرا بالنظر الى مسئلتي البيع والشراء كما ترى وقال بعض الفضلاء لا يخفى عليك ان ما ذكره هناك استطرادا وانما يحل ذكره هنا وبذا لفظ القدوري هنا انتهى اقول وهذا الذي ذكره هنا ليس بلفظ القدوري وانما لفظه فيجوز له البيع والشراء والسفر بقدر التفريع على قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وباضمار المكاتب دون اظهاره والذي ذكره هنا بالواو وبدل الفاء للتفريع باظهار لفظ المكاتب انما هو لفظ البداية نعم حاصل كلامهما واحد لكن هذا متحقق فيما ذكره المصنف فيما مر ايضا فانه قال هناك فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر ولا شك ان حاصل معناه متحد بما ذكره هنا وعن هذا قال في غاية البيان وهذه المسئلة وقع بيانها مذكورا لانه ذكر في اوائل كتاب المكاتب عند قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه الا انه لم يذكر في البداية ثمه قوله فيجوز له البيع والشراء والسفر وذكر جواز البيع والشراء والسفر في هذا الموضع في البداية فلما بلغ في الهداية وهي شرح البداية هذا الموضع ساق الكلام كما ساق من غير اخلال وان كان ذكر جواز البيع والشراء والسفر في الهداية قبل هذا انتهى فيقتصر **قوله** وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا يفسد الكتابة قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني ان الشرط الباطل انما يبطل الكتابة انما تمكن في صلب العقد وهو ان يدخل في احد العوضين كما اذا قال كاتبتك على ان تخدمني مدة او زمانا وهذا ليس كذلك لانه لا شرط لا في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا يفسد به الكتابة انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله ولا فيما يقابله ممنوع فان مقابلة فك الحجر والحرية اليد والمنع من الخروج تخصيص الفك والحرية فليتامل فان مراده بما يقابله هو المكاتب الا ان هذا الشرط يختص به ايضا كما سيجيء بعد اسطر انتهى اقول ليس فك شيء لان كون المنع من الخروج تخصيصا للفك والحرية لا يقتضي كونه داخلا فيهما فان تخصيص الشيء قد يكون بامر خارج عنه اخص منه كما اذا عرفت الانسان بالحيوان الضاحك فان قيد الضاحك تخصيص الحيوان بالانسان مع انه خارج عنه قطعا وما نحن فيه من قبيل ذلك ايضا اذ لا ريب ان المنع من الخروج خارج عن حقيقة الفك والحرية وكذا الحال لو كان المراد ما يقابله هو المكاتب فان اختصاص هذا الشرط به لا يقتضي دخوله فيه بل لا مجال لدخوله فيه اصلا كما لا يخفى والذي نفاه صاحب العناية انما هو دخول هذا الشرط في بدل الكتابة او فيما يقابله اذ به يتحقق التمكن في صلب العقد كما عليه **قوله** وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الاصل اقول لقائل ان يقول قد مر قبيل هذا الباب في مسئلة جواز الكتابة على حيوان غير موصوف ان اصحابنا قالوا بمشابهة عقد الكتابة للنكاح وعملوا بها وردوا على الشافعي قوله بمشابهته للبيع فكيف يصح منهم العمل ههنا بشبهين بالبيع ايضا ويمكن ان يجاب عنه بان العمل بالشبهين معا فيما يمكن العمل بهما كما فيما نحن فيه لا ينافي العمل باحدهما بعينه دون الآخر لرجحان الاول على الثاني فيما لا يمكن العمل بهما معا كما في تلك المسئلة المارة فتامل **قوله** او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد الى آخره قال صاحب

لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى لان الملك له ولا يتصرف في الا بالشيء اليسير
لان العبد والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا ان التبرع اليسير من ضروريات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة يجتمع عليه الجماهير ون
ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل لانه تبرع محض فليس من ضروريات التجارة والاكتساب وذلك يملكه بتزويجه نفسا ومالا لان كل ذلك
تبرع ولا يقرض لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب فان وهب على عوض لم يصح لانه تبرع ابتداء فان زوج امته جاز لانه اكتساب المال فانه يتملك به المهر فيدخل تحت العقد قال
وكذلك ان كاتب عبده والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي وجه القياس ان ماله العتق والمكاتب ليس من اهله كالاعتاق على مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب
للمال فيملك تزويج الامة وكالبيع وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب
للمعاوض مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له قال فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك ويصح اضافة
الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العتق لعدم الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئا يثبت الملك للمولى قال فان ادى الاول بعد ذلك
وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل من المعتق وان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له لان العاقد من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له

غاية البيان لو قال في جانب المولى اعتاق او قال في جانب العبد عتق كان اولى انتهى اقول كل من شقي كلامه منظور فيه اما شقه الاول فلانه لو قال
في جانب المولى اعتاق لم يتم المطلوب لان هذا الشرط يخص العبد كما صرح به المصنف فلا يلزم من كون الكتابة اعتاقا في جانب المولى ان لا يكون
الشرط المذكور مفسدا في جانب العبد بخلاف ما اذا كانت اعتاقا في جانب العبد كما لا يخفى فلهذا قال ان الكتابة في جانب العبد اعتاق واما شقه الثاني
فلان الاعتاق في قوله في جانب العبد اعتاق مصدر من المبني للمفعول دون المبني للفاعل فيؤول الى العتق وكان قوله في جانب العبد اعتاق وقوله
في جانب العبد عتق بمنزلة واحدة كما لا يخفى ثم قال صاحب الغاية وهذا الذي قالوه ضعيف اذ حاصل كلامهم ان الكتابة تشبه العتق والعتق لا يبطل
بالشروط الفاسدة فلا تفسد الكتابة ايضا بالشروط الفاسدة لشبهه بالعتق ولقائل ان يقول اذا كان لشبهه بالعتق اثر ينبغي ان لا يفسد الكتابة
ايضا اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعلم ان هذا الوجه من البيان ضعيف والاولى ما بيناه آنفا من غاية الشبهين الى هنا كلامه وقال بعض
الفضلاء بعد نقل اعتراض صاحب الغاية على هذا الوجه ولا يخفى عليك انه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فانها من جانب المولى معاوضة فلذلك
فسدت بالداخل في صلب العقد او نقول يندفع بقوله في حق هذا الشرط انتهى اقول كل من وجهي دفعه غير سالم اما وجه الاول فلان كون الكتابة من
جانب المولى معاوضة متحقق في كل صورة من الكتابة فلو كان ذلك علة للفساد لفسدت بغير الداخل في صلب العقد ايضا وان رجع الى العلل بكونها
معاوضة فيما دخل في صلب العقد بكونها اعتاقا في غير ما دخل فيه رعاية للشبهين رجع هذا الوجه الى الوجه الاول واما وجه الثاني فلان التقييد بقوله في
حق هذا الشرط لا يدفع الاشكال المذكور اذ لقائل ان يقول اذا كان لشبهه بالعتق اثر ينبغي ان يعتبر اعتاقا في غير هذا الشرط ايضا قوله لان
الكتابة فك الحجر مع قيام الملك الى ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه قال بعض الفضلاء تامل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز
تزويج المكاتبة نفسها وقال ولا يخفى انه لا يمكن انتهى اقول بل يمكن تعميمه له اذ الظاهر ان مدار حكمه بانه لا يمكن هو ان المكاتبة تتزوج نفسها تملك
المهر فيصير ذلك وسيلة الى اكتساب المال الذي هو المقصود بالكتابة وما خذ ذلك ما ذكره المصنف فيما ياتي في تعليل مسئلة جواز تزويج المكاتب امته
بقوله لانه اكتساب المال فانه يتملك به المهر فيدخل تحت العقد انتهى لكنه ليس بتام فان تزويج المكاتبة نفسها وتزويج المكاتب امته فرقا كما صرحوا به
في اثناء شرح مسئلة تزويج المكاتب امته فيما ياتي وقد اوضحه صاحب العناية حيث سال هناك بان المكاتب لما ملك تزويج امته بهذه العلة ينبغي ان
تملك المكاتبة تزويج نفسها لوجود هذه العلة فيها ينبغي ان تملك المكاتبة لانها تكسب المهر يسقط نفقتها عن نفسها ومع ذلك ذكر في باب جناية رقيق المكاتب وولده من كتاب
عتاق المبسوط ان المكاتبة لا تتزوج بغير اذن المولى واجاب بان تزويج المكاتبة نفسها ليس لاكتساب المال بل للتحصين والعلة فان مقصودها
من تزويج نفسها شيء آخر سوى المال فلذلك لم يكن هذا العقد بما يتناوله الفك الثابت بالكتابة وقال وبهذا وقع الفرق بين هذا وبين تزويج الامة
وعزاه الى المبسوط فتلخص من ذلك الجواب ان الدليل المذكور ههنا يمكن تعميمه لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها ايضا كما لا يخفى تامل تقف نعم قول جماعة
من الشراح وصاحب الكافي بعد قول المصنف والتزوج ليس وسيلة اليه بل فيه التزام المهر والنفقة يشعر باختصاص هذا الدليل بالمكاتب ان التزام
المهر والنفقة انما يتصور في حق المكاتب دون المكاتبة لكن الكلام في امكان تعميم الدليل الواقع في عبارة المصنف ثم ان الدليل الاظهر الخالي عن شائبة
توهم الاختصاص بالذكر ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يجوز للمكاتب ان يتزوج بغير اذن مولاه وكذا المكاتبة لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم
وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان المولى يملك رقبة المكاتب والمكاتب يملك منافعه ومكاسبه فصار

قال وان اعتق عبده على مال او باعه من نفسه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه اما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس فاشبه الزوال بغير عوض وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالهم والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المتعة على ما مر **قال** وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا له ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية **قال** فاما الماذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف له ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان

بمنزلة عبد مشترك بين اثنين انه لا ينفرد احدهما بالنكاح انتهى كلامه نعم ما ذكره من الدليلين بعبارته ورد في الذكر ولكن بدلالة يعم المؤنث ايضا لا محالة

قوله وان اعتق عبده على مال او باعه نفسه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه قال صاحب العناية في حل هذا المحل قد تقدم ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة او من ضروراتها واعتاق العبد على ماله وغيره مما ذكره ههنا ليس من ذلك فلا يملكه انتهى اقول قد اخل الشارح المذكور بحق المقام في تقرير الكلام حيث قال ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة او من ضروراتها مع انه يملك ايضا ما كان من الاكتساب دون التجارة وضروراتها كتزويج امته وكتابة عبده على ما مر فان الاكتساب اعم من التجارة كما سيجيء فالحق ههنا عبارة المصنف حيث قال لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه لا يقال ان مثل تزويج امته من ضرورات التجارة وان لم يكن من نفس التجارة فاندرج في قوله او من ضروراتها لانا نقول ليس ذلك من ضروراتها ايضا لان الماذون له يملك التجارة اجماعا ولا يملك تزويج امته عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما سياتي وقد تقرر عندهم ان من ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته كما مر من قبل فلو كان ذلك من ضروراتها لملكها الماذون له ايضا اجماعا فلا محيص عن الحذر في كلام الشارح المزبور الا بان يجعل لفظ التجارة في كلامه مجازا عن مطلق الكسب اطلاقا للخاص على العام **قوله** وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب يعني يملك الاب والوصي في رقيق الصغير ما يملكه المكاتب في رقيق نفسه ولا يملكان في رقيق الصغير ما لا يملكه في رقيق نفسه فيملكان تزويج امة الصغير وكتابة عبده لا تزويجه ولا بيعه من نفسه ولا اعتاقه على مال كذا قالوا واعترض عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فيما نقل عنه في الحاشية لقائل ان يقول الاعتاق على مال انفع من البيع على ما مر ولا مانع ههنا بخلاف المكاتب فان كون العتق فوق الكتابة مانع منه فاذا ملكا البيع كان ينبغي ان يملكا العتق على مال ايضا انتهى اقول لا يمر في هذا الكتاب في كتابة ولا في شيء من العتق انفع من البيع وانما الذي مر وتقرر في عامة الكتب ان الكتابة انفع من البيع لانها لا تزيل الملك الا بعد وصول المبدل الى المالك والبيع يزيله قبله ولا شك ان الاعتاق على مال يزيله قبله ايضا مع ما فيه من اثبات الدين في ذمة المفلس كما مر انفا فلم يكن انفع من البيع لا محالة ولا نظير البيع فبطل قوله فاذا ملكا البيع كان ينبغي ان يملكا العتق على مال ايضا **قوله** واما الماذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف له ان يزوج امته اقول في هذا التحرير نوع اشكال لانه ان كان المشار اليه بذلك في قوله فلا يجوز له شيء من ذلك ما ذكر قبيل هذه المسئلة من قوله وان اعتق عبده على مال او باعه نفسه او زوج عبده لم يجز فمع كون كلمة اما في قوله واما الماذون له فلا يجوز له شيء من ذلك مما يأباه اذ حكم ما ذكر قبله ايضا عدم الجواز مينافيه قوله وقال ابو يوسف له ان يزوج امته فان تزويجه الامة ليس بداخل في ما يتيك الصور المذكورة قبيل هذه المسئلة فما معنى بيان خلاف ابي يوسف فيه وان كان المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب فيتجه عليه انه يجوز له بعض ذلك كالبيع والشراء فانهما يجوزان للماذون له قطعا كما يجوزان للمكاتب فلا معنى للسلب الكلي فان قلت المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب اصالة ومسئلة جواز البيع والشراء والسفر انما ذكرت في اول هذا الباب تمهيدا لقوله فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة الى آخره كما ذكره صاحب العناية ثمة قلت قد عرفت ههنا كان الصلح للتمهيد انما هو مسئلة جواز السفر دون مسئلتي جواز البيع وجواز الشراء حيث الذكر للتمهيد دون الاصالة فلم يتم عذر الاهناك ولا ههنا واعلم ان صاحب الوقاية ذكر في هذا الباب ولا تاجر من تصرفات المكاتب القولية بيعه وشراؤه وسفره وان شرط ضده والنكاح امته وكتابة عبده وثانيا ما لا يصح منها لقوله لا تزوجه الا باذنه ولا هبة ولو بعوض وتصدقه الا بيسير وتكفيله واقراضه واعتاق عبده ولو بمال ثم لما قال وشيء من ذلك لا يصح من ماذون ومضارب وشريك تفطن شارحها صدر الشريعة لما في المشار اليه من الاشتباه والاشكال فحمل الاشارة على المنفيات فقط وهي من قوله لا تزوجه الى آخره لكونها على قرن واحد وحملها على مجموع المنفيات والمثبتات لعدم تمامها في صورتي البيع والشراء من المثبتات واما في هذا الكتاب فلا يتيسر ذلك التوجيه اما اولا فلان المنفيات لم تذكر

قوله قاسه على المكاتب اعتبره بالاجارة وهو ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة اما المكاتب يملك الاكتساب

فيه على قرن واحد بل ذكرت كل واحدة من المنفيات والمثبتات مختلطة مع الاخرى فلا يصح الاشارة الى البعض دون الآخر من اللفظ واما ما فوقه
وقال ابو يوسف له ان تزوج امته يمنع ذلك لان تزويج الامة من قبيل المثبتات في المكاتب واما تعيين من شراح هذا الكتاب كيف لم يتعرض احد
لا للتوجيه ولا للاستشكال مع ظهور الركاكة في التحرير قوله هو قاسه على المكاتب اعتبره بالاجارة اي ابي يوسف رحمه الله قاس المأذون له على المكاتب
المكاتب يجوز له ان تزوج امته فكذلك المأذون له اعتبر التزويج بالاجارة فان المأذون لا يجوز له ان يؤجر عبده وامته فكذلك يجوز له ان يزوج
كذا في الشروح اقول في كل من قياسه واعتباره نظر اما في الاول فلانه لو صح قياس المأذون له على المكاتب فيما يجوز له لصح قياسه عليه في كتابة عبده ايضا فان المكاتب
يجوز له ان يكاتب عبده فينبغي ان يجوز للمأذون له ايضا ان يكاتب عبده بطريق القياس مع ان كتابة المأذون له عبده ما لا يجوز بالاتفاق واما في الثاني فلانه اذا
اعتبار التزويج بالاجارة من حيث ان جواز ما للمأذون له يقتضي جوازه له ايضا لزم ان لا يجوز تزويج عبده ايضا كما لا يجوز اجارة عبده وامته على ما نص عليه لانه لا يجوز
له تزويج عبده بالاجماع ثم ان صاحب النهاية قال ثم استعمل لفظ القياس في العينين وهما المأذون والمكاتب ولفظ الاعتبار في الفعلين وهما التزويج والاجارة لان المماثلة
بين هذين العينين ظاهرة اذ في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف فكان شرط القياس موجودا وان استعمل لفظ القياس لذلك واما في هذين الفعلين فالمماثلة بينهما من حيث
الفعلية لا غير لما ان الاجارة من المعاوضات المالية من الجانبين لان للمنفعة حكم المالية الا ترى ان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة بمقابلة المنافع كما لا يثبت بها
بمقابلة الاموال الحقيقية في البيع فكان استعمال لفظ الاعتبار هنا كاليق انتهى كلامه اقول فيه بحث اما اولا فلانه ان اراد بقوله اذ في كل منهما فك الحجر واطلاق
التصرفات ان في كل منهما فك الحجر واطلاق جميع التصرفات فليس كذلك قطعا اذ لا يجوز لكل واحد منهما كثير من التصرفات على ما فصل في كتابيهما وان اراد بذلك ان في كل
منهما فك الحجر واطلاق التصرف الذي اطلق في الآخر ايضا فليس كذلك ايضا الا يرى انه يجوز للمكاتب ان يكاتب عبده ولا يجوز ذلك للمأذون له بالاتفاق وان
اراد بذلك ان في كل منهما فك الحجر واطلاق بعض من التصرفات في الجملة فهذا القدر لا يتحقق المماثلة المصححة للقياس فضلا عن ظهورها واما ثانيا فلان قوله لما ان الاجارة
من المعاوضات المالية من الجانبين الخ لا يدل على ان يكون المماثلة بين هذين الفعلين من حيث الفعلية لا غير فان انتفاء المماثلة الغير الفعلية بينهما من الحيثية
المخصوصة لا يستدعي انتفاءها من الحيثيات الاخر التي من جملتها كون كل منهما من طرق الكسب فلا يتم التقريب وقال صاحب
العناية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عينين وان كان غير ذلك فلا نسلم اولويته انتهى اقول هذا
النظر مندفع فان المراد بالقياس هو الشرعي كما يشهد عليه جعله دليلا على المسئلة الشرعية قوله فذلك لا يكون بين عينين ان اراد انه لا يكون بين نفس العينين من حيث ذواتهما فمسلم لكن
مراد صاحب النهاية باستعمال القياس بين العينين استعماله بينهما من تلك الحيثية بل مراده بذلك استعماله بينهما من حيث عملهما وتصرفهما ولا ريب في جريان القياس الشرعي
بينهما من هذه الحيثية وان اراد به انه لا يكون بين العينين بحيثية من الحيثيات فهو فاسد لا محالة على انه لو كان المراد بالقياس هنا غير الشرعي كان منع الاولوية
ايضا ساقطا لان لفظ القياس اكثر واشهر استعمالا في معنى المماثلة من لفظ الاعتبار حتى ان معنى المماثلة كان معتبرا في اصل معنى القياس من حيث اللغة
وعن هذا قال في صحاح الجوهري وغيره قاس الشيء بالشيء قدره على مثاله فكان استعمال لفظ القياس في الشيئين اللذين بينهما مماثلة ظاهرة واستعمال لفظ الاعتبار
في الامرين اللذين بينهما مماثلة خفية او العكس قطعا لان فيه توفيرا بالمعنى الاصلي وذا لا يضعف الا ضعف ثم ان رأي صاحب العناية هنا ان يكون لفظ القياس
ولفظ الاعتبار مترادفين حيث قال قبيل نقل ما في النهاية وقاسه اعتبره مترادفان اقول ان اراد انهما مترادفان من حيث اللغة فهو ممنوع جدا وان اراد انهما مترادفان
في عرف الفقهاء والمصنفين فله وجه فليتتبع قوله ولهما ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة اقول كان الظاهر ان يقال ان المأذون له

فهذا الكتاب لانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة وهي مبادلة المال بالمال وهذا لا يملك بها كالهبة وتزويج العبد **فصل** قال واذا اشترى المكاتب
اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من اهل ان يكاتب فلم يكن من اهل الاستثناء فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا ترى ان الكرمي كان يملك
الاستثناء يعتق عليه وان اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رح فلا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة
بينهما وهذا لا يفترقان في الحرية حق الحرية ولان المكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى ان القادر على الكسب يجب
نفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرهما حتى لا يجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بني الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها
بالثاني في العتق وبالاول في الكتابة وهذا اولى لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا اعتق
لا يكون له فسخه قال واذا اشترى ام ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه اذا كان معها ولدها اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه واما امتناع
بيعها فلان التبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها وان لم يكن معها ولد فكذلك الجواب في قول ابي يوسف ومحمد رح لانها ام ولد خلا فا لابي حنيفة رح

لا يملك الا التجارة بالقنة حتى يلزم من ضم المقدمة الثانية وهي قوله هذا اي تزويج الامة ليس تجارة ان لا يملك الماذون له تزويج الامة فان مجرد
ان يملك التجارة لا ينافي ان لا يملك غيرها ايضا فلا يلزم من ان لا يكون تزويج الامة تجارة ان لا يملكه الماذون له فلا يتم التقريب **قوله** ولانه مبادلة المال
بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال اقول يرد على قوله اذ هي اي الاجارة مبادلة المال بالمال انه يلزم حينئذ ان ينتقض تعريفهم البيع
بمبادلة المال بالمال بالاجارة مع انه تعريف سليم متفق عليه واورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث لانه مخالف لما ذكره الشارحون في وجه مناسبة
الكتابة بالاجارة فليتامل انتهى اقول يمكن التوفيق بين ما ذكره المصنف ههنا وبين ما ذكره الشراح في وجه مناسبة الكتابة بالاجارة في صدر كتاب المكاتب وهو
قولهم اورد عليه الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال انتهى بان مرادهم بما ليس بمال ما ليس بمال حقيقة ومراد المصنف
بالمال في قوله اذ هي مبادلة المال بالمال ما هو مال حكما وان لم يكن مالا حقيقة فان احد البدلين في عقد الاجارة وهو المنفعة جعل في حكم المال بتسليم رقبة
العين واقامتها مقام المنفعة بخلاف عقد الكتابة ويفصح عن كون المراد بالمال في قوله اذ هي مبادلة المال بالمال ما قلنا قول صاحب معراج الدراية في
تعليل ذلك لما ذكرنا ان المنفعة في الاجارة في حكم المال انتهى ثم اقول ويمكن ان يحمل المال في تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال على المال الحقيقي دون ما
يتناول الحكمي بناء على قاعدة انصراف المطلق على الكمال فحينئذ لا يرد انتقاض تعريف البيع بالاجارة لان احد البدلين هناك مال حكما لا حقيقة كما عرفته انفا ثم
ان عامة الشراح قالوا في تعليل قول المصنف اذ هي مبادلة المال بالمال لان المنافع في باب الاجارة مال وقال صاحب النهاية بعد ذكر التعليل ولان المنافع
في باب الاجارة تصلح مهرا في النكاح مع ان النكاح شرع اتعاده بالمال لقوله تعالى ان تبتغوا بامواليكم انتهى وكذا قال صاحب الغاية ايضا غير انه لم يذكر الواو في قوله
لان المنافع في باب الاجارة تصلح مهرا في باب النكاح بل جعله علة لما قبله اقول فيه بحث لانه مخالف لما ذكره المصنف في باب المهر من كتاب النكاح في تعليل قوله وان تزوج
حر امراة على خدمة سنة او على تعليم القرآن فلها مهر مثلها حيث قال بعد بيان خلاف الشافعي في ذلك لنا ان الشروع انما هو الاتيان بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع
على اصلنا انتهى فانه صريح في ان المنافع ليست بمال على اصلنا فيما في باب النكاح فتامل

فصل لما فرغ من ذكر مسائل وقوع الكتابة لطريق الاصالة شرع في ذكر مسائل وقوعها بسبيل التبعية وما يتبعها لان التبع يتلو الاصل **قوله** واذا اشترى ام ولده دخل
ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها هذا لفظ القدوري قال المصنف ومعناه اذا كان معها ولد وقال صاحب العناية في شرح المقام لمراة المكاتب القنة اذا ولدت قبل ان يملكها
المكاتب بوجه من الوجوه في ملكها فان ملكها مع الولد فليس له ان يبيعها بالاتفاق اقول في عبارته خلل لان القنة بالتاء في وصف المراة يخالف اللغة اذ قد يعبر في كتب اللغة
عامة ان لفظ الامة يستوي فيه الاثنان والجمع والمؤنث حتى قال صاحب المغرب اما امة قنة فلم اسمعه انتهى **قوله** واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام
اعتقها ولدها قال شارح الشريعة فان قلت اذا ثبت للولد حقيقة الحرية ثبت للام حقها وههنا ثبت للولد حق الحرية فينبغي ان لا يثبت للام حقها تحقيقا لانحطاط رتبتها
عن الولد قلت للكتابة احكام منها عدم جواز البيع فيثبت للام هذا الحكم دون الكتابة تحقيقا لانحطاط الرتبة فان قلت لم لا يصير مكاتبة تبعا للولد قلت لان العقد ما ورد
عليها انتهى اقول فيه نظر لان عدم ورود العقد عليها لا يقتضي ان لا تصير مكاتبة تبعا للولد وانما يقتضي ان لا تصير مكاتبة اصالة الا ترى ان المكاتب اذا اشترى اباه دخل
ابوه في كتابته ويصير مكاتبا تبعا لولده كما مر مع ان العقد ما ورد على الاب هناك ايضا قطعا فالصواب في الجواب عن السؤال الثاني ان يقال انما لا تصير مكاتبة تبعا
لولدها تحقيقا لانحطاط رتبتها عن ولدها في حق الحرية الا ترى انها لا تصير حرة في الحال تبعا لحرية ولدها في الحال بل يثبت لها عتق مؤجل بموت سيدها على ما عرف في موضعه
فلذا لا تصير مكاتبة تبعا لولدها بل يثبت لها بعض احكام الكتابة كما ذكر في الجواب عن السؤال الاول بخلاف الاب اذا ملكه ولده فانه يدخل في عين حرية ولده سواء كانت حقيقية

[illegible]

[illegible] قال من زوجته من عبده [illegible] فولدت منه ولدا ثم استحقت فالولاء عبد [illegible] قال [illegible] الحرية [illegible] قال [illegible] قال [illegible] فصل قال [illegible] قوله [illegible] قوله [illegible]

الحرية او منها تحقيقا للصلة لتبدل الامكان على ما مر ثم قال لح الشريعة فان قلت العقد ما ورد على الولد ايضا قلت ورد على المكاتب والولد جزؤه فيكون وارد عليه تبعا لامه انتهى اقول فيه ايضا نظر لان كون كتابة الولد كتابة جزئية لا تقتضي ان يكون ورود العقد على الاب ورودا على الولد ايضا والا يلزم ان يكون كتابة الولد ايضا فيما نحن فيه اصالة لا تبعا لولده فلا يصح قول المص اما ذكر الولد في الكتابة فلما ذكرنا كما لا يخفى ويلزم ايضا ان لا يثبت فرق عند ابي حنيفة رحمه الله بين ما اذا كان ولدها معها في الاشتراء وبين ما اذا لم يكن ولدها معها فيه بر تقف قوله ولان القياس ان يجوز بيعها وان كان معها ولدها الى قوله وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس يفيه قال صاحب العناية فلقائل ان يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما مر في اول الدليل فتخصيص نفسه بالابتداء مع انه مناف لصدر الكلام تحكم والجواب انه ليس تحكما وانما هو من باب الاستحسان بالاثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب وقوله والقياس يفيه يعني والنص فيه يترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها الولد الى هنا كلامه اقول في الجواب بحث وهو ان الاثر المذكور لا يفرق بين ما اذا كان معها ولدها وبين ما اذا لم يكن معها ولد بل هو بظاهر اطلاقه يتناول الصورتين معا فقوله ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ان اراد ان الاثر المذكور يدل عليه فهو ممنوع جدا وان اراد به ان ذلك المعنى ثابت مقرر بدون دلالة الاثر المذكور عليه فهو يؤدي الى المصادرة اذ هو اول المسئلة فان الامامين لم يقبلاه فلهذا لم يجز بيع المكاتب امراة المشتراة التي ولدت منه قبل ان يملكها بناء على انها ام ولد له وان لم يملك ولدها قط على ان قوله ولا شك ان الولد انما يعتق بالام اذا ملكه الاب ليس بتام على قول اصحابنا جميعا لانه ان اراد بالملك في قوله اذا ملكه الاب ملك اليمين فهو ليس بشرط في اعتاق الولد امها عند احد من الفقهاء الا ترى ان الحر اذا استولد امة نفسه لا يجوز بيعها بالاثر المزبور بعينه مع ان الولد هناك ليس بمملوك للاب ملك اليمين بلا ريب وان اراد بذلك ملك التصرف في امره بالولاية عليه فهو ايضا ليس بشرط في اعتاق الولد امها عند اصحابنا فان من استولد امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له عند اصحابنا جميعا على ما مر في باب الاستيلاد من كتاب العتاق فلا يجوز بيعها عندهم مع ان التصرف في امر ذلك الولد والولاية عليه انما هو لذلك الغير الذي كان مولى ذلك الولد بسبب انه كانت الامة مملوكة له عند الاستيلاد والا يلزم فظهر ان قوله ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ليس بتام على كل حال قوله ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتهما وكان كسبهما وفي بعض النسخ دخل في كتابتها وكان كسبها اي في الدخول يتبعها وفي الكسب يتبعها خاصة فالوجه الاول اولى لان فائدة الدخول هو الكسب كذا في العناية وغيرها قال البعض الفضلاء فيه تامل اذ لا يجوز ان يقال فائدته ان يعتق بعتقها سواء كسب ام لا بان لم يبلغ مبلغ الكسب مثلا انتهى اقول ليس هذا بشيء لان المراد ان فائدة دخول الولد في كتابة الاب هو الكسب له لا غير لانه لا يتبع الاب في الرق والحرية فلما كان كسبه للام خاصة لم يتحقق فائدة قط في دخوله في كتابة ابيه كان القول بدخوله في كتابة امه فقط هو الوجه ثم ان عتق الولد بعتق امه انما يكون فائدة للولد نفسه لا الدخول فيه الكلام في الثاني ولئن سلم التعميم الفائدة او جعل فائدة الدخول نفسه لا الدخول فيه او جعل فائدة الولد فائدة الامة ايضا فذلك الفائدة ايضا انما تحقق بالنظر الى دخوله في كتابة امه فقط فلا ينافي كون الاول هو الوجه بل يؤيده واما حديث ان لا يبلغ الولد مبلغ الكسب فلا فائدة له هنا لان المراد بفائدة الدخول ما يصلح ان يكون فائدة في الجملة والكسب كذلك فانه على تقدير حصوله يصير فائدة

فصل

مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول فصلها بفصل وصلها بالذكر كذا في الشروح قوله ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة قال لح الشريعة فان قلت ينبغي ان لا يسقط لان الاكتساب تسلم لها وكذا اولادها التي اشتراها بعد الكتابة وبدء آتيه بقاء الكتابة قلت الكتابة يشبه المعاوضة وبالنظر اليه لا يسقط البدل ويشبه الشرط وبالنظر اليه يسقط الا ترى انه لو قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق ثم طلقها

قال واذا كاتب المولى ام ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتان فان مات المولى عتقت بالاستيلاد وانعتق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا اعتقت قبله لا يمكن توفير العوض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها من غير فائدة غير انه تسلم لها الاكساب والاولاد لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاولاد والاكساب لان الفسخ لتطرقها والنظر فيما ذكرنا ولو ادت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية قال وان كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق وان مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين ان تسعى في ثلثي قيمتها او جميع مال الكتابة

ثلاثا يبطل التعليق فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بجهة المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بجهة الشرط انتهى كلامه وقد اقتفى اثره صاحب العناية والشارح العيني في هذا السؤال والجواب اقول في الجواب نظر اما اولا فلانه قد تقرر فيما مر ان العمل بالشبهين انما يتصور فيما يمكن الجمع بين الجهتين وههنا ليس كذلك لان جهة كون الكتابة معاوضة يستلزم عدم سقوط البدل وجهة كونها شرطا يستلزم سقوطه وهما اي السقوط وعدمه متنافيان قطعا لا يمكن اجتماعهما في محل واحد في حالة واحدة تنافي اللازمين يوجب تنافي الملزومين فلا يمكن اجتماعهما كذلك واما ثانيا فلان العمل بالشبهين وتصوره هنا فانما يتصور عند ثبوت الكتابة لانها هي المشابهة لكل من المعاوضة والشرط لا عند بطلانها لانه حينئذ محل المشابهة بالكتابة فما معنى قول هؤلاء الشراح فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بشبه الشرط ثم اقول الحق في الجواب عن ذلك السؤال ما اشار اليه المصنف في المسئلة الآتية بقوله غير انه تسلم لها الاولاد والاكساب لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لتطرقها والنظر فيما ذكرناه انتهى تامل **قوله** واذا كاتب المولى ام ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتا حرية قال صاحب العناية لا يقال احدهما يقتضي العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت لها وكانا متنافيين لانه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقاها على سبيل البدل انتهى ورد بعض الفضلاء قوله والعتق الواحد لا يثبت بهما وكانا متنافيين بان قال ان اراد الوحدة الشخصية فغير مسلم كيف وفي العتق بالكتابة يسلم اما الاكساب بخلاف العتق بامومية الولد وان اراد النوعية فلا تنافي انتهى اقول وهو مردود بشقيه اما شقه الاول فلان صاحب العناية ان اراد بقوله والعتق الواحد لا يثبت بهما الوحدة الشخصية كما هو الظاهر فلا مجال لعدم تسليمه لانه ما قال العتق الواحد يثبت بهما حتى لا يسلم ذلك ويحل اختلاف العتق بالكتابة والعتق بامومية الولد في اللوازم سند المنع ذلك بل قال العتق الواحد لا يثبت بهما وعدم ثبوت العتق الواحد الشخصي بالسببين المختلفين في اللوازم امر جلي لا يقبل المنع وما ذكره ذلك البعض في معرض السند بقوله كيف وفي العتق بالكتابة الخ آخره لا يصلح ان يكون سند المنع ذلك بل انما يكون علة لسقوط المنع عنه واما شقه الثاني فلانه ان اراد بقوله فلا تنافي في قوله وان اراد النوعية فلا تنافي انه لا تنافي بينهما من حيث الاجتماع فهو ممنوع كيف والعتق بالكتابة يستلزم سلامة الاسباب لها بخلاف العتق بامومية الولد فانهما يجتمعان معا وان اراد بذلك انه لا تنافي بينهما من حيث التلقي على سبيل البدل فهو عين ما قاله صاحب العناية في تعليل لا يقال **قوله** غير انه تسلم لها الاولاد والاكساب لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لتطرقها والنظر فيما ذكرناه قال صاحب غاية البيان ولقائل ان يقول ان النظر لها في ايفاد حقها اليها وحقها الحرية وقد حصل لها في ابطال حق الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه ولم يعتق هي قبل موت المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي ان يكون الكسب للمولى لا لها لانها عتقت بالاستيلاد لا بالكتابة انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا الايراد عن الشارح المزبور وانت خبير انه ليس فيه ابطال حق الغير فانها عتقت وهي مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تامل انتهى اقول ليس هذا بدفع صحيح لان ملك المكاتب والمكاتبة في اكسابهما انما هو يد الارقية ولهذا لا يملكان التبرع فيها وانما رقية اكسابهما ملك مولاهما كرقبة انفسهما ما لم يؤديا بدل كتابتهما بالتمام كما يفهم هذا كله مما سبق ومما يأتي فقوله وملكها يمنع ملك الغير فيه ليس بجيد لان ملكها في كسبها هذا لا يمنع ملك الغير الذي هو المولى فيه رقبة فلا يندفع به الاستشكال بلزوم ابطال حق الغير بالنظر الى ملك الرقبة ثم قال صاحب العناية ولنا في قوله تسلم لها الاولاد ايضا نظر لانه لا حاجة الى ذكر الاولاد بتاويل المزبور الذي ذكره لان الكتابة لو اعتبرت مفسوخة ايضا في حق الاولاد يكون النظر لها باقيا لان حكم ولد ام الولد حكم الام لانه تابع للام حالة الولادة انتهى كلامه اقول هذا النظر ساقط جدا لان المراد بالاولاد التي ذكرت

وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح تسعى في الاقل منهما وقال محمد رح تسعى في الاقل من ثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والنفاذ فابو يوسف مع ابي حنيفة رح في المقدار ومع محمد رح في نفي الخيار اما الخيار فلفرع تجزي الاعتاق والاعتاق عنده لما يجزي بقي الثلثان رقيقا وقد تلقتها جهتا حرية ببدلين مجملة بالتدبير ومؤجلة بالكتابة فتخير

بالتعليل المذكور هي الاولاد التي ولدت قبل كتابته اما من غير مولاه وقد اشترتها امها حال الكتابة كما صرح به تاج الشريعة حيث فسر الاولاد في قول المصنف تسلم لها الاولاد والاكساب بقوله اي الاولاد التي اشترتها المكاتبة في حال الكتابة لا الاولاد التي ولدت من مولاها انتهى ولا شك في الحاجة الى التعليل الذي ذكره المصنف في بيان سلامة امثال تلك الاولاد بها اذ لو اعتبرت الكتابة مفسوخة ايضا في حق امثالهم لكانوا ارقاء لورثة المولى فلم يكن النظر لها باقيا في حقهم اذ ذاك قطعا وقال صاحب العناية في هذا المقام ولقائل ان يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب ان تحقيق كلامه ان بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين احدهما ان يبطل بعجز المكاتب عن ايفاء البدل والثاني ان يبطل لانتهائه بايفائه وبالاول يعود رقيقا فاولاده واكسابه لمولاه وبالثاني يعتق هو واولاده وتخلص له ما بقي من كسابه حيث احتجنا الى ابطال الكتابة نظرا للمكاتب وكان النظر له في الثاني دون الاول منها اليه انتهى اقول لا السؤال شيء ولا الجواب اما الاول فلان كونه الكتابة عقدا واحدا لا ينافي تصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة اذا كانا من جهتين مختلفتين فانهم شرطوا في تحقق التناقض امورا منها وحدة الجهة وههنا لم تحقق تلك الوحدة لان بطلان عقد الكتابة من جهة البدل وعدم بطلانه من جهة الاولاد والاكساب كما يفصح عنه قول المصنف لان ما الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد فلا محذور اصلا واما الثاني فلوجود احدها ان انتهاء الكتابة بايفاء البدل انما هو تمامها وتقررها فجعله احد طريقي بطلانها مما لا يساعده العقل والنقل وثانيهما ان المكاتبة في مسئلتنا هذه من لم يقع منه ايفاء البدل فكيف يحمل بطلان الكتابة في حقها على ايفائه واعتبار غير الواقع واقعا مجرد النظر لها مما لا نظير له في قواعد الشرع وثالثهما ان قول المص لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد ينافي المعنى الذي عده الشارح المزبور تحقيق كلامه لانه على تقدير ان يحمل المقام على انتهاء الكتابة بايفاء تمام البدل يصير الكتابة في حق البدل وفي حق الاكساب والاولاد على السواء كما هو الحال عند ايفاء البدل حقيقة فلا يكون لاعتبار انفساخ الكتابة في حق البدل وبقائها في حق الاكساب والاولاد وجه ورابعها ان حمل بطلان عقد الكتابة ههنا على المعنى الثاني الذي تخيله هذا الشارح لا يدفع اصل السؤال لان البطلان على اي معنى كان وعدمه في حالة واحدة متنافيان قطعا اذا كانا من جهة واحدة وان صيرا باختلاف الجهتين لا يبقى احتياج الى مقدمة من مقدمات الجواب المذكور اصلا ثم قال صاحب العناية لا يقال في كلام المصنف تسامح لانه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين لان الكتابة جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه وعلل الثانية بالاولى والاولى بالثانية فقال فلعله سديد الى هنا كلامه اقول هذا السؤال ايضا ليس بشيء وجوابه ليس بسديد اما الاول فلان المعلول الواحد بالشخص انما لا يعلل بعلتين مستقلتين على سبيل الاجتماع واما على سبيل البدل فيعلل بهما قطعا على ما تبين في موضعه والامر فيما نحن فيه وفي سائر المسائل التي يذكر لها دليلان او ادلة كذلك فان المقصود في امثال تلك التنبيه على ان كل واحد من الدليلين او الادلة مما يصح ان يعلل به المطلوب بدلا عن الآخر واما الثاني فلان كون المعلل بالعلة الاولى الجهة التي هي على المكاتب ممنوع لان تلك الجهة ان تلزمه ايفاء البدل وقوله لامتناع ايفائها من غير فائدة لا يدل على ذلك بل يدل على خلافه لان عدم الفائدة لسقوط بدل الكتابة عنها واذا سقط عنها البدل لا يلزمها ايفاؤه قطعا فلم يكن ما ذكره من توزيع التعليلين على ما لها وما عليها سديدا كما لا يخفى قوله فلعله عنده لما تجزي بقي الثلثان رقيقا وقد تلقتها جهتا حرية ببدلين مجمل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير لان في التخيير فائدة وان كان جنس المال متحد الجواز ان يكون اداء اكثر المالين ايسر باعتبار الاجل واداء اقلهما اعسر لكونه حالا فكان التخيير مفيدا كذا في عامة الشروح وغرام معراج الدراية الى مبسوط فخر الاسلام اقول فيه شيء وهو ان الفائدة المذكورة انما يتصور في صورة انكان البدل العجل بالتدبير اقل من البدل المؤجل بالكتابة واما في العكس فلا اذ لا شك ان اداء الاقل المؤجل ايسر من كل وجه من اداء الاكثر المعجل فلا فائدة في التخيير في هذه الصورة

وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة وجب عليها احد المالين فتختار الاقل لا محالة ثلاثة معنى للتخيير واما التقدير فلعدمه انه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث
بالتدبير فمن الحال ان يجب البدل بمقابلته لا نرى انه لو سلم لها الكل بان خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فههنا يسقط الثلث فصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة وهما ان جميع
البدل مقابل بشقص قبلها فلا يسقط منه شيء وهذا لان البدل وان قوبل بالكل صورة فكذلك معنى وارادة لان استحقت حديقة الثلث ظاهرا وانطاهران الانسان
لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار هذا كما اذا اطلق امر انه شيئين ثم طلقها ثلثا على الف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الارادة كذا ههنا بخلاف
ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي تليه لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا **قال** وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا ولها الخيار ان شاءت
مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له
غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة رح وقالا تسعى في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا اما للقدر
المتفق عليه ووجهه ما بينا **قال** واذا اعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه لقيام ملكه فيه وسقط بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلة بالعتق وقد حصل له ما
قابله بلزومه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنها نفسخ برضاء العبد والظاهر رضاه لتوسله الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة في حقه **قال** وان
كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا وهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير

اصلا لتعين اختياره الاقل لا محالة كما قال صاحبا مع ان الحكم بالخيار في هذه الصورتين عنده كما هو الظاهر من اطلاق المسئلة في الكتب باسرها **قوله**
وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة وجب عليها احد المالين فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير واعترض عليه بان الاعتاق لما لم يتجزء عندهما
عتق كلها بالتدبير بعتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجب السعاية في ثلثي قيمتها لا غير فاجيب بانا قد حكمنا بصحة الكتابة نظرا لها فنبقيها لذلك فلو بما يكون
بدلها اقل فيحصل النظر بوجوبه كذا في العناية اخذا من شرح تاج الشريعة اقول في الجواب اشكال لان القول بابقاء الكتابة فيها بعد ان عتق كلها بالتدبير
ينافي قول المصنف وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة اذ الظاهر ان الحرية والكتابة لا يجتمعان في شخص واحد في حالة واحدة فاني تصور ابقاء
الكتابة فيها بعد ان صارت حرة عندهما فان قلت المراد ابقاء حكم الكتابة لا ابقاء حقيقتها والمنافي للحرية هو الثاني دون الاول قلت لو ابقي حكم الكتابة لا يبقى
تاجيلها لانه من خصائصها ولهذا قال في الكافي في تقرير دليل الامامين هنا وعندهما كما عتق كله بعتق ثلثه لان الاعتاق لا يتجزى عندهما بطلت الكتابة
وبطل الاجل لانه من خصائص الكتابة وبقي اصل المال عليه غير موجل الى غيره ولو ابقي تاجيلها لزم ان لا يتم قولهما فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير لجواز ان
تختار الاكثر الموجل لكون ادائه ايسر من اداء الاقل المعجل كما مر في بيان دليل ابي حنيفة فيكون هذا هو المعنى للتخيير فلا ينقطع مادة الاشكال **قوله** والظاهر ان
الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته اقول لمانع ان يمنع هذه المقدمة فانه لا يلزم من مجرد استحقاق الحرية حقيقة الحرية والثابت في المدبرة
في الحال مجرد استحقاق الحرية دون حقيقتها لجواز ان يحتاج الى استفادة حقيقتها عاجلا فتلتزم المال بمقابلتها الا ترى انه يجوز للمولى ان يكاتب ام ولده
بالاجماع مع استحقاقها حرية الكل قطعا لعتقها عند موت مولاها من جميع المال دون ثلثه فاذا جاز التزام المال من ام الولد بمقابلة ما يستحق حرية كلا لاحتياجها
الى استفادة الحرية قبل موت المولى كما مر فلان جاز ذلك من المدبرة بمقابلة ما يستحق حرية بعضا لتلك العلة بعينها اولى كما لا يخفى فليتامل واستشكل بعض الفضلاء
هذا التعليل بوجه آخر حيث قال لا يتمشى على اصل ابي يوسف فانه يستحق حرية الكل عنده لعدم تجزي الاعتاق انتهى اقول ذلك ساقط لانا لا نسلم ان المدبر
والمدبرة يستحقان بالتدبير حرية الكل عنده بل الظاهر انهما يستحقان به حرية الثلث عندهم جميعا ولهذا يعتقان عند موت المولى من ثلث ماله ويسعيان
في ثلثيهما اذا لم يكن له مال غيرهما بالاجماع وثبوت عتق الكل بعتق البعض عند موت المولى على اصل الامامين وهو عدم تجزي الاعتاق لا ينافي استحقاق حرية الثلث
بنفس التدبير عندهما ايضا ولئن سلم استحقاق المدبر والمدبرة بنفس التدبير حرية الكل عندهما فالمراد بقوله لانهما استحقت حرية الثلث ظاهرا هو انهما استحقتها
مجانا من غير ان يلزمهما سعاية في ذلك الثلث كما يلزمهما في الثلثين الاخرين وبقوله والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حرية هو
ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حرية مجانا بخلاف ما لا يستحق حرية او يستحقها ولكن يلزمه اداء مال السعاية فانه يجوز ان يستلزم المال بمقابلته ولا يخفى
ان هذا المعنى يتمشى على اصل ابي حنيفة واصل ابي يوسف ايضا تفكر تفهم **قوله** وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان
ربوا قال صاحب العناية في شرح هذا المحل والقياس ان لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال لان الاجل ليس بمال والدين مال وذلك في عقد
المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن الف وذلك ربوا انتهى وقال بعض الفضلاء اشار بقوله وذلك في قوله
وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز الى قوله اعتياض عما ليس بمال بما هو بمال ولكنه منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق الا ان يقال ذلك على خلاف القياس
بالنص انتهى اقول ليس ذلك منقوضا بالمهر والمال المقابل بالطلاق لان المراد بعقد المعاوضة في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز ما ذكر العوض فيه
بالايجاب والقبول بطريق الاصالة فيخرج منه النكاح والطلاق على مال ونحوهما لان ذكر العوض فيهما ليس بطريق الاصالة وقد صرح الشراح بمثل هذا

وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاستويا فلا يكون ربا ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربا والاجل فيه شبهة **قال** واذا كاتب المريض عبده على الفي درهم الى سنة وقيمته الف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعن محمد رحمه الله يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله ان يؤخرها وصار كما اذا خالع المريض امرأته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى اجري عليها احكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فكذا بالبدل ونظيره ما اذا باع المريض داره بثلثة آلاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري ادّ ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى **قال** وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم تجز الورثة يقال له ادّ ثلثي القيمة حالا او ترد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة ههنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما

باب من يكاتب عن العبد

قال واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسئلة ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا فيعتق بادائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادى لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق باداء القائل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في حق لزوم الالف على العبد وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع **قال** واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فان ادى الشاهد او الغائب عتقا ومعنى المسئلة ان يقول العبد كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب وهذه الكتابة جائزة استحسانا وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا بادائها وليس عليهم من البدل شيء واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله ان يأخذه بكل البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء لانه تبع فيه **قال** وايهما ادى عتقا ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه

المعنى في صدر كتاب المكاتب حيث قالوا اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وقالوا اخرج بقوله بمقابلة ما ليس بمال البيع والهبة بشرط العوض وخرج بقولنا بطريق الاصالة النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة انتهى ثم قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت اسقاطا لبعض الحق ليجوز لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق به والمعجل لم يكن مستحقا انتهى وقال ذلك البعض من الفضلاء لو صح هذا لم يجز هبة المهر المؤجل واسقاط الديون المؤجلة انتهى اقول ليس هذا بسديد لان المستحق في كل منها هو المؤجل والمسقط ايضا هو المؤجل وليس هناك شرط شيء معجل في المقابلة فلم يوجد التصرف في غير المستحق اصلا بخلاف ما نحن فيه فان الخمسمائة المعجلة التي وقع عليها الصلح ليست مستحقة بعقد الكتابة فلم يمكن جعل الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر لان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا فلا يمكن الاستيفاء نعم لو قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر لان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا لكان اظهر لان تأثير قوله والمعجل لم يكن مستحقا في حق انتفاء الاستيفاء فيما نحن فيه دون انتفاء الاسقاط فيه كما لا يخفى وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قول المصنف لانه اعتياض عن الاجل لان المعجل غير مستحق بالسبب السابق فلا يمكن جعل الصلح اسقاطا للبعض واستيفاء للبعض فلو جعل انما يجعل اعتياضا عن الخمسمائة بخمسمائة وعن الاجل بخمسمائة اخرى والاعتياض عن الاجل لا يجوز انتهى **قوله** وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به قال بعض العلماء فيه مناقشة ظاهرة فقد سبق ان الاستقراض جائز وبذلك الاعتبار صح الكتابة الحالة فليتأمل انتهى اقول هذه المناقشة انما تظهر ان لو ارادوا بنفي القدرة على الاداء الا به نفي القدرة الممكنة وهي ادنى ما يتمكن به من الاداء واما اذا ارادوا بذلك نفي القدرة الميسرة وهي ما يوجب اليسر على الاداء كما هو الظاهر فلا يكون للمناقشة مجال لظهور ان اليسر على الاداء في حق المكاتب انما يتصور بالاجل لانه يخرج من يد المولى مفلسا فيمتنع الناس عن البياعات واقراضه المال في الحال فيعسر الاداء عليه جدا بدون الاجل وان امكن في الجملة على ان المصنف واضرابه لم يتشبثوا في تعليل صحة الكتابة الحالة عندنا بجواز الاستقراض بل قالوا ان عقد الكتابة عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه وان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ومتى امتنع من الاداء في الحالة يرده الى الرق انتهى فلم يتم قول ذلك المناقش وبذلك الاعتبار صح الكتابة الحالة فتدبر

باب من يكاتب عن العبد لما فرغ من ذكر احكام تتعلق بالاصل في الكتابة ذكر في هذا الباب احكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم احكام الاصيل لان الاصل في تصرف المرء انما يكون لنفسه **قوله** وهي اولى بذلك من الاجنبي يعني ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلان يجوز في حق ولدها اولى لان ولدها اقرب اليها من الاجنبي كذا في الشروح قال صاحب العناية بعد ان ذكر ذلك اقول ولعله اشارة الى ما ذهب اليه بعض المشايخ ان ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي واري انه الحق انتهى وانا اقول اري ان الحق خلافه وهو ان يكون ثبوت الجواز ههنا ايضا على وجه الاستحسان دون القياس كما يدل عليه ما ذكره الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير وما ذكره صاحب الكافي وبعض من شراح هذا الكتاب وذلك لان من ذهب الى ان ثبوت الجواز ههنا على وجه القياس والاستحسان ان اراد بوجه القياس ههنا كون الولد تابعا للام كما هو الظاهر من قول صاحب العناية لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي فليس بمستقيم لان تبعية الولد للام في الكتابة مطلقا انما تكون في الولد الذي ولدته في حال الكتابة والولد الذي اشترته في حال الكتابة لا في الولد الذي ولدته قبل الكتابة كما لا يخفى على من احاط بمسائل كتاب المكاتب خبرا ولا شك ان موضع مسئلتنا هذه في الكتابة الامة عن نفسها وعن ابنين لها مولودين قبل الكتابة فلا يتصور ههنا التبعية المطلقة واما التبعية الحاصلة بالشرط البياني في عقد الكتابة فمثل هذه التبعية متحققة في المسئلة الاولى ايضا بلا تفاوت كما صرح به المصنف هناك وقال ههنا لانها

قال واذا اداها الى الاول رجع على صاحبه لان الحاجة تقضى دينا عليه والغائب منهما بدء بغير مضر اليه قال ليس للمولى ان يأخذ العبد الذي بقي شيئا لما بينا ان قبل العبد الغائب ولم يقبل الآخر ذلك عند نشوء والكتابة لازمة لانه لا يملك الكتابة بالاذن ثانيا وعليه من ولد قبول الغائب ثانيا تعتبر بقيمته لكن اقل من قيمة الغلام فيسقط ما بقي لانه لا يتقرر حكم الادى لا يجبر عليه كذا هذا قال واذا كانت الامة بين اثنين فكاتبها احدهما بغير اذن صاحبه ثم رجع على صاحبه وهو الموافق لما تقدم لانها اختصت خصما اصيلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى وهي اولى بذلك اذا وقعت من الاجنبي

باب كتابة العبد المشترك

قال واذا كان العبد بين رجلين فاذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بالمال الكتابة فكاتب الفقير معنى الا يكون له حق عند ابي حنيفة رح وقالا هو مكاتب متجزئ اما عند ابي حنيفة فلان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة العتق لانه اسقاط من وجه فيقتصر على نصيبه عنده لتجزي ذاته والاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا اذن واذا لم يفسخ البدل لا يدخل البدل بالاذن ويكون مشتركا نصيبه على نصيبهما كان كل المقبوض له عندهما الا ان كتابة الكل لصاحبه الذي لم يكاتب في النصف وكل في النصف قبوضهما مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز قال واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها وقبضا الجارية ثم ان احدهما ادى حصته ثم ولدت ولدا فادعاه فهو ابن الذي ادى حصته ثم ولدت ولدا آخر فهو ابن الآخر فاذا ماتت فولدها رقيق لنصيبهم ولد لانه لا يملك الكتابة لانه نقل النقل من ملك الى ملك فيقتضي امومية الولد الذي نصيبه كما في المدبرة المشتركة ولو ادى الثاني ولدا آخر صحيح عتق نصيبه لقيام ملكه ظاهرا فاذا عجزت بعد ذلك صحت الكتابة لان الكتابة لا تبطل بالعجز بدليل انها لو اعتقت بالاداء لا يبطل الكتابة ولا يملك نصيبه لانه ملك نصيبه لما سكن الاستيلاء ونصف عقر ما وطيء جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال العقر وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المدبرة كان ملكا قائما فاذا هلك ولد المغرور وثبت النسب منه حيا لقيمة عن معارف لكنه وضع ام ولد لها العقر حقيقة لتوهم كمال العقر فاذا ادعاه لغو الى المكاتبة جاز لان الكتابة ما دامت باقية حق التنفيذ لها اختصاصا فيما بقي واذا الى فاذا عجزت ولد العقر الى المولى لعجزه باختصاصه وهذا الذي ذكره يدل على قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد هي ام ولد للاول وكلاهما يجوز وطي الآخر لانه ادعى لاول الولد صارت كاملا ام ولد له لا ام ولد تحت تكسبها لا جاء ما اصلي وتبعا لكن نفسه الكتابة لا تبطل بالفسخ تعجيز فلا يتصرف به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يبقى الفسخ نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى انتهى مع ان ثبوت الجواز ههنا على وجه الاستحسان ولو القياس بالاتفاق وان اراد بوجه القياس ههنا ثبوت ولاية المكاتبة على اولادها لكتبوتها على نفسها فليس بصحيح اذ قد صرحوا قاطبة بان الام الحرة لا ولاية لها على اولادها فكيف بالامة وقالوا هذا هو السر في وضع هذه المسئلة في الامة اذ لو وضعها في العبد فربما توهم ان الجواز لثبوت ولاية الاب عليها فلا يعلم تساوي العبد والامة في حكم هذه المسئلة

باب كتابة العبد المشترك

لما فرغ عن كتابة عبد غير مشترك شرع في كتابة العبد المشترك لان الاصل عدم الاشتراك كذا في غاية البيان وقال اكثر الشراح ذكر كتابة الاثنين بعد كتابة الواحد لان الاثنين بعد الواحد آتول الوجه الاول هو الراجح لان الوجه الثاني لا يتمشى في المسئلة الاولى من هذا الباب على قول ابي حنيفة بخلاف الوجه الاول تامل تقف **قوله** واذا كان العبد بين رجلين قال بعض الشراح وفي بعض النسخ بين شريكين وهي اولى انتهى آتول وجه الاولوية ان حكم هذه المسئلة يعم ما اذا كان العبد بين رجلين وما اذا كان بين رجل وامرأة او بين امرأتين ولفظ شريكين ينتظم الكل اما بجعل الشريك فعيلا بمعنى المفعول من شركه في كذا فان كلا من المتشاركين في امر شارك فيه مشروك والفعيل بمعنى المفعول يستوي فيه المذكر والمؤنث او بجعله من باب اداء الاسماء الجامدة كما قالوا في لفظ التابع ونحوه حتى جعلوا التوابع جمع تابع من هذه الحيثية فيتناول المذكر والمؤنث على السوية ثم ان صاحب الهداية لما اخذ نسخة بين شريكين حيث قال اذا كان العبد بين شريكين فسر بعض الفضلاء قوله شريكين بين رجلين حيث قال اي بين رجلين آتول هذا امر عجيب اذ لا شك ان حكم هذه المسئلة غير مختص بما اذا كان العبد بين رجلين فتخصيص لفظ تحمل العموم للرجلين وغيرهما مما لا وجه له ههنا اصلا ولو فسر لفظ رجلين في نسخة بين رجلين بالشريكين مطلقا تغليبا للمذكور على الاناث لكان له وجه وجيه لاقتضاء المقام اياه فكيف بالعكس **قوله** والمولى ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة الاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وحاصل هذا الاختلاف ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما كالاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة وانما يكون فائدة انتفاء كان له من حق الفسخ ان كاتبه بغير اذنه انتهى كلامه وقال بعض الفضلاء في تفسير قوله والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة اي على مذهبهما انتهى آتول هذا خبط ظاهر لان الاذن يفيد الاشتراك في الكتابة على مذهبهما قطعا الا يرى الى قولهما في تعليل مذهبهما في هذه المسئلة ان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف وكيل في النصف فهو نيابة والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز انتهى ولعل قوله على مذهبهما وقع سهوا من قلم الناسخ وكان الصحيح على مذهبه ثم ان صاحب العناية بعد ان شرح دليلي الطرفين في هذه المسئلة بالتمام قال وكان المصنف مال الى قولهما حيث اخره انتهى وقال بعض الفضلاء في كلام لانه يأبى عنه ترجيح قول ابي حنيفة في كتاب العتاق انتهى آتول الذي في كتاب العتاق مسئلة الاعتاق والمذكور ههنا مسئلة الكتابة واستلزام الترجيح قول ابي حنيفة في مسئلة الاعتاق ترجيحه في مسئلة الكتابة ممنوع سيما اذا كانت كتابة احد الشريكين باذن الآخر كما نحن فيه فمن اين ثبت لابا ولئن سلم الاستلزام فعلى كون الاصل في كلتا المسئلتين هو التبعية وعدم ترجيح قول احدهما لم يكن بالتصريح به بل انما فهم من تاخير دليله في البيان وقد عكس الامر ههنا وقد فهم منه ترجيح قوله الا محالة ولما وقع التدافع بين الكلامين حملنا الثاني على الرجوع عن الاول كما هو المتعارف في امثال هذا فلا محذور وتدبر **قوله** ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد قيل ينبغي ان لا يضمن شريكه قيمة الولد عند ابي حنيفة رح لان حكم ولد ام الولد حكم امه ولا قيمة لام الولد عنده فكذا لابنها وجيب بان هذا على قولهما واما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك السؤال وهذا الجواب وليس بشيء آتول يعني ان هذا الجواب ليس بشيء لان ما ذكره المصنف فيما سيأتي بقوله وهذا الذي ذكرناه كله قول ابي حنيفة رحمه الله ههنا في هذا الجواب قطعا ثم قال صاحب العناية وقيل عن ابي حنيفة رح في تقويم ام الولد روايتان فيكون الولد مستوفيا على احدهما كان حرا بالقيمة انتهى وقال بعض المشايخ هذا خلاف لما اسلفنه

وبخلاف بیع المکاتب لان فی تجویزہ ابطال الکتابۃ اذ المشتری لا یرضی ببقائہ مکاتبا واذا صار کلہا ام ولد لہ فالثانی واطیٔ ام ولد لغیرہ فلا یثبت نسب الولد منہ
ولا یکون حرا علیہ بالقیمۃ لمولاہ لا یجب الحد علیہ للشبہۃ ویلزمہ جمیع العقر لان الوطیٔ لا یتجزأ فیجب لعدم الغرامتین واذا فسخت الکتابۃ وقد ولدت کلہا مکاتبۃ لہ قیل یجب
علیہ نصف بدل الکتابۃ لان الکتابۃ انفسخت فیما یتصور بہ المکاتبۃ ولا تتصور بہ المکاتبۃ لا تتصور الکتابۃ لم تنفسخ لانہ فی حق التملک جہۃ
فلا یظہر فی حق سقوط نصف البدل وفی ایفائہ فی حقہ نظر وللمولی وان کان لا یتصور المکاتبۃ بسقوطہ والمکاتبۃ ہی التی تعطی العقر لا یختصا صحیحا بدل ہذا
و بعتق ورجعت فی الرق رد الی المولی لتلزمہ باختصاصہ علی ما بینا **قال** ویضمن الاول لشریکہ فی قیاس قول ابی یوسف نصف قیمتہا مکاتبۃ لا یملک نصیبہ
شریکہ وہی مکاتبۃ ضمنہ موسرا کان او معسرا لانہ ضمان التملک وفی قول محمد لا یضمن الاول من نصف قیمتہا دون نصف ما بقی من بدل الکتابۃ لان حق شریکہ
فی نصف الرقبۃ علی اعتبار العجز وفی نصف البدل علی اعتبار الاداء فللرد بعجزہا الی اقلہما **قال** وان کان الثانی اعتقہا ذلک حق ہذا عتقت بطل الرد لانہ
لم یصادف الملک اصلا عندہما فانہ لان المستولد تملکہا قبل العجز واما عند ابی حنیفۃ رحمہ اللہ فلانہ بالعجز تبین انہ تملک نصیبہ من وقت الوطیٔ فتبین انہ صادف
ملک غیرہ والید بعجز یعتمد الملک بخلاف النسب لانہ یعتمد العجز وعلی ما مر **قال** وہی ام ولد للاول لانہ ملک نصیب شریکہ وکذا الاستیلاد علی ما بینا ویضمن شریکہ نصف
عقر ما وطیہ جاریۃ مشترکۃ ونصف قیمتہا لانہ ملک نصفہا بالاستیلاد وہو تملک بالجنایۃ والولد ولد للاول لانہ صحت دعوتہ لتمام الملک

الشارح فی باب البیع الفاسد ان الروایتین فی حق المدبر واما فی حق ام الولد فاتفقت الروایات عن ابی حنیفۃ انہ لا یضمن بالبیع والتعیب
لانہ لا تقوم لما لتہا انتہی اقول لا ضیر فی مخالفتہا ذکر فی ہذا الجواب الثانی لما اسلفہ مبناک تبعا لصاحب العنایۃ فی باب البیع الفاسد فانہ والما اسلفہ
ہناک تبعا لصاحب النہایۃ الا ان المص صرح ہناک بتحقق الروایۃ عن ابی حنیفۃ رحمہ اللہ فی تقوم ام الولد ایضا حیث قال وان ماتت ام الولد
والمدبر فی ید المشتری قیل لا ضمان علیہ عند ابی حنیفۃ رحمہ اللہ وقالا علیہ قیمتہا وہو روایۃ عنہ انتہی ولا یخفی بہذا الجواب الثانی انہا ہو تاج الشریعۃ
وصاحب الکفایۃ وہما لم یذکرا فی باب البیع الفاسد عدم تحقق الروایتین عن ابی حنیفۃ فی حق ام الولد واما صاحب العنایۃ فلیس بمجیب بہذا الجواب
من عند نفسہ بل ہو ناقل محض فلا ینافی ما اختارہ ہناک **قولہ** وبخلاف بیع المکاتب اخرہ بہ جواب عما یقال لما قلتم بفسخ الکتابۃ ضمنا لصحۃ فی البیع
اذ بیع المکاتب کما قلتم بفسخ الکتابۃ ضمنا لصحۃ الاستیلاد وجہ الجواب ان فی تجویز البیع ابطال الکتابۃ اذ المشتری لا یرضی ببقائہ مکاتبا ولو
ابطلناہا تضرر بہ المکاتب فی فسخ الکتابۃ فیما یتضرر بہ المکاتب لا یصح ہذا ما عابہ جمہور الشراح فی محل مراد المصنف بکلامہ ہذا علیہ وقد ذکر ہذا السوال
والجواب صراحۃ فی الکافی بان قیل قلنا نحن ان صاحب العنایۃ بعد ان ذکر ہذا المعنی لکلام المصنف ہذا قیل قال ویجوز ان یکون بیانا لقولہ
وتبقی الکتابۃ فیما وراہ فان البیع وراء ما لا یتضرر بہ فان المکاتب یتضرر بہ فتبقی الکتابۃ کما کانت انتہی اقول لا یخفی علی من لہ ذوق صحیح ما فیہ
من الرکاکۃ من جہۃ اللفظ ومن جہۃ المعنی فلیتفکر وقال بعض الفضلاء قولہ اصنف ہذا جواب محمد عن قیاس ابی حنیفۃ فی نقل الکتابۃ المفرقۃ
من ملک الثانی الی ملک الاول علی ما بینا وجہہ ان فی النقل لا تنفسخ الکتابۃ مطلقا کما فصل بخلاف البیع الی ہنا کلامہ اقول انت خبیر بان القیاس
الذی ذکرہ لم یقع من ابی حنیفۃ قط فکیف یکون بجوابہ جوابا عن ذلک **قولہ** ویضمن الاول لشریکہ فی قیاس قول ابی یوسف نصف قیمتہا مکاتبۃ الی
قولہ فلتبرد بینہما یجب اقامہا قال صاحب العنایۃ فی شرح ہذا المقام اذا کاتب الرجلان عبدہما مشترکا بینہما کتابۃ واحدۃ ثم اعتق احدہما نصیبہ
یضمن المعتق لشریکہ نصف قیمتہ مکاتبا عند ابی یوسف موسرا کان او معسرا لانہ ضمان التملک وہو لا یختلف بالیسار والاعسار وعند محمد یضمن الاقل من
نصف قیمتہ مکاتبا ومن نصف ما بقی من بدل الکتابۃ لان حق شریکہ فی نصف الرقبۃ علی اعتبار العجز وفی نصف البدل علی اعتبار الاداء فلیتبرد بینہما
یجب قلعہا لانہ متیقن قال صدر الاسلام ولانہ لو بقی من البدل درہم یکون حصۃ نصف درہم وقد تملکہا احدہما بالاستیلاد فیستحیل ان یجب علیہ نصف
القیمۃ وہو خمسمائۃ اذا کانت قیمتہا الف درہم وقد وصل الیہ جمیع بدل نصیبہ من ہذہ الرقبۃ الا نصف درہم فلہذا اوجبنا الاقل ہذا قولہما فی المکاتب
المشترک اذا اعتق احدہما نصیبہ علی ہذا القیاس قولہما فیما نحن فیہ فعند قیاس قول ابی یوسف یضمن الاول لشریکہ نصف قیمتہا مکاتبۃ علی
قیاس محمد یضمن الاقل من نصف قیمتہا مکاتبۃ ومن نصف ما بقی من البدل الی ہنا کلام صاحب العنایۃ اقول ہذا شرح فاسد
وتحریر مختل اما اولا فلان قولہ اذا کاتب الرجلان عبدہما مشترکا بینہما کتابۃ واحدۃ ثم اعتق احدہما نصیبہ یضمن المعتق لشریکہ نصف قیمتہ مکاتبا عند
ابی یوسف موسرا کان او معسرا خبط فاحش اذ قد صرح فی عامۃ المعتبرات حتی الہدایۃ نفسہا فیما سیاتی بعد نصف صفحۃ بان قال ابی یوسف فی تلک
المسئلۃ ان یضمن الساکت المعتق قیمۃ نصیبہ مکاتبا ان کان موسرا او یستسعی العبد ان کان معسرا بناء علی انہ ضمان اعتاق فیختلف بالیسار
والاعسار ومن العجائب قول صاحب العنایۃ فی الاستدلال علی قول ابی یوسف فی تلک المسئلۃ لانہ ضمان التملک وہو لا یختلف بالیسار والاعسار
اذ لا یشتبہ علی احد ان ضمان الاعتاق ضمان افساد التملک لا ضمان التملک اولم یر قول صاحب الکفایۃ بصدد شرح قول المص ہنا لانہ

[illegible]

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى قال

[illegible]

سقط به فاما اذا افترقا فيما ادى حالا ولا كان هذا ضمان افساد الملك واما هاهنا فلان قوله هذا قولهما في المكاتب المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه يدل على ان ما ذكره فيما قبل بأسره كان في حق المكاتب المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه مع ان ما نقله عن صدر الاسلام فيما قبل صريح في انه في حق المكاتبة المشتركة اذا استكملها احدهما بالاستيلاد واما ثالثا فلانه صرف القياس في كلام المصنف هذا الى قول ابي يوسف ومحمد معا حيث قال وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه يعني قياس قول ابي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل انتهى مع ان كلام المصنف في المقيس عليه هو مسألة الاعتاق على ما سيأتي صريح في ان محمدا مع ابي يوسف هنالك في ان يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبا اذا كان موسرا دون الاقل منها ومن نصف ما بقي من البدل فكيف يتم القياس على قول محمد رحمه الله تعالى نعم يجوز ان يكون عن محمد روايتان في مسألة اعتاق واحد الشريكين المكاتب المشترك بينهما احدهما ما ذكره المصنف فيما سيأتي والاخرى ما يوافق قياس ما ذكره في مسألة الاستيلاد ويدل عليه ما ذكر في بعض الكتب المعتبرة كالكافي والبدائع وان [illegible] فيهما في مسألة الاعتاق على قول محمد هي الرواية الاخرى وهي ضمان الاقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لكن كلامنا في عدم مساعدة كلام المصنف نفسه لصرف القياس الذي ذكره في لفظ الجامع الصغير الى قولهما معا ثم اقول الوجه عندي ان يكون مراد المصنف في لفظ الجامع الصغير هاهنا ان قول ابي يوسف فيما نحن فيه من مسألة الاستيلاد على قياس قوله في مسألة الاعتاق واما قول محمد فيه فعلى خلاف قوله في تلك المسألة كما يشير اليه هذا المعنى قطعا اسلوب تحرير المصنف حيث قال في قياس قول ابي يوسف وفي قول محمد بزيادة لفظ قياس في الاول وحذفه في الثاني فتدبر ترشد **قوله** وهذا قولهم جميعا لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وهاهنا ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للآخر فيها الا في الصحيح تدبيره كذا في العناية وغيرها قال بعض الفضلاء قياسه ينبغي ان يلزمها عند محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليتأمل انتهى اقول يمكن الفرق بين وجه قول محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فيما اذا بقيت الكتابة وهو ان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلما تردد بينهما يجب اقلهما وهذا الوجه غير متمش فيما اذا لم تبق الكتابة لان كون حق شريكه في نصف البدل على اعتبار الاداء انما يتصور عند بقاء الكتابة واما بعده والحال ان ما ادته الى شريكه بمنزلة العدم كما هو الحال في كل مكاتب عجز عن اداء تمام البدل فانفسخت الكتابة فحينئذ يتعين في حق شريكه نصف الرقبة فيضمن نصف قيمتها بالاتفاق فليتأمل

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى لما كان العتاقة تاخير باب احكام هذه الاشياء ظاهر التناسب لان هذه الاشياء متأخرة عن عقد الكتابة فكذا بيان احكامها **قوله** والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء قال صاحب العناية والمديون بالجر عطف على كامهال اقول هذا بحسب الظاهر غير صحيح قطعا اذ لا شك ان المديون معطوف على الخصم داخل في حيز الامهال وكامهال المديون لاجل القضاء **قوله** ولهما ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن اداء نجمين اقول فيه شيء وهو ان دليلهما هذا لا يتمشى في صورة ان عجز عن اداء اخر النجوم التي تواضعا عليه اذ ليس بعده سائر النجوم بأسرها اذ لا يلزمه حينئذ سوى ذلك النجم الواحد حتى يتحقق عليه [illegible] امهاله مدة نجم فيكون اعجز عن اداء نجمين بل يكون عليه حينئذ ان يؤدي نجما واحدا في ضعف مدته ولا ريب انه ايسر له كما قال ابو يوسف رحمه الله وقال بعض الفضلاء فيه تأمل فانه اذا كان له دين يقتضيه او مال يقدم عليه لا يسلم هذه الشرطية انتهى اقول ان قوله هذه الشرطية ليس بسديد اذ الظاهر ان مراده في قوله من عجز

وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يجوز حتى يتوالى عليه نجمان بقوله تعالى ﴿وفي الرقاب﴾ أضاف الإيتاء إليهم وهو الإعتاق وهو إنما يكون بعد الأداء ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون عاجزا عن أداء النجوم وهذا لأن مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم قد فات فينفسخ إذا لم يكن رضيا به دونه بخلاف اليومين والثلاثة لأنه لا بد منه لإمكان تأخير الأداء لأدنى مدة فإن تأخير الأداء لأدنى مدة لا يعجزه عن الأداء فسقط الاحتجاج به قال وإن أخر نجم عند غير السلطان فعجز عنه صار مردودا رقيقا فرجاؤه من الكتابة تعجيز الناجز من غير حاجة إلى الرد ويرتفع به العقد بين المولى والمكاتب بالفسخ لأنه عقد لازم قام بدين من القضاء أداء الرضاء كالرد بالعيب وهذا الفسخ قال فإن مات المكاتب وله مال يفي بقيمة الكتابة وفي عليه من ماله ومعه بعتقه في آخر جزء من أجزاء حيوته وما بقي فهو ميراث لورثته وهذا قول علي رضي الله عنه وابن مسعود رضي الله عنه وبه أخذ عثمان رضي الله عنه وقال الشافعي رضي الله عنه تبطل الكتابة ويموت عبدا وما ترك لمولاه ولهما أنه في ذلك زيد من ثابت رضي الله عنه ولأن المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر إثباته فتبطل وقد الإرادة لا نهاية لأن ما ثبت بعد المماتية مقصورا وثبت بعد الموت حسنا لأن الإرادة لعدم المخلية ولا إلى الثاني فقد الشرط وهو الإرادة ولا إلى الثالث لتعذر الموت الحال وهي تثبت بعد الموت فتعذر إثباته فتبطل بموت العبد المتعاقدين وهو المولى فكان بموت الآخر والمانع بينهما الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء الحق بل أولى لأن حقه الذي من حق المولى حتى يلزم العقد في جانبه والموت أنفى للمالكية منه للمملوكية

من أداء نجم واحد موصولة وأن قوله يكون عجزا عن أداء نجمين خبران في قوله لأن فلا شرط ولا جزاء في الكلام حتى يكون الجملة شرطية **قوله** والآثار متعارضة قال المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن مكاتبته له عجزت عن أداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها هذا جواب عن استدلال أبي يوسف بأثر علي رضي الله عنه بأن الأثر المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما على ما ذكر في الكتاب يعارضه فسقط الاحتجاج بها أي بالآثار للتعارض لأن الآثار إذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت فيصار إلى ما بعدها من الحجة فيبقى ما قالوا من الدليل بأن سبب الفسخ قد تحقق إلى آخره سالما عن المعارض فيثبت الفسخ به كذا في غاية الشروح أقول هنا إشكال لأن ما قالوا من الدليل المعقول راجع إلى القياس على مقتضى ما صرحوا به في كتب الأصول عند بيان أنحاء الأدلة الشرعية في الأربعة من أن الاستدلال بالمعقول راجع إلى القياس وقد صرح به صاحب غاية البيان هنا أيضا حيث قال إن الآثار متعارضة والتاريخ مجهول فيصار إلى ما بعدها من الدليل وهو القياس انتهى وقد تقرر في الأصول أيضا أن القياس لا يجري في المقادير وما نحن فيه من قبيل المقادير كما أفصح عنه كثير من الشراح حيث قالوا وما رويناه من حديث ابن عمر كالمروي عن النبي عليه السلام لأن ما يقوله الصحابي من المقادير يحمل على السماع لأنه لا يدركه القياس انتهى فإذا تعارضت الآثار فيما نحن فيه وتساقطت كما قالوا ولم يصح القياس في المقادير كما تقرر في الأصول والفروع فكيف ينتهض ما قالوا من الدليل المعقول الذي مرجعه إلى القياس حجة لهما في إثبات ما ذهبا إليه في جواب هذه المسألة فليتأمل **قوله** وقال الشافعي تبطل الكتابة وبموت عبدا وما ترك لمولاه وأمامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه ولأن المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر إثباته فتبطل قال صاحب الغاية في شرح هذا المحل وقال الشافعي تبطل الكتابة وبموت عبدا وما ترك فلمولاه وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل والمقصود منها كذلك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء بأن قوله واستدل لذلك بالمعقول إلى آخره لا يطابق الشرح لدلالته على أنه استدل بأثر زيد وبالمعقول حيث قال المصنف ولأن المقصود بالواو العاطفة انتهى أقول بل هو مطابق للشرح فإن الواو في قوله واستدل العطف أيضا والمعطوف عليه معنى قوله وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه كأنه قال أحد يقول زيد بن ثابت واستدل لمدعاه بالمعقول أيضا كما أن قول المصنف ولأن المقصود بالكتابة عطف على معنى قوله وأمامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه كأنه قال لأثر زيد بن ثابت ولأن المقصود بالكتابة إلى آخره والعطف بحسب المعنى شائع في كلام الثقات وقد صرح بجواز ذلك كثير من المحققين في مواضع شتى من كتب البلاغة فتطابق الشرح والمشروح في حاصل المعنى كما ترى ثم إن ذلك البعض قال والموافق للشرح فتبطل الكتابة لأن العقود إنما شرعت لأحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد انتهى أقول هذا كلام خال عن التحصيل لأنه كان مدار رده على صاحب الغاية بعدم مطابقة شرحه للشرح على تحقق الواو العاطفة في المشروح وعدم تحققه في الشرح على زعمه ولم يحقق ذلك فيما ذكره نفسه قط فإنه قال لأن العقود إلى آخره بدون الواو العاطفة فما معنى عدم مطابقة ذلك للشرح وموافقة هذا له وأيضا إن الفاء في قوله فتبطل الكتابة مما لا محل له في الشرح كما لا يخفى على الفطن الناظر في عبارة الشرح **قوله** بل أولى لأن حقه أكد من حق المولى قال صاحب العناية بل أولى يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد لأن العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ووجه ذلك أن الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد هنا إنما هو الحاجة والحاجة إلى ذلك بعد موت المكاتب أولى من حيث المقتضي والمانع إلى آخره أقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن قول المص هذا إنما هو لمجرد المبالغة في تحقق الجامع المذكور في جانب المقيس وهو موت المكاتب من المتعاقدين ولا وجه لتجويز كونه جوابا عما قال من طرف الخصم ليس موت المكاتب كموت العاقد لأن العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد لأن الجواب عنه إنما يتصور بمنع كون المكاتب

فينزل حيا تقديرا ويستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداؤه خلفه كاداء وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات **قال** وان لم يترك
وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه
فيخلفه في الاداء وصار كما اذا لم يترك وفاء وان ترك ولدا مشتريا في الكتابة قيل له اما ان تؤدي بدل الكتابة حالا او تدع فيقاعند ابي حنيفة رحمه الله واما
عندهما يؤدي الى اجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع انه مكاتب عليه تبعا له وهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر اكسابه ولابي حنيفة رحمه الله
وهو الفرق بين الفصلين ان الاجل يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشتري لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد ولا سرى حكمه اليه لانفصاله بخلاف
المولود في الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فسرى الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء
ورثه ابنه لانه لما حكم بحريته في آخر جزء من اجزاء حيوته حكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون هذا خروجا عن حقه وكذلك ان كان هو وابنه
مكاتبين كتابة واحدة لان الولدان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعله كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته
في تلك الحالة على ما مر **قال** فان مات المكاتب وله ولد من حرة وكان دينا وفاء لمكاتبته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب
نفسه معقودا عليه بيان المعقود عليه انما هو سلامة بالاية البدل لما مر حوالة المصنف لم يتعرض في كلامه هذا لمنع ذلك قط ولا لبيان ان المعقود عليه اذا
فلا مجال لان يكون كلامه هذا جوابا عن ذلك السؤال لان بطلان العقد بهلاك المعقود عليه مجمع عليه لا يحتمل جوازه يكون الحاجة ادعى الى ايفائه بعد ان
هلك المعقود عليه فلا يفيد المقدمات المذكورة ههنا شيئا في دفع ذلك السؤال اصلا ثم ان بعض الفضلاء قد خبا جوزه صاحب العناية من كون كلام المصنف هذا جوابا
عما ذكر بوجه آخر حيث قال انه لا يخلو عن بعد قوله لا يبطل بموت احد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فانه صريح في عدم كون المكاتب معقودا عليه اللهم الا ان يحمل على الكلام
التنزلي انتهى اقول ليس هذا بتمام لان كون قوله لا يبطل بموت احد المتعاقدين فكذا بموت الآخر صريحا في عدم كون المكاتب معقودا عليه ممنوع لاحتمال ان
يكون المكاتب مع كونه احد المتعاقدين معقودا عليه ايضا لوقوع العقد على نفسه الا يرى الى قولهم في تصوير مسئلة كتابة العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غائب
بان يقول العبد كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب ولئن سلم كونه صريحا في ذلك فعدم كون المكاتب معقودا عليه عندنا لا يستدعي عدم كونه كذلك
عند الخصم ايضا والسؤال المذكور انما يتوجه من قبل الخصم فلو قصد المصنف بقوله بل اولى الجواب عنه لم يكن منافيا لقوله السابق بل يكون مقررا له فلا احتياج
الى التنزل بل لا معنى لا يظهر ذلك كله بالتامل الصادق **قوله** فينزل حيا تقديرا ويستند الحرية باسناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداؤه خلفه كاداء
هذا اشارة الى الجواب عما ذكره الخصم من التردد بوجهين ذهب الى كل واحد منهما جماعة من اصحابنا احدهما انه يعتق بعد الموت بان ينزل حيا تقديرا كما انزلنا
الميت حيا في حق بقاء التركة في حق ملك فيما اذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث وكما قدر بالمولى حيا ومالكا
ومعتقا في فصل موت المولى وثانيهما انه يعتق في آخر جزء من اجزاء حيوته بان يستند الحرية باسناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويجعل اداؤه خلفه كاداء نفسه
هذا زبدة ما في شروح هذا الكتاب وغيرها في هذا المقام ثم اقول من العجائب ههنا ان صاحب الاصلاح والايضاح بدل كلمة او في او يستند الحرية بكلمة
الواو فقال في شرحه في اثناء تقرير تعليل المتن في هذه المسئلة فينزل حيا تقديرا ويستند الحرية باسناد سبب الاداء الى ما قبل الموت وقال في حاشيته على قوله ويستند
الحرية هذا من تمام التعليل فمن قال ويستند فقد اخطأ انتهى وفسر القائل في حاشية صغرى كصاحب الهداية ولا يخفى على الناظر في شروح الهداية وغيرها من الكتب
المبسوطة ان المخطئ هو هذا المخطئ فان المقصود من كلمة او هو الاشارة الى المسلكين المختلفين المتفاوتين في اثبات قولنا المتن في مسئلتنا هذه فحق التعبير ان يذكر كلمة او دون
كلمة الواو ولعل منشأ غلط ذلك المخطئ انه زعم ان قول صاحب الهداية او يستند الحرية الى آخره معطوف على اول التعليل وهو قوله ولنا انه عقد معاوضة فيخطأ
بانه من تمام التعليل المذكور فكيف يعطف عليه بكلمة او ولا ريب انه معطوف على قوله فينزل حيا تقديرا وانه لا محذور في اتمام التعليل باحد الامرين بل فيه ترتيب
الفائدة بتوسيع الدائرة **قوله** ولا سرى حكمه عليه لانفصاله قال بعض الفضلاء فيه بحث انتهى اقول الظاهر ان مراده بالبحث هو انه لو لم يسر حكمه عقد الكتابة اليه لما
دخل في كتابة ابيه وقد مر في اول فصل من باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله انه اذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته وايضا لو لم يسر حكمه اليه لما عتق عليه
باداء بدل الكتابة حالا لكنه ساقط بوجهيه اما سقوط وجهه الاول فلان دخول الولد المشتري في كتابة ابيه ليس لسراية حكم عقد الكتابة الذي جرى بين المكاتب ومولاه
اليه بل يجعل المكاتب مكاتبا لولده باشترائه اياه تحقيقا للعلة بقدر الامكان كما ان الحر اذا اشترى ولده يصير معتقا له بالاشتراء واما سقوط وجه الثاني فلان عتق
الولد المشتري عنده باداء بدل الكتابة حالا ليس لاجل السراية ايضا بل لصيرورة المكاتب اذا ذاك بمنزلة من مات عن وفاء وقد صرح عنه صاحب الكافي حيث قال وكان ينبغي ان يباع
بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا عجل صار كانه مات عن وفاء انتهى فتدبر **قوله** وان مات المكاتب وله ولد من حرة الى آخره قال صاحب العناية ذكر هذه المسئلة والتي
بعدها لبيان الفرق بينهما اقول هذا كلام لا حاصل له لان الفرق متحقق بين كل مسئلتين وان لم تكونا مسئلتين بل صارتا مسئلة واحدة فكل مسئلتين اذا ذكرتا

لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فيجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا وان اختصم موالي الام وموالي الاب ولاءه فقضى به لموالي الام فهو قضاء بالعجز لان هذا اختلاف في الولاء متفرع ذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا افصل بحقهم فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا قال وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه تعجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد يملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله عنها هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي لان المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل الملك فلا يطيبه ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب هذا عند محمد رحمه الله ظاهرا لان بالعجز يتبدل الملك عنده وكذا عند ابي يوسف رحمه الله ان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده

يعرف الفرق بينهما فما وجه تخصيص عليه بيان الفرق بين المسئلتين فان قيل الفرق بين هاتين المسئلتين ظاهر فان بيانه فيهما واحد اجيب عليه بانه كما قلنا الفرق ايضا متحقق في كثير من المسئلتين فلم يتم وجه التخصيص وايضا لو كان ذكرهما لمجرد بيان الفرق بينهما لما استحقت ايضا ذكرهما منفردة عن الاخرى لا شك ان كل واحدة منهما مسئلة مهمة مقصودة بالذكر والبيان على ان الفرق بين مفهومي هاتين المسئلتين ظاهر غني عن البيان وانما المحتاج الى البيان هو الفرق بين عليتهما وبيان الفرق بين عليتهما انما وقع في الهداية وهاتان المسئلتان بانفسهما مذكورتان في البداية ايضا بدون بيان العلة فلم يكن ذكرهما لبيان الفرق بينهما بل كان لبيان حكمهما في انفسهما ولبيان الفرق بينهما من حيث الحكم كما في سائر المسائل **قوله** لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان فيها من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل ان يعتق فيجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا قال صاحب العناية في حل هذا الاصل لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر شيئا لا يبطله اما انه يقرر حكم الكتابة فلان الكتابة تستلزم الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل ان يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا كذب الملاعن نفسه عاد النسب اليه فكذلك الولاء وكان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه واما ان كل ما يقرر شيئا لا يبطله فلئلا يعود على موضوعه بالنقض انتهى كلامه اقول تقريره نوع اشكال على طريقة اهل المعقول فان قوله وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه ممنوع اذ لا يلزم من ثبوت اللازم ثبوت الملزوم لجواز ان يكون اللازم اعم من الملزوم لا شك ان تحقق العام لا يستلزم تحقق الخاص والظاهر فيما نحن فيه عموم اللازم لان ايجاب العقل على موالي الام تحقق في صورة ان يقضى بعجز المكاتب كما تحقق في صورة ان يبقى على كتابته فلا يتم التقريب ثم اقول يمكن دفعه بان اللازم ههنا ليس مطلق ايجاب العقل على موالي الام بل ايجابه عليهم على وجه يحتمل ان يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى مواليه ايجابه عليهم على ذلك الوجه لازم مساو لصورة ابقاء الكتابة اذ في صورة القضاء بالعجز ينتفي هذا اللازم بانتفاء جزئه وهو احتمال جر الولاء كما صرح به في المسئلة الآتية ولكن بقي ههنا شيء وهو ان لمانع ان يمنع ثبوت هذا اللازم المقيد فيما نحن فيه لان ثبوته فيه يتوقف على ان لا يكون القضاء بموجب جناية الولد على عاقلة الام قضاء بعجز المكاتب وهو اول المسئلة فلا يخلو التعليل المذكور عن نوع المصادرة فتامل **قوله** وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك وتبدل الملك بمنزلة تبدل العين في الشريعة كذا في الكافي وعامة الشروح فان قيل ان ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك قلنا ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا في مقابلة ملك اليد للمكاتب حتى كان للمكاتب ان يمنع المولى عن التصرف في ملكه ولم يكن للمولى ان يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه ثم بالعجز انعكس الامر وليس هذا الا تبدل الملك للمولى كذا قال جمهور الشراح واعترض صاحب العناية على هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب فيه نظر لانا لا نسلم ان ذلك تبدل العين كان فلا نسلم ان مثله بمنزلة تبدل العين انتهى وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال قلت اول كلامه منع مجرد والثاني دعوى بلا برهان انتهى اقول ليس هذا بشيء فان المنع المجرد والمنع مع السند كلاهما من آداب المناظرين غاية الامر ان الثاني اقوى من الاول فلا يفيد قوله اول كلامه منع مجرد واما قوله والثاني دعوى بلا برهان فغير سديد اذ لا دعوى له في الثاني بل هو ايضا منع محض كما ترى فلا يلزمه البرهان والصواب في دفع ذلك ان يقال ان منع البدل ممكن اذ لا شك ان الانعكاس لا يقتضي التبدل بل هو عين التبدل وان منع كون مثل هذا التبدل بمنزلة تبدل العين ساقط لان كونه بمنزلة تبدل العين انما هو في حكم الشرع دون الحقيقة وكونه بمنزلته ذلك في حكم الشرع منصوص عليه من قبل اهل الشرع فلا مجال للمنع ثم قال صاحب العناية ولعل الاولى ان يقال المولى لم يكن ملك يده قبل العجز وحصل به وكان تبدل انتهى ورد عليه الشارح العيني بانه ان لم يكن له ملك يد فله ملك رقبة اقول هذا ايضا كلام لغو اذ ان يكون له ملك رقبة قبل العجز لا ينافي تحقق التبدل بالنظر الى ملك اليد وهو كاف في كون ما ادى المكاتب من الصدقات طيبا للمولى كما صرح به الصواب في الرد عليه ههنا ان يقال هذا الذي ذكره في الجواب عين الجواب الذي اختاره جمهور الشراح واورده هو للنظر عليه مع ان ذلك الجواب من المزية وهي الاشارة الى وجه اعتبارهم تبدل الملك لا دون بقاء ملك الرقبة بان

لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الآخذ لكونه اكلا بلا عوض فلا يوجد ذلك فيما نحن فيه ولهذا سمي زيادة حرمة ولا اخذ ليوجد من المولى فصار كابن السبيل اذا وجد المال في يده والفقير اذا استغنى وقد بقي في يده فانه اخذ من الصدقة حيث يطيب لهما وحل اخذ العتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده قال ولا جناية العبد لان هذا موجب جناية العبد في الاصل ولم يكن علما بالكتابة عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء او لان الكتابة ما اعدم من الدم فاذا ولد عاد الى الاصل وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز فانه يفدى من بدل الكتابة وان شئت بدفعه في كتابته تعجز فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة الى القيمة وهذا قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف ومحمد يباع فيه وكان يقول اذا عجز قبل القضاء وهذا قول زفر لان الدين من الدم وهو الكتابة قائمة فكانت الجناية واقعة بعد انعقاد موجبه للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد وكذا ان المانع قابل للزوال للتردد اثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء او على الرضاء وما يباع فيه للبيع اذا تبين قبل القبض توقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده وكذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال قال واذا مات مولى المكاتب لم ينفسخ الكتابة لبقاء دوره الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة بسبب الحرية وسبب حق الوارث حقه وقيل لو اذا المال الى ورثة الولي على حرمة لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بعده كالصفة ولا تخلو الا ان الورثة يخلفونه في الاستيفاء فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك لكن بسبب الصدقة فلو اعتقوه جميعا عتق وسقط عنه بدل الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث فاذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة عتق كما اذا ابراه المولى فان ابراء احد الورثة لا يصير ابراء عن نصيبه لانا لم نجعل ابراء انتفاء تصحيحا للعتق والاعتاق لا يتبعض اذا ثم في المكاتب لان بعضه لا في كله وكذا وجه الى ابراء الكل بحق نفسه الورثة والله اعلم

كتاب الولاء

قال الولاء لوعاء ولاء عتاقة ولاء نعمة

ملك الرقبة مغلوب في مقابلة ملك اليد فكان اعتبار حال الغالب وهو التبدل اولى من اعتبار حال المغلوب وهي البقاء فلا وجه لايراد النظر على ذلك الجواب وذكر هذا من عند نفسه وادعاء انه اولى من ذلك **قوله** لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الآخذ الى قوله والآخذ لم يوجد من المولى قال بعض الفضلاء اهل هذا الواجب الفقير للغني او الهاشمي فينبغي ان يطيب لهما عنده اذا اخذ منهما كما لا يخفى اقول ان لم يوجد منهما الاخذ من يد المتصدق فقد وجد منهما الاخذ من يد الفقير حيث تناولا ما كان في يده وملكه فقد تحقق في حقهما هناك سبب الخبث اذ لا فرق في ايراث الخبث بين اخذ من احد واخذ من آخر اذا وجد الاخذ بالاخذ بخلاف المولى فيما نحن فيه فانه لم يوجد منه الاخذ لان الاخذ بالتصدق وهو ظاهر لا من هذا العبد فان كسابه ملك مولاه عند ابي يوسف فبالعجز لا يتبدل الملك فلا يوجد منه الاخذ بل بقي ملكه في يده على حاله كما يرشد اليه تشبيه بابن السبيل اذا وصل الى اهله والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة فان قلت لا شك انه كان للمكاتب ملك التبدل بالعجز بالاتفاق ولهذا كان له منع المولى عن التصرف فيما في يده فبالعجز انتقل ذلك الملك منه الى المولى فوجد من المولى الاخذ من يد العبد بهذا الاعتبار قلت ذلك الانتقال ضروري والاخذ فعل اختياري فلا يعد ذلك اخذا ولو سلم ان بعد ذلك اخذا فالملازم فيما نحن فيه عند ابي يوسف اخذ المولى ملك نفسه من يد عبده والذي كان سببا للخبث انما هو اخذ ملك الغير من يده وهو تحقق عند اباحة الفقير للغني او الهاشمي فيتضح الفرق بين ذلك وبين ما نحن فيه **قوله** ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء او الرضا قال صاحب العناية فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لان مذهب زفر ان جناية المكاتب تعتبر لا في الحال من غير توقف على الرضا او القضاء فما وجه اخذه في الدليل قلنا ظهوره فان التردد في زوال المانع يمنع الانتقال لامكان عود الموجب الاصلي انتهى كلامه اقول فيه بحث اذ لمانع ان يمنع ان مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال كيف وهذا التردد متحقق فيما اذا عجز بعد القضاء ايضا مع ثبوت الانتقال هناك بالاتفاق فلم لا يجوز ان لا يمنع ههنا ايضا كما هو مذهب زفر وقول ابي يوسف ولا نسلم ان ثبوت الظهور ولو سلم ان مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال في الحال لزم ان يكون قول المصنف ولم يثبت الانتقال في الحال مستدركا بعد ان قال ان المانع قابل للزوال للتردد وكان حقه ان يقول فلم يثبت الانتقال في الحال بالتفريع على قبله كما لا يخفى على ذي سكة وكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث قال ولما كان المانع متردد لم يثبت الانتقال عن الموجب الاصلي الا بالقضاء او الرضا

كتاب الولاء

اورد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب لان الولاء من آثار المكاتب بزوال ملك الرقبة عند اداء بدل الكتابة وهو ان كان من آثار الاعتاق ايضا الا ان موجبات ترتيب المكاتب السابقة شاقت التكاتب في هذا الموضع فوجب تاخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الاثر على المؤثر ثم ان الولاء لغة مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل ويسمى ولاء العتاقة وولاء الموالاة به لان حكمها وهو الارث يقرب ويحصل عند وجود شرطه من غير فصل وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة الا انه اختص الشرع بولاء العتق وولاء الموالاة فالولاء شرعا عبارة عن التناصر سواء كان بالاعتاق او بعقد الموالاة ولهذا قال في المبسوط والمطلوب لكل واحد منهما التناصر كذا في النهاية معراج الدراية اقول فيه نظر اما اولا فلان الظاهر ان الولي حقيقة الثاني من المتقاربين كما يفصح عنه قوله وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل فهو فيما نحن فيه صفة حكم ولاء العتاقة وولاء الموالاة لا صفة انفسهما فكيف يحسن تسميتهما بما لا يقوم معنى ما اخذ اشتقاقه بما يدل بما هو خارج عنهما وهو حكمهما واما ثانيا فلان ما ذكر في المبسوط من ان المطلوب لكل واحد منهما التناصر مما يدل على كون التناصر غيرهما لا نفسهما اذ لا يخفى على الفطن ان المطلوب بالشيء لا يكون نفسه بل يكون امرا مغايرا له لا يعني لكون الشيء وسيلة الى نفسه فكيف يتم الاستشهاد على كون ولاء العتاقة وولاء الموالاة في الشرع عبارة عن التناصر بان قال في المبسوط والمطلوب لكل واحد منهما التناصر وقال في العناية الولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل انتهى اقول فيه

وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيها التناصر كانت العرب تتناصر بالشياء وقرره النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء بوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف **قال** واذا اعتق المولى مملوكه فولاءه له لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق

ان لان الولاء المعتق من الولى الذي هو القرب لا يكون عبارة عن النصرة والمحبة بل يكون عبارة عن القرابة لان الاشتقاق ان تحقق بين اللفظين تناسبا في اللفظ والمعنى ولا تناسب في المعنى بين الولى الذي معناه القرب وبين الولاء بمعنى النصرة والمحبة والتناسب في اللفظ والمعنى بين الولى بمعنى القرب وبين الولاء بمعنى القرابة وعن هذا قال في الكافي والكفاية هو من الولى بمعنى القرب ويقال منها ولاء اي قرابة ومنه قوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب وصلة كوصلة النسب انتهى فالولاء الذي يكون عبارة عن النصرة والمحبة انما يشتق من الولاية بالفتح بمعنى النصرة وعن هذا قال في النهاية ومعراج الدراية بعد بيان كون الولاء في اللغة مشتقا من الولى بمعنى القرب وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة انتهى وقال في التبيين هو من الولى بمعنى القرب فهو قرابة حكمية حاصلة من العتق او الموالاة وهي مفاعلة من الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة انتهى فقد ظهر ان قول صاحب العناية الولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولى وهو القرب خلط بين المعنيين واخلال بحق البيان **قوله** وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له انما قيد بقوله في الصحيح احترازا عن قول اكثر المشايخ فانهم يقولون سببه الاعتاق ويستدلون بقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ولكنه ضعيف فان من ورث قريبه فعتق عليه كان ولاؤه له ولا اعتاق هناك فالصحيح ان سببه العتق على ملكه الا يرى انه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق والحكم يضاف الى سببه واما قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق فالمراد به ان الولاء بسبب العتق لا بسبب الاعتاق فان في الاعتاق عتقا بدون العكس هذا زيادة ما في جملة الشروح هنا وقال في البدائع اما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلا بصنعه وهو الاعتاق او بمجرد مجرى الاعتاق شرعا كشراء القريب وقبول الهبة والصدقة الموهبة او بغير صنعه بان ورث قريبه سواء اعتقه تطوعا او عن واجب عليه كالاعتاق عن كفارة القتل والظهار والافطار واليمين والنذر وسواء كان الاعتاق بغير بدل او ببدل وهو الاعتاق على مال سواء كان منجزا او معلقا بشرط او مضافا الى وقت وسواء كان صريحا او يجري مجرى الصريح او كناية يجري مجرى الكناية وكذا العتق الحاصل بالتدبير والاستيلاد والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق من غير فصل الى هنا لفظ البدائع اقول كون الحديث المذكور اصلا في حق الصور المزبورة كلها محل نظر فان في صورة ان كان العتق حاصلا بغير صنعه كما اذا ورث قريبه لا يوجد الاعتاق فلا يندرج تحت قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق فليتامل في الدفع **قوله** والمعنى فيها التناصر قال صاحب العناية قوله والمعنى فيها التناصر بيان مفهومها الشرعي انتهى اقول فيه بحث اذ ليس مفهومها الشرعي مطلق التناصر بل تناصر يوجب الارث والعقل كما صرح به الشارح المزبور وغيره وبهذا الخصوص يمتاز مفهومها الشرعي عن مفهومها اللغوي كما عرفت فلو كان مراد المصنف بقوله المذكور بيان مفهومها الشرعي لما اطلق التناصر بل خصصه بما هو معتبر في مفهومها الشرعي على انه لو كان مراده بيان مفهومها لغويا كان او شرعيا لقال ومعناها التناصر دون ان يقول والمعنى فيها التناصر كما لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام والحق ان مراد المصنف بقوله المذكور بيان المقصود منها لا البيان مفهومها وعن هذا قال صاحب الكافي بدل قول المصنف والمعنى فيها التناصر والمطلوب بكل واحد منهما التناصر كما قال في المبسوط ايضا كذلك على ما تقرر شد **قوله** واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق قال صاحب العناية وجه الاستدلال ان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على ان المشتق منه علة لذلك الحكم انتهى اقول لا يذهب عليك ان حمل هذا الوجه ليس بسديد اذ لا شك ان المطلوب بهذه المسئلة بيان من له الولاء لا بيان علة الولاء والوجه المذكور انما يفيد الثاني دون الاول فلا يتم التقريب والصواب ان وجه الاستدلال ان ما بين لام الجنس في قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق للاختصاص

ولان التناصر به فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولادة ولان الغرم لاجل الغنم ولذا لك المرأة تعتق لما روينا ومات معتق لابنة حرة رضي عنها وعن بنت فجعل النبي عليه السلام المال بينهما نصفين ويستوي فيه الاعتاق بمال وبغيره لاطلاق ما ذكرناه **قال** فان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح **قال** واذا ادى المكاتب عتق والولاء للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بما باشره من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه بعد موته لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وان مات المولى عتق مدبروه وامهات اولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاءه له لوجود السبب وهو العتق عليه

في قوله لمن اعتق تدل على ان جنس الولاء لمن اعتق دون غيره كما قالوا في قوله تعالى الحمد لله تدل بلام الجنس والاختصاص على اختصاص جنس الحامد بالله تعالى ثم قال صاحب العناية فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه ينافي جعل العتق سببا لان اعتق مشتق من الاعتاق فالجواب ان الاصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق انتهى كلامه اقول في جوابه نظر لان كون مصدر الثلاثي اصلا في الاشتقاق لا يستدعي كونه اصلا في العلية لترتب الحكم على المشتق من المزيد عليه كما فيما نحن فان كثيرا من مصادر المزيدات يصلح علة لما لا يصلح له مصادر الثلاثي الا يرى ان الاعتاق مثلا يكون علة للعتق ولا ريب ان العتق لا يكون علة لنفسه او لغير ذلك من الصور وعاد السؤال على العلية فلا يدفعه الجواب المزبور **قوله** ولان التناصر به فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولادة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولان التناصر اي بسبب الاعتاق دليل على الاثرين الثابتين وهو العقل والميراث وتقريره المولى ينتصر بهذا السبب العتق ومن ينتصر شخص يعقله لان الغنم بالغرم فحيث يغنم بغيره يغرم عقله المولى احياه معنى بازالة الرق عنه لان الرقيق بالك حكما الا يرى انه لا يثبت في حقه كثير من الاحكام التي تعلقت بالاحياء نحو القضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى العيدين لاشتغاله بذلك وبالاعتاق يثبت هذه الاحكام في حقه وكان احياء معنى ومن احيا غيره معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء الولاء يوجب الارث فكذلك الولاء انتهى كلامه اقول في اوائل تقريره الدليل خلل لانه اعتبر النصر في جانب المولى بمعنى العتق والانتصار في جانب المولى بمعنى المعتق بالكسر كما لا يخفى على من تامل في بسط كلامه سيما في قوله فحيث يغنم ينتصر ويغرم عقله والظاهر ان الامر بالعكس اذ المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر حيث ينال شرف الحرية بسبب اعتاقه اياه فهو المغانم وايضا قد استدل على ان من ينتصر شخص يعقله بان الغنم بالغرم وليس بصحيح لانه ان رجع ضمير الفاعل المستتر في يعقله اي من ينتصر كما هو الظاهر من سوق كلامه لم يصح المدعى في نفسه ومع ذلك لا يطابقه الدليل المذكور اما عدم صحة المدعى في نفسه فلان العاقل في الشرع هو الناصر لا المنتصر على ما تقرر في موضعه واما عدم مطابقة الدليل المذكور اياه فلان المدعى حينئذ وجوب العقل الذي هو الغرم بالانتصار الذي هو الغنم والدليل المذكور انما يفيد عكس ذلك فالدليل المطابق له عكس ما ذكر هو الغنم بالغرم كما في الحديث الشريف على ما ذكر في كتب الحديث ومر في هذا الكتاب ايضا في باب النفقة من كتاب الطلاق وان رجع ذلك الضمير الى شخص في قوله من ينتصر شخص لم يصح الدليل المذكور ايضا لان الغانم هو المنتصر شخص والغارم هو ذلك الشخص الناصر فلم يجتمع الغنم والغرم في شخص واحد حتى يصح الاستدلال بان الغنم بالغرم اذ لا شك ان غنم شخص لا يصير سببا لغرم شخص آخر والا العكس ثم اقول الصواب ان مراد المصنف رح بقوله ولان التناصر به فيعقله هو ان المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر بسبب اعتاقه اياه فيعقله اي فيعقل المعتق بالكسر المعتق بالفتح بناء على ان مدار العقل ان يكون ناصرا كما تقرر في كتاب المعاقل حيث صرحوا فيه بان وجه ضم العاقلة الى الجاني في الدية دون غيرهم هو ان الجاني انما قصر لقوة فيه ذلك بانصارهم المعاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فضموا بالضم اليه **قوله** ولان الغنم بالغرم قال صاحب العناية قوله ولان الغنم بالغرم يخدم الوجهين لما مر انتهى اقول يبقى الوجهين العقل والارث كما مر فلا ما ذكرنا من ان الدليل على ان يعقل العتق انما هو كون الغرم بالغنم لا كون الغنم بالغرم والمذكور هنا هو الثاني فكيف يخدم الوجه الاول اما ثانيا فلانه جعل قوله المصنف فيعقل دليلا على ان التناصر به فيعقله مبنيا على كون الغنم بالغرم كما عرفت وكيف ينتظم حينئذ واو العطف في قول المصنف رح ولان الغنم بالغرم بالنظر الى الوجه الاول العطف يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه على انا لو جعلنا قول المصنف رح ولان الغنم بالغرم دليلا عن الوجهين وان المعنى الى هذا انما يعقله لانه يرثه لانه يعقله فادى الى الدور كما لا يخفى فالصواب عندي ان قول المصنف رح ولان الغنم بالغرم دليل على الوجه الثاني فقط وهو الارث معطوف بحسب المعنى على قوله وقد احياه معنى بازالة الرق وكانه قال لانه احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ولان الغنم بالغرم فحيث يغرم عقله يرث ماله كما ان قوله فيما سيأتي ومات معتق لابنة حرة الى آخره معطوف على قوله لما روينا معنى كما صرح به الشارح رح المزبور وغيره هناك ونظائر هذا اكثر من ان تحصى

واذا تزوج عبد رجل امة لآخر فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها يتبع الاعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه علما بما روينا وكذلك اذا ولدت ولدا لاقل من ستة اشهر منذ يوم قيام الحمل وقت الاعتاق او ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر فهما توأمان يعتقان تبعا لامهما بخلاف ما اذا ولدت ولدا لاكثر من ستة اشهر والى غيره حيث يكون ولاء الولد المولود لاقل من ستة اشهر مقصودا لان تمامه بالاحراز بالقبول وهو ليس بمحل له **قال** فان ولدت بعد عشر سنين لاكثر من ستة اشهر فولاؤه لمولى الام لانه عتق تبعا للام ولا لاتصاله بها بعد عتقها فتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا وان اعتق الاب جميعا فولاء ابنه واستقل عن موالي الام الى موالي الاب لان العتق ههنا في الولد ثبت تبعا للام بخلاف الاقارب وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الاباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالي الام كانت لعدم اهلية الاب ضرورة فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بمنزلة ولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه ينسب اليه بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت والطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الام وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطء بعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك فاسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا وفي الجامع الصغير اذا تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالي الام لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا ولاء لابيهم ولا لموالي الاب فالحقوا بموالي الام ضرورة كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا فان اكذب نفسه لما ينا ولا يرجعون على عاقلة ابيهم لانهم حين عقلوه كان ولاؤهم ثابتا لموالي الام فلا يبطل بالشك ثابت للاب مقصورا لان سببه مقصور وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا اعتق عنه قوم الام ثم اكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون على عاقلة الاب لان النسب ثابت مستندا الى وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون **قال** ومن تزوج من تجب عتقه من محرم فملك ولاء ولاء ولده ما لم يكن ولاء ولده ولاء ولد ولده وقال ابو يوسف ومحمد لهم ابيه لان النسب اقرب تماما اذا كان ابيه

قوله واذا تزوج عبد رجل امة لآخر فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا هذا لفظ القدوري قال المصنف رح في تعليله لانه عتق على معتق الام مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه علما بما روينا وقال الشراح انما صار الحمل معتقا مقصودا لان المولى قصد اعتاق الام والقصد اليها بالاعتاق قصد الى جميع اجزائها والحمل جزء منها فصار معتقا مقصودا انتهى اقول يرى المخالفة بين ما ذكروا ههنا وبين ما ذكره المصنف رح في كتاب العتاق فانه قال هناك وان اعتق حاملا اعتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها انتهى والظاهر منه ان يصير الحمل معتقا تبعا للبنة لا مقصودا فليتامل في التوفيق **قوله** فان اعتق الاب جر الاب ولاء ابنه انتقل عن موالي الام الى موالي الاب قال في الكافي فان قيل الولاء كالنسب والنسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته فكذا الولاء يجب ان لا ينفسخ بعد ثبوته قلنا لا ينفسخ ولكن حدث ولاء اولى منه فتقدم عليه كما نقول في الاخ انه عصبة بنفسه فاذا حدث من هو اولى منه في الارث لا يبطل تعصيبه ولكن تقدم عليه انتهى وذكر في غاية البيان ايضا هذا السؤال والجواب نقلا عن الشيخ ابي نصر اقول في الجواب اشكال وهو انه لو لم ينفسخ الولاء بل قدم عليه ولاء اولى منه في الارث لزم ان يرث موالي الام عند انقطاع موالي الاب بعد انتقال الولاء عن مواليها الى مواليه كما هو الحال في العصبة الادنى عند انقطاع العصبة الاولى منه كالاخ عند عدم الابن والاب ولم يروا عن احد ان يرث موالي الام بالولاء في حال بعد ان انتقل عنهم الولاء بالجر **قوله** بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق الى آخره قال صاحب النهاية ومعراج الدراية قول المصنف رح هذا الى آخره يتعلق بقوله فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه يعني اذا ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ثم اعتق العبد يجر ولاء ابنه من موالي الام الى موالي نفسه بخلاف ما اذا ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ثم اعتق بعد موت او طلاق حيث لا يجر ولاء ابنه الى موالي نفسه وان كانت الولادة بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر بل يكون ولاء الولد لموالي امه وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت لاستحالته من الميت والى ما بعد الطلاق اما اذا كان بائنا فلحرمة الوطء بعده واما اذا كان رجعيا فلئلا يصير مراجعا بالشك فاسند الى حالة النكاح فكان الحمل موجودا عند اعتاق الام فعتق مقصودا فلا ينتقل انتهى وادى صاحب العناية ايضا هذا المعنى ولكن بطريق النقض والجواب حيث قال ونوقض قوله فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بما اذا اعتقت المعتدة عن موت بان كان كانت الامة امرأة مكاتب فمات عنها او اعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الام لم ينتقل عنهم وان اعتق الاب والجواب ان العود اليه بعود الاهلية ولم يثبت بهذا العتق للاب اهلية لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك لانه اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل ان يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل ان لا يكون فيحتاج الى اثباتها ليثبت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك اسند الى حالة النكاح فان كان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم انتهى كلامه اقول مدار كلامهم على ان يكون قول المصنف رح بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق الى آخره متعلقا بقوله فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه لكنه محل بحث فان العود انما يتصور فيما اذا ثبت الولاء اولا لموالي الام ثم انتقل الى موالي الاب بصيرورته اهلا وهذا انما يتحقق فيما اذا تقدم عتق الام على عتق الاب ولا يخفى ان عتق الاب مقدم على عتق الام في صورة ان اعتقت المعتدة عن موت اذ لا مجال لاحداث العتق في الميت فلا يتصور في ما يتيك الصورة العود اصلا فلا يتوهم بها النقض رأسا على قوله فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه حتى يحتاج الى دفعه بقوله بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت وبالجملة لا مساس لتلك الصورة اصلا بمسئلة انتقال الولاء بالجر بخلاف الصورة الثانية وهي ما اذا اعتقت المعتدة عن طلاق فانه يجوز هناك ان يقع عتق الاب بغير عتق الام فتصير مظنة النقض بها على مسئلة جر الولاء فيحسن تدارك دفعه فان قلت قد تدارك

[illegible]

صاحب العناية ربط الصورة الاولى ايضا بما نحن فيه حيث قال في تصوير ما بالكافر الا امرأة مكاتب فمات عن وفاء فاولى تاخر عتق الاب عن عتق الام

قلت لا يتيسر التاخير فيما قاله ايضا اذ قد مر في كتاب المكاتب ان في المكاتب الذي مات عن وفاء قولين عن اصحابنا احدهما مذهب الجمهور وهو انه يعتق في آخر جزء من اجزاء حيوته فعلى هذا يتعين تقدم عتق الاب على عتق الام فيما صوره ايضا وثانيهما مذهب البعض وهو انه يعتق بعد الموت وذلك بان ينزل حيا تقديرا في حق الاداء كما ينزل الميت حيا في حق التجهيز والتكفين فعلى هذا ان اللازم فيما صوره اعتبار عتقه بعد موته لا اعتبار عتقه بعد عتق امرأته المعتقة عن موته حتى يتاخر عتقه عن عتقها اللهم الا ان يفرض تحقق الاداء عما تركه المكاتب وفاء بعد ما اعتقت امرأته ويعتبر معتقه حينئذ تحقق الاداء بعد الموت على مذهب البعض فتامل **قوله** بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى لانه لا يملك شيئا ولان الرق اثر الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالى او من كان ميتا فاحييناه اي كافرا فهديناه فصار هذا الولد كانه لا اب له فينسب الى موالي الام ضرورة كذا في الشروح اقول ههنا شيء وهو انه ان كان المراد بكون العبد هالكا معنى انه في حكم الموت كما هو الظاهر من قولهم لان الرق من اثر الكفر والكفر موت حكمي يرد عليه ان مجرد موت الاب لا يمتنع ثبوت الولاء لمواليه بل انما يظهر اثر الولاء لهم بعد موته اذ عند حيوته هو مقدم عليهم وان كان المراد بذلك انه في حكم مجهول الابوة وان ولده في حكم مجهول النسب كما هو المتبادر من قولهم فصار هذا الولد كانه لا اب له يتجه عليه انه يلزم حينئذ ان لا يرث من هذا الولد من ينتهي اليه بابيه العبد من الاقارب الاحرار كالاجداد والجدات على تقدير ان يبقى ابوه ذلك عبدا لكونه في حكم مجهول النسب على الفرض المزبور والظاهر ان الامر ليس كذلك اذ قد تقرر في كتب الفرائض ان المحروم عن الميراث كالكافر والقاتل والرقيق لا يحجب من هو ابعد منه عند ائمتنا جميعا بل يرث الابعد عند حرمان الاقرب فالاولى ههنا ان يقال بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه لا اهلية له لرقه كما مر فما لم يحصل الاهلية له بزوال رقه لا يثبت الولاء لا له ولا لمواليه سواء كان حيا او ميتا تدبر **قوله** ولهذا ان ولاء العتاق قوي مستبد في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم يعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف اقول لقائل ان يقول ظاهر هذا التعليل يقتضي ان يكون موالي الام في هذه الصورة مقدمين في الارث على العصبات النسبية لا ولاد ها بل على اصحاب الفرائض لهم اذ لا شك ان استحقاق كل من العصبات النسبية واصحاب الفرائض بالقرابة النسبية واذا كان النسب في حق العجم ضعيفا لا يصلح ان يعارض ولاء العتاقة وتقرير ان لا يعارض احد من العجم في الارث بجهة نسبه سواء كانت تلك الجهة جهة العصوبة او جهة الفرض موالي العتاقة لقوة ولاء العتاقة وضعف النسب في حق العجم مع ان المسئلة في الارث ليست كذلك اذ قد تقرر في كتب الفرائض وسيجيء في نفس هذا الكتاب ايضا ان موالي العتاقة مطلقا مؤخرون في الارث عن اصحاب الفرائض وعن العصبات النسبية وانما يقدمون على ذوي الارحام فليتامل في التوجيه

فصل

في ولاء الموالاة اخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة اقوى لانه غير قابل التحول والانتقال اذ في جميع الاحوال بخلاف ولاء الموالاة فان للمولى فيه ان ينتقل قبل العقل ولانه يوجد في ولاء العتاقة الاحياء الحكمي ولا يوجد في ولاء الموالاة احياء اصلا ولان ولاء العتاقة متفق عليه في التسبب للارث وانه مقدم على ذوي الارحام بخلاف ولاء الموالاة فان الشعبي لم يقل بولاء الموالاة وقال لا ولاء الا ولاء العتاقة وبه اخذ الشافعي رح ومالك وابو احمد رح ثم ان معنى مطلق الولاء لغة وشريعة قد تقدم في صدر كتاب الولاء وتفسير هذا الولاء على ما ذكر في الذخيرة وغيرها هو ان يسلم رجل على يد رجل فيقول للذي اسلم على يده او لغيره واليتك على اني ان مت فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقيل الآخر منه قال في العناية والنهاية وله ثلث شرائط احدها ان يكون مجهول النسب بان لا ينسب الى غيره او انتسبه غيره اليه فيه مانع والثانية ان لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع احد وقد عقل عنه والثالثة ان لا يكون عربيا انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان الشريطة الاولى تغني عن الشريطة الثالثة اذ لا جهالة في نسب العرب فيظهر باشتراط كون المولى مجهول النسب اشتراط ان لا يكون

ولابد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة قال وللمولى ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للاعلى ان يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم

غيرها الا ان يكون ذكر الثالثة استقلالا من قبيل التصريح بما علم التزاما واما ثانيا فلانه ان اريد حصر شرائط الولاء في هذه الثلاث كما هو المتبادر من ذكر العدد في امثال هذا المقام فليس بصحيح اذ من شرائطه ايضا شرط الارث والعقل كما صرح به المصرح فيما بعد حيث قال ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب وصرح به صاحب الكافي ايضا حيث قال وانما يصح ولاء الموالاة بشرائط منها ان يشترط الميراث والعقل وصرح به صاحب الكفاية ايضا حيث قال له شرائط وعد منها ان يشترط الارث والعقل وان لم يريد حصر شرائطه في هذه الثلاث يكون تخصيص هذه الثلاث بالذكر خاليا عن الفائدة ويكون ذكر العدد عبثا ولا يكون للسؤال والجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية متصلا بذلك كما استعرفهما وجه لان مداره على ارادة الحصر والا لتوجه ذلك السؤال راسا فلا يحتاج الى الجواب عنه اصلا وقال في العناية فان قيل من شرط العقد عقل الاعلى وحريته فان موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثا اجيب بان المذكور انما هي الشرائط العامة المحتاج اليها في كل واحد من الصور واما ما ذكرت فانما هو نادر فلم يذكره انتهى اقول لا صحة لهذا الجواب جدا فان عقل الاعلى وحريته ايضا من الشرائط العامة المحتاج اليها في كل واحد من صور الموالاة اذ لا شك ان عقد الموالاة لا يصح بدون عقل المتعاقدين في شيء من الصور اذ لا يتصور الايجاب والقبول بدون العقل وكذا لا يجوز موالاة العبد اصلا بغير اذن مولاه وان اذن له مولاه في القبول كان عقده كعقد مولاه فيكون الولاء للمولى نص عليه في المبسوط وغيره فلا معنى لقوله واما ما ذكرت فانما هو نادر فلم يذكره ثم ان في تقرير السؤال خللا فان تقييد العقل بعقل الاعلى في قوله من شرط العقد عقل الاعلى مما لا وجه له لان عقل الاسفل ايضا شرط العقد اذ لا يتصور الايجاب بدون العقل كما لا يتصور القبول بدونه وقد افصح عنه صاحب البدائع حيث قال واما شرائط عقد الموالاة فمنها عقل العاقدين اذ لا صحة للايجاب والقبول بدون العقل انتهى وكذا تقييد الحرية بالاضافة الى ضمير الاعلى في قوله وحريته مما لا وجه له اذ حرية الاسفل ايضا شرط بل هي اظهر اشتراطا من حرية الاعلى لانه لا يجوز ايجاب العبد عقد الموالاة ولو اذن له مولاه ذلك ويجوز قبوله اياه باذن مولاه ويصير الولاء للمولاه كما صرحوا به وايضا لا وجه لترك ذكر البلوغ في اثناء تقرير السؤال فانه من شروط عقد الموالاة كالعقل والحرية نص عليه في المبسوط والبدائع مع ان قوله فان موالاة الصبي في قوله فان موالاة الصبي والعبد باطلة اوفق باشتراط البلوغ من اشتراط العقل فان الصبي قد يكون عاقلا فلم يكن بطلان موالاته لعدم عقله بل كان لعدم بلوغه كما لا يخفى قوله ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب اشارة الى ما ذكره القدوري في مختصره بقوله واذا اسلم الرجل على يد رجل وولاه على ان يرثه ويعقل عنه وقد مر من قبل واعترض صاحب غاية البيان على وجوب اشتراط الارث والعقل في صحة عقد الموالاة حيث قال الحاكم في مختصر الكافي قال ابراهيم النخعي اذا اسلم الرجل على يد رجل فانه يرثه ويعقل عنه وله ان يتحول بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه فاذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول الى غيره وبه نقول ابي حنيفة رح وابي يوسف رح ومحمد رح هذا لفظ الكافي بعينه وهذا يدل على ان شرط الارث والعقل ليس بموقوف عليه صحة الموالاة بل مجرد العقد كاف بان يقول احدهما والبيك والآخر قبلت لان الحاكم لم يذكر الارث والعقل شرط لصحة الموالاة بل جعلهما حكما لها بعد صحتها فافهم ويدل على ما قلنا قول القدوري في مختصره او اسلم على يد غيره وولاه يوضحه قول صاحب التحفة وتفسير عقد الموالاة ان يسلم على يد رجل فيقال له انت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت وقال الآخر قبلت فينعقد بينهما عقد الموالاة وكذلك اذا قال والبيك والآخر قبلت وكذا اذا عقد مع رجل غير الذي اسلم على يديه الى هنا لفظ التحفة انتهى كلامه حيث قال الا يرى ان ذمي فطرة سلمه ان شيئا مما ذكره يدل على عدم اشتراط الارث والعقل في صحة عقد الموالاة اما ما نقله عن الحاكم الشهيد فانه يجوز ان يكون عدم وقوع التصريح باشتراطهما هناك بناء على ظهور تضمن الموالاة اشتراطهما فيكون قوله وولاه في قوله اذا اسلم الرجل على يد رجل وولاه مغنيا عن ذكر ذلك فلا يدل على ان مجرد ان يقول احدهما والبيك والآخر قبلت كاف في تمام عقد الموالاة وجعل نفس الارث والعقل حكما للموالاة لا ينافي كون ذكرهما في العقد شرط الصحة العقد كما لا يخفى واما قول القدوري في مختصره او اسلم على يد غيره وولاه فانه لا شك ان مراد القدوري بقوله ذلك انما هو بيان الاسلام على يده ليس بشرط في صحة

الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل تقييدا بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه الى غيره لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به القاضي ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهما في حق الولاء كشخص واحد قال وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى

عقد الموالاة لا ان ذكر الارث والعقل ليس بشرط فيها واما قول صاحب التحفة فلان محل توهم عدم اشتراط الارث والعقل انما هو قوله وكذلك اذا قال واليتك والآخر قبلت ويجوز ان يكون مراده بذلك كذلك اذا قال واليتك بدل قوله انت مولاي فقط لا بدل مجموع قوله انت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت فلا دلالة على عدم اشتراطهما وبالجملة ان عدم التصريح بشرط عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورة الموالاة يدل على عدم اشتراط ذلك لا ويجوز ان يكون عدم التصريح به بناء على ظهوره من بيانهم اياه على الاستقلال لا يرى ان بصحة عقد الموالاة شرائط كثيرة ككون الموالي مجهول النسب وكونه غير معتق وكونه غير عربي وغير ذلك مع انهم لم يصرحوا بشيء من ذلك عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورته **قوله** الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا اورد عليه بان سبب اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان نقد من مال الموكل على ما مر في الوكالة فما معنى اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الاعلى والاسفل واجيب عنه بوجهين احدهما ان سبب الاشتراط ههنا هو السبب ذلك وهو دفع الضرر فان العقد كان بينهما وفي تفرد احدهما الزام الفسخ على الآخر بدون علمه ونفس الزام احدهما حكم الفسخ على الآخر بدون علمه ضرر لا محالة لان فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلا عقد وفيه ابطال فعله فلا يجوز بدون العلم كذا في الشروح وقال في النهاية وهذا الوجه هو الذي اختاره في المبسوط وقصر صاحب العناية ذكر الجواب على هذا الوجه فكانه اختاره ايضا اقول هذا الوجه مخل للكلام فان كون نفس الزام الفسخ على الآخر ضررا امر ظاهر لما ذكر من ان فيه ابطال فعل العاقل البالغ واما دخلية عدم علم الآخر بذلك الالزام في كونه ضررا فغير ظاهرة اذ على تقدير علم الآخر به ليس له قدرة على دفع ذلك عن نفسه لاستقلال كل واحد منهما في فسخ العقد عند علم الآخر بلا ريب فيتحقق ابطال فعل الآخر في صورة العلم ايضا بالضرورة والظاهر ان علم الانسان بالامر الذي يكرهه ولا يقدر على دفعه لا يجدي شيئا فاذن لم يظهر كون سبب اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد منهما دفع الضرر على هذا الوجه اللهم الا ان يقال دفع الضرر وان لم يتعين ههنا كما تعين في صورة العزل عن الوكالة الا انه مما يستحسن بالرضا والآخر بالبر والمجازات لكنه فيه ما فيه ما فيه وثانيهما ان فسخ احد هذا العقد بغير محضر من صاحبه يتضمن اضرارا بصاحبه اما اذا كان الفسخ من الاسفل فلانه ربما يموت الاسفل فيحسب الاعلى ان ماله ميراث فيتصرف فيه فيصير مضمونا عليه واما اذا كان الفسخ من الاعلى فلان الاسفل ربما يعتق عبيدا على حسبان ان عقل جنايته على مولاه ولو صح فسخ الاعلى تجب العقل على الاسفل بدون علمه فتدبر كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الذخيرة اقول هذا الوجه في الجواب هو الصواب لان ما يتضمنه ان الفسخ بدون علم صاحبه ضرر الاغترار وفي الاعلام دفع ذلك فلا بد منه ولا ريب ان هذا معقول المعنى **قوله** لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قيل عليه لما دل على صحة العقد مع الثاني موجبة فسخ العقد الاول واجيب بان الولاء كالنسب والنسب ما دام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره وكذلك الولاء فعرفنا ان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول كذا في عامة الشروح والكافي وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط اقول في الجواب بحث من وجهين الاول ان قولهم والنسب ما دام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره ممنوع فانه اذا كانت الامة بين شريكين فجاءت بولد فادعياه ثبت نسبه منهما عندنا كما مر في باب الاستيلاد من كتاب العتاق مدللا ومشروحا والثاني ان قياس الولاء على النسب يقتضي ان لا يصح عقد الولاء مع الثاني بعد ان يصح مع الاول اذ النسب لا يتصور ثبوته من انسان بعد ثبوته من آخر فينبغي ان يكون الولاء كذلك على مقتضى القياس فمن اين يتصور الاستدلال بصحة عقد الولاء مع الثاني على بطلان عقده مع الاول ثم اقول يمكن ان يجاب عن الاول بان المراد ان النسب ما دام ثابتا من انسان اولا لا يتصور ثبوته من غيره ثانيا وثبوت نسب ولد الامة المشتركة بين رجلين منهما انما هو فيما ادعياه معا واما اذا ادعاه احدهما اولا والآخر ثانيا فانما يثبت نسبه من الاول دون الثاني كما فصل في باب الاستيلاد من كتاب العتاق وعن الثاني بان القياس في مجرد عدم صحة اجتماع ثبوته للشخصين في حالة واحدة اذا كان ثبوته لهما على سبيل التعاقب لا في عدم صحة الانتقال من احدهما الى الآخر فساد امر آخر نا

کتاب الاکراہ

الاکراہ یثبت حکمہ اذا حصل ممن یقدر علی ایقاع ما یوعد بہ سلطانا کان او لصا لان الاکراہ اسم لفعل یفعلہ المرء بغیرہ فینتفی بہ رضاہ او یفسد بہ اختیارہ مع بقاء اہلیتہ وھذا انما یتحقق اذا خاف المکرہ تحقق ما یوعد بہ وذلک انما یکون من القادر والسلطان وغیرہ سیان عند تحقق القدرۃ والذی قالہ ابو حنیفۃ رح ان الاکراہ لا یتحقق الا من السلطان لما ان المنعۃ لہ والقدرۃ لا یتحقق بدون المنعۃ فقد قالوا ھذا اختلاف عصر زمان لا اختلاف حجۃ وبرھان ولم یکن القدرۃ رح منہ الا للسلطان ثم بعد ذلک تغیر الزمان واھلہ ثم کما یشترط قدرۃ المکرہ لتحقق الاکراہ یشترط خوف المکرہ وقوع ما یکرہ بہ وذلک بان یغلب علی ظنہ انہ بفعلہ یصیر بہ محمولا علی ما دعی الیہ من الفعل قال واذا اکرہ الرجل علی بیع مالہ او علی شراء سلعۃ او علی ان یقر لرجل بالف او بوجود ثمرۃ مکرہ علی ذلک بالقتل او بالضرب الشدید او بالحبس فباع او اشتری فھو بالخیار ان شاء امضی البیع وان شاء فسخہ وجہ بالبیع لان من شرط صحۃ ھذہ العقود التراضی قال اللہ تعالی الا ان تکون تجارۃ عن تراض منکم

من کون الثابت لازما وعقد الولاء عقد غیر لازم فیخالف النسب من ھذہ الحیثیۃ فلھذا یصح الانتقال فیہ دون النسب فتامل

کتاب الاکراہ

قیل فی مناسبۃ الوضع لما ذکر ولاء العتاقۃ لمناسبۃ المکاتب وذکر ولاء الموالاۃ لمناسبۃ ولاء العتاقۃ لان ایراد الاکراہ عقیب ولاء الموالاۃ لمناسبۃ ان فی کل منھما تغیر حال المخاطب من الحرمۃ الی الحل فان ولاء الموالاۃ بتغیر حال المخاطب الذی ھو المولی الاعلی من حرمۃ تناول مال المولی الاسفل بعد موتہ الی حلہ بالارث فلذلک الاکراہ بتغیر حال المخاطب الذی ھو المکرہ من حرمۃ المباشرۃ الی حلہا فی عامۃ المواضع ثم ان الاکراہ فی اللغۃ عبارۃ عن حمل الانسان علی شیء یکرہہ یقال اکرھت فلانا اکراھا ای حملتہ علی امر یکرہہ واما فی اصطلاح الفقہاء فقد ذکر فی المبسوط ان الاکراہ اسم لفعل یفعلہ المرء بغیرہ فینتفی بہ رضاہ او یفسد بہ اختیارہ من غیر ان ینعدم بہ الاہلیۃ فی حق المکرہ او یسقط عنہ الخطاب لان المکرہ مبتلی والابتلاء یقرر الخطاب الا یری انہ متردد بین فرض وخطر واباحۃ ورخصۃ ویاثم مرۃ ویوجر اخری وھو آیۃ الخطاب وذکر فی الایضاح ان الاکراہ فعل یوجد من المکرہ فیحدث فی المحل معنی یصیر بہ مدفوعا الی الفعل الذی طلب منہ وذکر فی الوافی انہ عبارۃ عن تھدید القادر غیرہ علی ما ھددہ بمکروہ علی امر بحیث ینتفی بہ الرضاء کذا فی النہایۃ ومعراج الدرایۃ قال فی النہایۃ ولک ان تختار من ھذہ الثلث ایاھا شئت قلت وقد اختار المصنف رح عبارۃ المبسوط کما تری وسیجیء ما یتعلق بتفسیرہا واما شرطہ وحکمہ فیاتی فی الکتاب فی اثناء المسائل

قولہ لان الاکراہ اسم لفعل یفعلہ المرء بغیرہ فینتفی بہ رضاہ او یفسد بہ اختیارہ مع بقاء اہلیتہ قال صاحب العنایۃ وتفسیرہ ان یحمل المرء غیرہ علی المباشرۃ حملا ینتفی بہ رضاہ وھو اعم من ان یکون مع فساد اختیارہ او مع عدمہ وھو اشارۃ الی نوعی الاکراہ او یفسد بہ اختیارہ وذلک یستلزم نفی عدم الرضا وھو اشارۃ الی القسم الآخر لکن لا بد من تقدیر لا فی او یفسد بہ اختیارہ فذلک انواع الاکراہ الثلثۃ وموضعہ اصول الفقہ انتہی کلامہ اقول قد صرح الشارح المذکور فی تفسیر کلام المصنف رح ھذا عن سنن الصواب وسلک مسلکا لا یرتضیہ احد من ذوی الالباب وان شئت ما ھو التحقیق فی ھذا المقام فاستمع لما تتلو علیک من الکلام فاعلم ان الشائع المذکور فی عامۃ الکتب من الاصول والفروع ھو ان الاکراہ نوعان نوع یعدم الرضاء ویفسد الاختیار وذلک بان یکون بضرب او تقیید او بحبس وھو الاکراہ الغیر الملجی ونوع یعدم الرضی ولا یفسد الاختیار وذلک بان یکون بقتل او بقطع عضو وھو الاکراہ الملجی وکل منھما لا ینافی الاہلیۃ ولا الخطاب واما فخر الاسلام البزدوی فقال فی اصولہ الاکراہ ثلثۃ انواع نوع یعدم الرضاء ویفسد الاختیار وھو الملجی ونوع یعدم الرضی ولا یفسد الاختیار وھو الذی لا یلجی ونوع آخر لا یعدم الرضی وھو ان یھم بحبس ابیہ او ولدہ او ما یجری مجراہ والاکراہ بجملتہ لا ینافی اہلیۃ ولا یوجب وضع الخطاب انتہی قال صاحب الکشف فی شرح ھذا المقام من اصول فخر الاسلام الاکراہ حمل الغیر علی امر یکرہہ ولا یرید مباشرتہ لولا الحمل علیہ ویدخل فی ھذا التعریف الاقسام الثلثۃ المذکورۃ فی الکتاب قال شمس الائمۃ ھو اسم لفعل یفعلہ الانسان بغیرہ فینتفی بہ رضاہ او یفسد بہ اختیارہ ولم یدخل فیہ القسم الثالث الذی ذکرہ فی الکتاب وکانہ لم یجعلہ من اقسام الاکراہ لعدم ترتب احکامہ علیہ الی ھنا کلام صاحب الکشف واذا عرفت ھذا فقد ظھر لک ان ما ذکرہ المصنف رح ھھنا من معنی الاکراہ ھو ما ذکرہ شمس الائمۃ فی المبسوط بعینہ وان القسم الثالث من الاقسام الثلثۃ المذکورۃ فی اصول فخر الاسلام غیر داخل فی ھذا المعنی کما توھمہ صاحب العنایۃ وانما ھو داخل فی معنی الاکراہ لغۃ کما اشار الیہ صاحب الکشف وان وجہ عدم ادخال ذلک القسم فی معنی الاکراہ شرعا عدم ترتب احکام الاکراہ علیہ فی عرف الشرع ثم ترتب علیہ احکامہ انکشف عندک ایضا ما وقع فی عامۃ الکتب من تنویع الاکراہ الی نوعین فقط فان المقصود بالبیان فی الکتب الشرعیۃ احوال الاکراہ الذی یترتب علیہ الحکم الشرعی ثم ان ما ارتکبہ صاحب العنایۃ فی تفسیرہ ذکر المصنف رح ھھنا مع کونہ خلاف ما ھو الواقع کما عرفت غیر صحیح فی نفسہ ایضا اولا فلانہ جعل قول المصنف رح فینتفی بہ رضاہ اعم من ان یکون

والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا وتفسد بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالى به بالنظر الى العادة فلا
يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يستضر به لفوات الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب وعند
الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا ترى انه
لو اجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضى فصار كسائر الشروط
المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه واعتقه وتصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما فى سائر البياعات الفاسدة واجازة المالك
يتم المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا ويجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدى ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات
الفاسدة لان الفساد فيها حق الشرع وقد تعلق بالبيع الثانى حق العبد وحقه مقدم لحاجته اما هنا الزور حق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول حق
الثانى قال رضى الله عنه ومن جعل البيع الجائز المتعاقد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشترى من غيره لان الفساد لفوات الرضا وهم من جعله هنا نقض المتعاقدين

مع فساد اختياره او عدمه مع ان مقابلة قوله او يفسد به رضاه تمنعه قطعا واما ثانيا فلانه قال ان قول المصنف رح او يفسد به اختياره يستلزم نفى عدم الرضا
ولا معنى له لانه هى ان الارادة بحسب ظاهره اى بدون تقدير شئ آخر يستلزم ذلك فليس كذلك قطعا لان فساد الاختيار انما يستلزم عدم الرضا لا نفى عدمه وهو
ثبوت الرضا وان ارادانه اذا اخرج عن ظاهره بتقدير لا كما ذكر فيما بعد يستلزم ذلك فليس كذلك ايضا اذ بتقدير لا يصير المعنى او لا يفسد به اختياره وذلك بان يصح
اختياره معه ولا شك ان صحة الاختيار لا يستلزم نفى عدم الرضا وهو ثبوت عدم الرضا لجواز ان يصح الاختيار والعدم الرضا كما فى النوع الغير الملجى من نوع الاكراه على
امر واما ثالثا فلانه قال وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لا فى او يفسد به اختياره وهو ايضا مختل لان هذا التقدير مع كونه خلاف الظاهر جدا سيما فى
مقام التعريف لا يجدى ما ذكره من كون مقصود المصنف رح الاشارة الى الانواع الثلثة للاكراه لان نفى فساد الاختيار انما يفسد صحة الاختيار وهى لا تقتضى الرضا بل
يتحقق مع عدم الرضا ايضا كما عرفت آنفا فلا يحصل الاشارة بقوله او يفسد به الاختيار على التقدير كلمة لا فيه الى القسم الثالث من الاكراه لصدقه على القسم الثانى من النوعين
الاولين كما ترى اللهم الا ان يقال نفى فساد الاختيار فى مقابلة انتفاء الرضى يدل على بقاء الرضى فى المقابل فيخرج القسم الثانى من النوعين الاولين كما لا يخفى على ذى
مسكة ان المعنى الذى نسبه الشارح المذكور ههنا الى المصنف رح كان يحصل بان يقول بدل قوله او يفسد به اختياره او لا بمعنى او لا تنتفى به رضاه فهل يجوز العاقل
لمثل المصنف رح ان يترك ذلك اللفظ الاقصر الخالى عن التعلات باسرها واراد افادة ذلك المعنى الذى نسبه الشارح المذكور اليه ويختار هذا اللفظ الاطول المشتمل على
تعلات كثيرة فى افادة ذلك المعنى ولعمرى ان تنبيه المصنف رح بمعزل عن مثل ذلك فالحق ان مراده بقوله فينتفى به رضاه اى ينتفى به رضاه بدون فساد اختياره لقرينة
مقابلة قوله او يفسد به اختياره فان العام اذا قوبل بالخاص يراد به ما عدا ذلك الخاص كما فى قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى وكان قوله فينتفى به رضاه
اشارة الى احد نوعى الاكراه وهو غير الملجى وقوله او يفسد به اختياره اشارة الى النوع الآخر منهما وهو الملجى فانتظم كلامه من غير كلفة اصلا والطبق لما فى عامة الكتب

قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا اراد بهذه الاشياء القتل والضرب الشديد والحبس المديد وبه امع كونه اظهر من ان يخفى قد خفى على الشارح العينى فقال فى
تفسير قول المصنف رح بهذه الاشياء يعنى بالبيع واخواته ولم يدر ان البيع واخواته من المكره عليه لا من المكره به وهذا نظير سائر سقطاته فى كتابه هذا **قوله** بخلاف ما اذا
اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالى به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه اقول يرد على ظاهر هذا التحرير ان آخر الكلام يناقض اوله فلانه قال
فى اوله بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم فدل ذلك على تحقق الاكراه فى هذه الصور ايضا والا لما قال بخلاف ما اذا اكره بل كان ينبغى ان
يقول بخلاف ما اذا ضرب بسوط او حبس يوما او قيد يوما وقال فى آخره فلا يتحقق به الاكراه وهذا صريح فى عدم تحقق الاكراه فى هاتيك الصور فتناقضا والجواب ان
المراد بالاكراه فى قوله بخلاف ما اذا اكره معناه اللغوى وهو حمل الانسان على امر يكرهه كما مر ولا شك فى تحقق هذا المعنى فى هاتيك الصور الذى نفاه فى آخر الكلام
انما هو تحقق الاكراه على معناه الشرعى الذى يترتب عليه احكامه ولا تناقض ولك ان تقول التغيير بالاكراه فى قوله بخلاف ما اذا اكره للمشاكلة كما فى قوله تعالى
تعلم ما فى نفسى ولا اعلم ما فى نفسك فحينئذ لا يكون لفظ الاكراه هناك حقيقة لا لغوية ولا شرعية بل يصير مجازا فلا تناقض اصلا **قوله** وكذا الاقرار حجة الى آخره قال فى
النهاية والعناية قوله وكذا الاقرار حجة معطوف على قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فتفسد اى والاقرار ايضا يفسد بالاكراه بهذه الاشياء وذلك لان الاقرار
انما صار حجة فى غير الاكراه لترجح جنبة الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة انتهى اقول الظاهر عندى ان قوله وكذا الاقرار حجة الى غير معطوف
على قوله لان من شرط صحة هذه العقود التراضى الى قوله فتفسد لا على قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فتفسد لان قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضى يشمل الكل
بمنزلة الكبرى من غير الشكل الاول فعطف قوله وكذا الاقرار حجة الى آخره على تلك المقدمة من الدليل يقتضى المشاركة فى المقدمة الاولى مع ان المذكور فى حيز قوله وكذا الاقرار

ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومنهم من جعله جائزا اعتبارا بالمكره وهذا جاء لتفهيم البعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه **قال** فان كان قبض الثمن طرفا فقد
اجاز البيع لانه دليل الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره على العقد ولم يذكر الدفع وهب
ودفع حيث يكون باطلا لان مقتضى الكره الاستحقاق لا صحة اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فيمن اكره على العقد دون البيع
قال وان قبضه فكرها فلبس ذلك باجازة وعليه رده وان كان قائما في يده لفساد العقد **قال** وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع معتاده والبائع
مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد وللمكره ان يضمن المكره انشاء لانه اتلافه فيوجب الرجوع الى الاتلاف فكانه دفع مال البائع الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب والغاصب فيما ضمن
المكره يرجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري فقد كل شيء كان بعد شرائه لوقوعه بحكم العقد وله ملكه بالضمان فصار بايعا ملكه ولا نفذ ما كان قبله لان الاستناد لا
يصلح بخلاف ما اذا اجاز المالك المكره وقد مضى حيث يجوز ما قبله ما بعده لانه اسقاط حقه وهو المالك فعاد الكل الى الجواز والله اعلم **فصل** فان اكره على ان ياكل الميتة او شرب الخمر فالاولى ان يصبر حتى يضطر اوقيد
ايحل له الا ان يكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه فاذا خاف على ذلك وسعه ان يقدم على ما اكره عليه ولكن اعلى عند الدم ولم الخوف ولان تناول هذه المحرمات اقليام عند الضرورة لا كمال حالة للحصة لقيام الحرمة
فيما ذكرناه لا ضرورة الا اذا خاف على النفس على العضو حتى لو خيف ذلك بالضرب اخذ به وعلى ظنه ذلك بما له ذلك ولا يستعدان يعبدوا على ما وعدوه فان صبر حتى اكره وقد ابدا باكل فهو اثم لانه لما ابيح كان كله
بالاستثناء والتقوى على اهلاك نفسه فيأثم كما في حالة الحصة وعن ابي يوسف انه لا يأثم لانه رخصة اذا الحرمة قائمة فكان اخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثنى بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثناء فلا يحرم فكان اباحة لا رخصة

حجة دليل مستقل في حق فساد الاقرار بالاكراه غير متدبر متدبر من الدليل السابق كما يفصح عنه التقرير المذكور في النهاية والعناية فالوجه ان يكون معطوفا على مجموع
الدليل السابق لا على بعضه والذوق الصحيح يشهد بما ذكرناه كله تدبر ترشد **قوله** ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل قال بعض الفضلاء لا يخفى على من يعرف
معنى الهزل ان هذا القدر لا يكون المتكلم هازلا انتهى اقول لم يقل من جعله باطلا ان المتكلم به هازل حقيقة حتى يتجه عليه ما ذكره ذلك القائل بل قال انه كالهازل
بناء على ان المتكلم بلفظ البيع هناك لا يقصد معنى البيع والا فلا شك ان من شرط كون المتكلم هازلا حقيقة ان يجري المواضعة قبل العقد بان يقال نحن نتكلم بلفظ
العقد هازلا كما تقرر في علم الاصول وفي صورة بيع الوفاء لا يوجد ذلك الشرط قطعا ويرشد الى كون المراد ما ذكرناه قوله اعتبارا بالهازل فان معناه
قياسا على الهازل ولا ريب ان القياس انما يتصور بين الشيئين المتغايرين بحسب الذات المشتركين في العلة

فصل قال اكثر الشراح لما ذكر حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الاكراه الواقع في حقوق الله تعالى وقدم الاول لان حق العبد مقدم
لحاجته انتهى اقول فيه كلام وهو انه قد ذكر في هذا الفصل حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد ايضا كما في مسئلة الاكراه على اتلاف مال مسلم بامر يخاف منه على نفسه او على
عضو من اعضائه وكما في مسئلة الاكراه بقتل على قتل غيره فلم يتم ما ذكروه بالنظر الى مثل ذلك فالاشبه ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال انما فصل بفصل لان
ما تقدم مما يحل فعله قبل الاكراه ومسائل الفصل ليست كذلك لانها محظورة قبل الاكراه في حالة السعة **قوله** حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه جاز
له ذلك اقول في قوله يباح له ذلك اشكال بان المباح ما استوى طرفا فعله وتركه كما تقرر في علم الاصول وفيما نحن فيه اذا خيف على النفس او على العضو كان
طرف الفعل راجحا بل فرضا كما صرح به في كتب الاصول فاطلاق المباح على ذلك مع كونه منافيا كما تقرر عندهم في تفسير معنى المباح مخالف لما صرحوا به في
كتب الاصول من كون ذلك فرضا فتامل **قوله** ولا يسعه ان يصبر الى ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا به ولم ياكل فهو اثم قال في العناية فان قيل اضافة الاثم
الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب ان المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب قتل النفس المحرم
فصار الترك حراما لان ما افضى الى الحرام حرام انتهى اقول في الجواب بحث لانه ان اريد به ان المباح ههنا حال كونه مباحا صار تركه حراما لافضائه الى
الحرام فهو ممنوع جدا كيف والمباح ما استوى طرفا فعله وتركه وما صار طرف تركه حراما لا يستوي طرفاه قطعا فاذا صار تركه حراما حال كونه مباحا لزم اجتماع استواء
الطرفين وعدمه في محل واحد في حالة واحدة وهو محال وان اريد به ان ما كان مباحا في حالة قد يصير تركه حراما في حالة اخرى لعلة تقتضي ذلك فينقلب واجبا فهو مسلم
لكن ما نحن فيه ليس من هذا القبيل لان نحو اكل الميتة وشرب الخمر انما كان مباحا في حالة الاضطرار دون حالة الاختيار كما صرحوا به ولا شك ان صيرورة تركه حراما
انما هي في حالة الاضطرار ايضا اذ في حالة الاختيار يصير تركه واجبا قطعا فلزم ان يجتمع اباحة وحرمة تركه في حالة واحدة فلم يتصور الانقلاب من الاباحة الى الوجوب
بحسب الحالتين فيما نحن فيه لا يقال سبب استواء الطرفين فيما نحن فيه هو الاباحة الاصلية حيث لم يتناوله النص المحرم باستثناء حالة الاضطرار وسبب حرمة الترك فيه مستلزمة لعدم استواء الطرفين
انما هو افضاء الترك فيه الى قتل النفس المحرم اذ الى قطع العضو المحرم فلا استحالة في اجتماع استواء الطرفين وعدم استوائهما فيه في حالة واحدة لانا نقول استواء الطرفين وعدم استوائهما
متناقضان قطعا فيستحيل اجتماعهما في شيء واحد في حالة واحدة سواء كانا مستندين الى سبب واحد او الى سببين ونظير هذا ما حققه الفاضل الشريف في شرح المواقف
في مباحث العلة والمعلول فانه لما استدلوا على ان الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مستقلتين بانه لو علل بهما لكان محتاجا الى كل واحدة منهما ومستغنيا عن كل
واحدة منهما في زمان واحد قال لا يقال منشاء الاحتياج الى كل واحدة منهما هو عليتها له ومنشاء عدم الاحتياج اليها عليته الاخرى له فلا استحالة في اجتماعهما لانا
نقول احتياج الشيء الى اخر في وجوده وعدم احتياجه اليه متناقضان فلا يجتمعان سواء كانا مستندين الى سبب واحد او الى سببين انتهى كلامه فقد ظهر بما قررنا في كلام

الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في الكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب **قال** وان اكره على الكفر بالله تعالى والعياذ بالله او بسب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر لما مر في الكفر حرمته اشد اولى واحرى **قال** فاذا خاف على ذلك وسعه ان يظهر ما امر به ويؤدي فان الله يعلم ذلك وقلبه مطمئن بالايمان لما روي انه عليه السلام لحذيفة بن عمار بن ياسر رضي الله عنه حين ابتلي به وقد قال له النبي عليه السلام كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال عليه السلام فان عادوا فعد وقد نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الآية ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه **قال** فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان ماجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صدق سماه رسول الله عليه السلام سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة

بعض الفضلاء الفاضل في هذا المقام فلينظر اليه وليتامل فيه **قوله** الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة قال تاج الشريعة هذا جواب اشكال كانه يقول اذا ثبت اباحته ينبغي ان لا يأثم اذ الانسان لا يأثم بترك المباح فاجاب بانه يأثم اذا علم بالاباحة ولم يأكل حتى تلف لانه يصير ساعيا في تلف نفسه انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان كلام المصنف رح هذا لا يصلح ان يكون جوابا عن ذلك الاشكال اذ لا ممانعة في العلم ان لا يأثم الانسان بترك المباح فان المباح من حيث انه مباح لا يأثم الانسان بتركه وان علم اباحته بل بالعلم باباحته ينكشف عدم العلم في تركه فكيف يحصل الجواب بقوله الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة مع ان يقال اذا ثبت اباحته ينبغي ان لا يأثم اذ الانسان لا يأثم بترك المباح فالوجه ان قول المصنف رح هذا انما هو لبيان ان الحكم بالاثم على تقدير الصبر وترك الاكل في مسئلتنا هذه ليس على اطلاقه بل فيما اذا علم بالاباحة في هذه الحالة واما اذا لم يعلم بها فلا اثم عليه في تركه لكونه معذورا بالجهل في امثال هذا بناء على الخفاء **قوله** فقال فان عادوا فعد قال جمهور الشراح معنى قوله عليه السلام فان عادوا فعد ان عادوا الى الاكراه فعد الى طمأنينة القلب لا الى اجراء كلمة الكفر والطمأنينة جميعا كما زعمه البعض لان ادنى درجات الامر الاباحة فيلزم ان يكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لانه لا ينكشف حرمته اصلا انتهى وجزاه في النهاية ومعراج الدراية الى مبسوطة شيخ الاسلام واورد عليه بعض الفضلاء بان قال فيه بحث فانه قد يكون الامر للترخيص قال العلامة النسفي في اول كتاب الطلاق من الكافي الامر بالشيء لا ينفي الحظر فان المحظور قد يرخص بصيغة الامر حتى لا يقع في محظور فوقه كالحنث في اليمين وقطع الصلوة الى آخر ما ذكره هناك فلم لا يجوز ان يكون هنا كذلك انتهى اقول مراد الشراح ان ادنى درجات ما استعمل فيه صيغة الامر حقيقة هو الاباحة وانما يستعمل في الترخيص ونحوه مجازا ولا بد في المجاز من قرينة صارفة عن الحمل على الحقيقة وفيما نحن فيه لم توجد تلك القرينة فلا جرم نحملها على الحقيقة وحقيقة الامر انما يتصور هنا بصرف الاعادة الى الطمأنينة دون اجراء كلمة الكفر لما بينوا وعن هذا قال العلامة النسفي هنا اي عد الى طمأنينة القلب بالايمان وما قيل فعد الى ما كان منك من النيل منهي وذكر التهم بحير فغلط لانه لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم انه يامر بالتكلم بكلمة الشرك الى هنا كلامه **قوله** ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولان بهذا الاظهار دليل معقول وجهه ان الايمان لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة لان الركن الاصلي فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان التكرار ليس بشرط وفي الامتناع فوت النفس حقيقة وكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما فيسعه الميل الى احياء حقه انتهى كلامه اقول في تقريره خلل اما اولا فلان قوله فان التكرار ليس بشرط في تعليل قوله وهو قائم تقديرا ليس بسديد لان عدم اشتراط التكرار لا يستدعي قيام الاقرار تقديرا اذ لا بد فيه من ان لا يطرأ عليه ما يضاده كما تقرر في موضعه والمفروض هنا طريانه عليه اذ الكلام في اظهار كلمة الكفر وهو مضاد للاقرار باللسان فان قلت اظهاره اكراها لا يضاد الاقرار طواعية وانما يضاده اظهاره طواعية قلت هذا مبني على جواز اظهاره حالة الاكراه وهو اول المسئلة فاخذه في اثناء اقامة الدليل عليها مصادرة فبهذا ظهر سقوط ما قاله بعض الفضلاء هنا انه كلام انما شيء وجوده بمنزلة العدم فانه ايضا مبني على اول المسئلة فيستلزم المصادرة واما ثانيا فلان قوله فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما يشعر بعدم فوت حق الله تعالى حقيقة هنا اصلا وليس كذلك اذ لولا فوت حقه تعالى حقيقة اصلا لما كان ماجورا فيما اذا صبر حتى قتل ولما تم قول المصنف فيما سياتي ولان الحرمة باقية اذ الظاهر ان الحرمة لا تثبت بمجرد توهم فوت حقه تعالى بدون ان يفوت حقيقة بل التحقيق ان اجراء كلمة الكفر على اللسان حرام في كل حال لا يسقط عنه الحرمة اصلا وان فيه ترك حق من حقوق الله تعالى بل هو كفر صورة في حالة الاكراه وكفر صورة ومعنى في حالة صحة الاختيار كما صرح به في كتب الاصول الا ان المبتلى بالاكراه عليه يصير معذورا حالة الاكراه

ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء وقد خرج عليه بان اجراء كلمة الكفر ايضا مستثنى لقوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان بقوله تعالى من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغي ان يكون مباحا كاكل الميتة وشرب الخمر واجيب بان في الآية تقديما وتاخيرا وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان فان الله تعالى ابان اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه وانما اوقع عدم العذاب والغضب ليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متاخر فجاز ان يكون الغضب منفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب هو الحرمة فلم يثبت اباحة اجراء كلمة الكفر كذا في خاتمة الشروح وعزاه في النهاية الى مبسوط شيخ الاسلام قال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذاك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله وان كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فانه يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تاخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك انتهى اقول هذا السطر ساقط جدا فانه يصح ان يختار كل واحد من شقي الترديد ولا يلزم محذور اصلا اذ يجوز ان يراد بالعلة ما هو المصطلح عليه في علم الاصول وهو ما كان خارجا عن الشيء مؤثرا فيه قوله فذاك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله ممنوع فان وجوب مقارنة العلة الشرعية للمعلول انما هو في بعض اقسامها وهو ما كان علة اسما ومعنى وحكما دون بعضها الآخر وهو ما كان علة اسما فقط او اسما ومعنى كما تقرر ذلك كله في علم الاصول فيجوز ان يكون العلة فيما نحن فيه من قبيل الثاني فلا يمتنع التخلف ويجوز ان يراد بها السبب الشرعي كما هو الظاهر من التمثيل وهو ما كان خارجا عن الشيء ولم يكن مؤثرا فيه بل كان موصلا اليه في الجملة قوله فانما تخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تاخيره ممنوع بل السبب الشرعي مطلقا من حيث انه سبب يجوز تخلف الحكم عنه اذ لا بد ان يتوسط بينه وبين الحكم علة فما لم تحقق تلك العلة لا يتحقق الحكم بمجرد السبب وهذا ايضا مع كونه مقررا في علم الاصول مفهوم من نفس معنى السبب الشرعي فان الايصال في الجملة كيف يستلزم تحقق الحكم والمثال المذكور في الجواب ليس في معرض التعليل لتخلف الحكم عن السبب الشرعي بل هو مسوق لمجرد التمثيل فتحقق دليل شرعي يدل على جوازه تاخير الحكم هناك لا يقتضي قيام دليل شرعي على جواز ذلك في كل صورة على حدة على انه يمكن ان يجعل حديث خبيب دليلا على بقاء الحرمة فيما نحن فيه بعد ان نفي حكمه وهو الغضب فان خبيبا لما اكره على اظهار كلمة الكفر فصبر ولم يظهرها حتى قتل مدحه رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث سماه سيد الشهداء وقال هو رفيقي في الجنة ولو لم تبق الحرمة ابدا في اظهار كلمة الكفر لما وسعه الصبر على ما توعد به من القتل ولما استحق المدح في ذلك لان في الامتناع عن المباح في تلك الحالة اعانة الغير على اهلاك نفسه وهو حرام فيلزم ان يأثم بذلك كما في حالة المخمصة على ما مر قوله ويرجع على الذي اكرهه بقيمته العبد لانه صلح آلة له فيه حيث لا اتلاف فان ضاف اليه قال في العناية ومنع صلاحيته لذلك لان الاتلاف ثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ الذي هو يصلح آلة له في حق التلفظ وكذا في حق ما يثبت في ضمنه واجيب بان الاعتاق ايلاف وهو يصلح آلة فيه والتلفظ قد ينفك عنه في الجملة كما في اعتاق الصبي فيصح ان يكون آلة بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ انتهى اقول فيه نظر لان الانفكاك في اعتاق الصبي انما هو من جهة ثبوت التلفظ بدون ثبوت الاعتاق وذلك لا ينافي ثبوت الاعتاق في ضمن التلفظ البتة وانما ينافيه عكس ذلك وهو ان يثبت الاعتاق بدون ثبوت التلفظ فهذا غير متحقق في صورة اعتاق الصبي فلم يتم التمثيل ولا التقريب وكان بعض الفضلاء تنبه لهذا حيث قال فيه تامل فان الذي هنا ثبوت الاعتاق في ضمن التكلم كما اذا ورث القريب انتهى اقول لكن فيه ايضا خلل فان الثابت ضمنا هو العتق دون الاعتاق كما صرحوا به قاطبة وقد مر في كتاب الولاء مفصلا والكلام ههنا في الاعتاق دون مجرد العتق كما لا يخفى فلا يتم التمثيل بتلك الصورة ايضا ولا التقريب ثم اقول لا فائدة لحديث الانفكاك اصلا في الجواب ههنا فان كون ثبوت الاتلاف فيما نحن فيه في ضمن التلفظ امر مقرر لا يقبل الانكار فيكون مدار الورود والسؤال المذكور لا محالة ولا يجدي شيئا في دفعه انفكاك الاتلاف

فلان يضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية له على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية او لتعلق حق الغير ولم يوجد احدهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانه ضمان يأخذه فهو

قال ويرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول وان لم يكن العقد صحيحا رجع على المكره بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتأكد بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف في مخلوف ما اذا دخل بها لان المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا لان الاكراه مؤثر في فساد العقود والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ورجع على المكره استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فانه يطالب به فيها ولكن اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ ولكن الوجه ولا بارادة والنفي فيه باللسان لانها تنعم من الاول والخلع من جانبه طلاق ومن جانبها يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام **قال**

وان اكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة رح لان يكرهه السلطان وقال ابو يوسف ومحمد لا يلزمه الحد وقد ذكرناه في الحدود **قال** واذا اكره على الردة لم تبن امرأته منه

عن التلفظ في صورة اخرى فالحق عندي في الجواب ان يقال لا يلزم من عدم صلاحية المكره للالتزام في حق التلفظ عدم صلاحيته لها في حق ما ثبت في ضمنه وهو الاتلاف لان عدم صلاحيته لها في حق التلفظ لعلة امتناع التكلم بلسان الغير وهي غير متحققة في حق ما ثبت في ضمنه من الاتلاف فان المكره يمكنه ان يأخذ المكره ويتلفه على المال فيتلفه كما صرحوا به فيما مر **قوله** فلان لضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار كذا في الكافي وغيره فان قيل ينبغي ان لا يضمن المكره لانه اتلف بعوض حصل للمكره وهو الولاء والاتلاف بعوض كلا اتلاف اجيب بان الاتلاف بعوض انما يكون كلا اتلاف اذا كان العوض مالا كما لو اكره على اكل طعام الغير فاكل فانه لا ضمان على المكره لانه حصل للمكره عوض او كان في حكم المال كما في منافع البضع اذا اتلفها مكرها لان منافعه تعد مالا عند الحرية والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب الا يرى ان شاهدي الولاء اذا رجعا لا يضمنان كذا في الشروح اقول هذا الجواب يشكل بما لو اكره على شراء ذي رحم منه فعتق عليه فان المكره لا يرجع هناك بقيمة العبد على المكره بناء على انه حصل له عوض وهو صلة الرحم نص عليه في البدائع ولا يذهب عليك ان صلة الرحم ليست بمال كالولاء اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه لم يقل به احد كما قالوا في منافع البضع عند الدخول فتامل **قوله** ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية او لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما بخلاف المريض اذا اعتق عبده وعليه دين لان السعاية تجب ثمة لحق الغرماء ويجب بخلاف الراهن اذا اعتق المرهون وهو معسر فانه يجب السعاية لحق المرتهن كذا في الكافي وعامة الشروح قال صاحب العناية يدل ذلك بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به انتهى اقول لم ار ما ذكره من وجوب السعاية على العبد اذا اكره الراهن على اعتاقه في شيء من كتب الفقه سوى شرح تاج الشريعة لهذا الكتاب فانه قال فيه ههنا ولا يتعلق بالعبد حق الغير ايضا حتى يحتاج الى السعاية لذلك مثل ان يكون مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه وهو معسر فحينئذ يجب على العبد السعاية لتعلق حق المرتهن برقبته واما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد فلا يجب عليه شيء انتهى ولعله غلط وقع من تاج الشريعة فاغتر به صاحب العناية لان مجرد تعلق حق الغير بالعبد المعتق لا يوجب السعاية عليه بل لا بد من ان لا يقدر معتقه على ايفاء ذلك الحق ولهذا قالوا اذا اعتق الراهن العبد المرهون وهو معسر يجب السعاية على العبد لحق المرتهن حيث زاد واقيد الاعسار ولا يخفى ان الراهن فيما اذا اكره على اعتاق عبده المرهون ففعل لقدر على ايفاء حق المرتهن بما ضمنه المكره من قيمة ذلك العبد فان لزمه ايا ما لما ذكر في الكتاب فكان ينبغي ان لا يجب السعاية على العبد ثم ان قول صاحب العناية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه الى آخره لا يكاد يصح ههنا لان تلك الصورة داخلة في اطلاق ما نحن فيه من مسئلة الكتاب فكيف يصح الحكم بالمخالفة بينها وبين ما نحن فيه بخلاف الصورتين المذكورتين في الكافي وعامة الشروح فانهما مسئلتان مغايرتان لما نحن فيه فيصح الحكم بالمخالفة بينهما وبين ما نحن فيه وكذا قول تاج الشريعة واما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد الى آخره ليس بسديد فانه يشعر المخالفة ايضا بين تلك الصورة وبين ما نحن فيه مع انها داخلة في اطلاق ما نحن فيه كما لا يخفى وايضا لو وجب السعاية على العبد في الصورة المزبورة لانتقض بها ما ذهب اليه ابو حنيفة رحمه الله من ان السعاية انما يجب على العبد للتخريج الى الحرية اذ لا تخريج الى الحرية في تلك الصورة لما ذكروا ان العبد قد خرج الى الحرية بالاعتاق فلا يمكن تخريجه اليها ثانيا فلزم ان لا يتم قول تاج الشريعة وصاحب العناية وغيرهما في ذيل شرح هذا المحل وهذا القدر من التعليل كاف على مذهب ابي حنيفة رح سالم عن النقض واما على مذهبهما فمنتقض بما اذا اعتق المحجور عليه بالسفه فانه يعتق ويجب عليه السعاية عندهما وقد اعتق ملكه ولا حق لاحد فيه فيزاد لهما في التعليل وهو غير محجور عليه تامل تفهم **قوله** وان اكره على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يكرهه السلطان وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجب الحد وجه قولهما ان المعتبر في الاكراه كونه ملجيا وذلك بقدرة المكره على الايقاع وخوف المكره الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان اكثر تحقق لان السلطان يعلم انه لا تفوته فهو ذو اناة في امره وغيره يخاف الفوت بالاستعجال

لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا يثبت البينونة بالشك
فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا
لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبديل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبديل فكان القول قوله

السلطان فيجعل في الايقاع وجه قوله ان المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه اذ ليس فوقه من يلتجئ اليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء الى السلطان فان
اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له فلا يسقط به الحد كذا في العناية والنهاية وهو المطابق لما ذكره المصنف في كتاب الحدود اقول يتجه على الوجه المذكور
من قبل ابي حنيفة رحمه الله ان يقال ندرة ذلك ممنوع كيف وقوع خفر اللصوص وقطاع الطريق بالناس وعجزهم عن دفع شر هؤلاء المتغلبة سيما في المواضع
النائية عن العمران اكثر من ان تحصى ولئن سلم الندرة فان لا يكون للنادر حكم فيما يندرئ بالشبهات من الحدود سيما في حد الزنا كما نحن فيه ممنوع اذ لا شك ان يجوز
الاحتمال يثبت الشبهة فضلا عن الوقوع بطريق الندرة قال في غاية البيان في هذا المقام دليلها ظاهر لان الكلام فيما اذا جاء من غير السلطان ما يأتي من السلطان
في موضع لا مدفع له عادة وفي مثل هذا السلطان في غيره لا سوى الا يرى انه لو كان في غير المصر اعتبر بالاجماع ولابي حنيفة رحمه الله ان هذا انما يغلب عادة اذا كان في المصر لان الظاهر انه
يلجئه الغوث من الناس او من السلطان فيندفع والحكم لا يبنى على النادر حتى لو كان في موضع يغلب كما في غير المصر يعتبر كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي انتهى اقول على هذا التقرير يمكن ان يندفع منع الندرة ولكن يبقى منع ان لا يكون للنادر حكم فيما يندرئ بالشبهات كما نحن فيه على حاله ثم اقول اطلاق مسئلة
الكتاب واطلاقات عامة المعتبرات في ان حكم الاكراه مخصوص بالسلطان عنده وعام لكل متغلب يقدر على تحقيق ما هدد به عندهما مما لا يساعد القول بان الاكراه من
غير السلطان في غير المصر معتبر بالاجماع ليظهر ذلك بالتأمل في عبارة الكتاب وتتبع سائر المعتبرات قال الامام خاضيخان رحمه الله في اول كتاب الاكراه من فتاواه الاكراه
لا يتحقق الا من السلطان في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي قول صاحبيه يتحقق من كل متغلب يقدر على تقدير تحقيق ما هدده به وعليه الفتوى انتهى وقال من الذخيرة والمحيط
ومن شرط صحته ان يكون الاكراه من السلطان عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا جاء من غير السلطان ما يجيء من السلطان فهو اكراه صحيح شرعا والاختلاف على ما بلا الوجه
مذكور في مسئلة الزنا وصورتها غير السلطان اذا اكره رجلا على الزنا فعلى قول ابي حنيفة رحمه الله يجب الحد على الزاني كانه باشر الزنا طوعا وعلى قولهما لا حد عليه فظهر
بعض مشايخنا ان الخلاف بينهم في الزنا خاصة واما في غيره فالاكراه غير السلطان والاكراه السلطان سواء عندهم جميعا ومنهم من قال الخلاف في الزنا وغيره من
الاحكام ايضا سواء واختلفوا فيما بينهم بعضهم قالوا هذا اختلاف عصر وزمان وبعضهم قالوا هذا اختلاف حجة وبرهان انتهى فتدبر **قوله** لان الردة تتعلق بالاعتقاد
الا يرى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك لا يثبت البينونة بالشك قال صاحب العناية ويجوز ان يجعل كلامه دليلين احدهما ان يقال
ان الردة تتبدل الاعتقاد وتبديل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني ان يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لانه امر غيب
لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرف عن صحة الترجمة فلا يثبت البينونة هي المترتبة على الكفر بالشك انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان
ما قاله لغو من الكلام لان ما عده دليلين متحدان في المعنى وانما التغاير بينهما في بعض الالفاظ وهو تبديل الاعتقاد في الاول واعتقاد الكفر في الثاني ولا ريب
ان تبديل اعتقاد المسلم انما يكون باعتقاد الكفر فاتحد المعنى فما معنى جعلهما دليلين وان جعل مدار جعلهما دليلين مجرد تغايرهما في اللفظ فلا معنى يجعل كلام المصنف رح
دليلين ايضا لان الواقع في كلام المصنف هو اللفظ الثاني دون الاول كما ترى **قوله** فالقول له استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبديل الاعتقاد
ومع الاكراه لا يدل على التبديل فكان القول له قال صاحب العناية في حل هذا المحل وجه الاستحسان ان اللفظ يعني كلمة الكفر غير موضوع للفرقة يعني لم يظهر فيها ظهورا بينا
من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالته عليها من حيث ان اللفظ دليل وترجمة لما في القلب فان دل على تبديل الاعتقاد
المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبديل فضلا على ان يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه فلهذا كان القول قوله انتهى
كلامه اقول فيه خلل فان قوله فان دل على تبديل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية لا يكاد يتم اذ لا بد في المجاز من كون اللفظ مستعملا

بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل احتمل رجحان الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقده فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم جحد لم يقتل لتمكن الشبهة وهي ارتداده للقتل ولو قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه حكما لاديانة لاقراره طائعا بانتفاء ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال اردت ما طلب مني وقد خطر بالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لانه اقر انه مبتدئ بالكفر هازل به حيث عاد الى نفسه مخلصا فاخبره وعلى هذا اذا اكره على الصلوة للتصليب وسب محمد النبي عليه السلام فصلى وقال نويت الصلوة لله تعالى وسب محمد آخر غير النبي عليه السلام بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للتصليب وسب محمد النبي عليه السلام وقد خطر بباله الصلوة لله تعالى وسب غير النبي عليه السلام بانت منه ديانة وقضاء لما مر وقد زدناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى والله اعلم

كتاب الحجر

في المعنى المجازي ولا شك ان اللفظ ههنا وهو كلمة الكفر غير مستعمل في الفرقة لا حقيقة ولا مجازا وانما هي اي الفرقة اثر لازم لمعنى اللفظ وهو الاعتقاد الردي فلم يكن دلالة اللفظ عليها مجازية بل كانت التزامية محضة وكان انفهامها من اللفظ بطريق الاستتباع لا بطريق الاصالة فصارت من قبيل مستتبعات الالفاظ المغايرة للحقيقة والمجاز على ما عرف في علم البلاغة فان قلت يجوز ان يراد بالمجازية ههنا المتجاوزة عن المعنى الحقيقي الى اي شيء كان لا المتجاوزة عن المعنى الحقيقي الى المعنى المجازي فقط فتعم مستتبعات الالفاظ ايضا قلت هذا المعنى مع كونه مخالفا للعرف والاصطلاح بالكلية يأباه جدا قوله من قبل يعني لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث الحقيقة فتأمل فالوجه المجمل المفيد المطابق للمشروح ما ذكره صاحب النهاية مغربا الى الايضاح حيث قال وجه الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تغير الاعتقاد فلا تقع الفرقة كذا في الايضاح انتهى **قوله** بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل احتمل رجحان الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى قال صاحب العناية وكان هذا اشارة الى ما قاله الامام ابو منصور الماتريدي وهو المنقول عن ابي حنيفة رحمه الله ان الايمان هو التصديق والاقرار باللسان شرط اجراء الاحكام وليس في ذلك مذهب اهل اصول الفقه فانهم يجعلون الاقرار ركنا انتهى اقول فيه نظر لان ما ذكر في الكتاب كيف يكون اشارة الى ما قاله الامام ابو منصور الماتريدي مع تشتيه على المذهبين معا بل تمشيته على المذهب الثاني اظهر في حال الاكراه على الاسلام لان الاقرار اذا كان ركنا من الايمان كان المكره على الاسلام آتيا باحد ركنيه فيظهر فيه الحكم باسلامه فانه لما تحقق احد ركني الاسلام مع عدم الجزم بانتفاء الآخر حكمنا بوجود الاسلام ترجيحا لجانبه بخلاف ما اذا كان الايمان هو التصديق وكان الاقرار شرطا لاجراء الاحكام فان على هذا لا يتحقق شيء من ركني الايمان في المكره على الاسلام وانما يكون المتحقق فيه ما هو خارج عن حقيقة الايمان شرط لاجراء الاحكام فوجه الحكم بالاسلام بمجرد تحقق ما هو شرط لاجراء احكامه لا يظهر ظهوره في الاول لا يقال كيف يتمشى ما في الكتاب على المذهب الثاني في حال الاكراه على الردة وعلى تقدير ان يكون الاقرار ركنا من الايمان يلزم ان يثبت حكم الردة باجراء كلمة الكفر على اللسان لانه يتحقق الاقرار اذ ذاك وانتفاء ركن واحد يستلزم انتفاء الكل لا محالة لانا نقول ان من قال بان الاقرار ركن من الايمان لم يقل انه ركن اصلي منه كالتصديق بل قال انه ركن زائد والتصديق ركن اصلي وفسر معنى كونه ركنا زائدا بان الشارع اعتبره في وجود المركب لكن ان عدمه بناء على ضرورة جعل الشارع عدمه عفوا واعتبر المركب موجودا حكما وقد بين ذلك في كتب الاصول بما لا مزيد عليه فعلى هذا يظهر تمشي ما في الكتاب على هذا المذهب ايضا في حال الاكراه على الاسلام والاكراه على الكفر كما لا يخفى تأمل تقف

كتاب الحجر

اورد الحجر عقيب الاكراه لان في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب الاختيار الا ان الاكراه لما كان اقوى تاثيرا لان فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الحجر كان احق بالتقديم كذا في المشروح ومن محاسن الحجر ان فيه شفقة على خلق الله عز وجل وهي احد قطبي الديانة والآخر التعظيم لامر الله تعالى وتحقيق ذلك ان الله تعالى خلق الورى وفاوت بينهم في الحجى فجعل بعضهم اولي الرأي والنهى ومنهم اعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض اسباب الردى فيما يرجع الى معاملات الدنيا كالمجنون الذي هو عديم العقل والمعتوه الذي هو ناقص العقل فاثبت الحجر عليهما عن التصرفات نظرا من الشرع لهما لان الظاهر من تصرفهما ضرر يلزمهما اذ ليس لهما عقل كامل يردعهما وتمييز وافر يمنعهما وكذلك حجر الصبي والرقيق اما الصبي ففي اول احواله كالمجنون وفي آخرها كالمعتوه فما هو المتوقع من ضرر بهما يتوقع في حق الصبي واما الرقيق فانه يتصرف في مال غيره لانه لا مال له ولا يستعمل من يتصرف في مال الغير مثل استعماله في مال نفسه عادة فسد باب التصرف على الرقيق بالحجر لرقه نظرا للمولى ثم ان الحجر في اللغة هو المنع فانه مصدر حجر عليه القاضي اذا منعه وفي الشريعة هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون كذا في النهاية والعناية اقول فيه قصور اما اولا فلان الحجر في الشريعة ليس هو المنع عن التصرف مطلقا بل هو منع

قال الاسباب الموجبة للحجر ثلثة الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال اما الصغر فلنقصان عقله عن ادراك الولاية اهليته والرق لرعاية حق المولى كيلا يبطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به عن اذن المولى بالاذن رضى بفوات حقه والجنون لا يجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال اما العبد فاهل في نفسه والصبي يرتقب اهليته فلهذا وقع الفرق **قال** ومن باع من هؤلاء شيئا او اشترى وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد حق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد ان يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجى المصلحة في المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح ويفسد عن فتور كما بينا في الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع اما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي وههنا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية او لضرر المولى فوقفناه **قال** وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال دون الافعال لانه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة

عن التصرف قولا لا فعلا كما يفصح عنه ما سيأتي في الكتاب من ان هذه المعاني الثلثة يعني الصغر والرق والجنون يوجب الحجر في الاقوال دون الافعال واما ثانيا فلان المحجور عليه غير منحصر في الصغير والرقيق والمجنون بل المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس محجور عليه ايضا بالاتفاق والسفيه والمفلس والمديون ايضا محجور عليه عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله كما صرحوا بذلك كله في عامة المعتبرات وسيأتي في الكتاب شيئا فشيئا فقوله في ذيل التعريف وهو الصغير والرقيق والمجنون تفسير زائد وتقييد كاسد وبالجملة في التعريف المذكور تقصير من حيث اطلاق المقيد وتقييد المطلق وقال في الكافي الحجر في اللغة المنع وفي الشرع منع المتصرف قولا لصغر ورق وجنون انتهى اقول فيه تدارك للمحذور الاول ولكن يبقى المحذور الثاني على حاله كما لا يخفى والاولى ما ذكر في معراج الدراية فانه قال فيه الحجر لغة المنع مصدر حجر عليه وشرعا منع مخصوص وهو المنع من التصرف قولا لشخص مخصوص وهو المستحق للحجر باي سبب كان انتهى تدبر **قوله** الاسباب الموجبة للحجر ثلثة الصغر والرق والجنون هذه الثلثة بالاتفاق والحق بها شيئان اخران بالاتفاق ايضا وهي المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس واما حجر المديون والسفيه بعد ما بلغ رشيد فعلى قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله كذا في الشروح اقول قد طبقت كلمة الفقهاء في كتب الفروع على ادراج العتة في المجنون وجعل الاسباب الاصلية المتفق عليها ثلثة وهي الصغر والرق والجنون وفي كتب الاصول على جعل العتة قسيما للمجنون كسائر الامور المتفرعة على الاهلية وفي الفقه في اكثر الاحكام فقد خالف اصطلاحهم في الفروع اصطلاحهم في الاصول وهذا من النوادر **قوله** وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال اي هذه المعاني الثلثة التي هي الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الاقوال حتى اوجب التوقف في الاقوال التي تتردد بين النفع والضرر كالبيع والشرى بطريق العموم بين الصغير والمجنون والعبد واوجب الحجر من الاصل بالاعدام في حكم اقوال تمحض ضررا كالطلاق والعتاق في حق الصغير والمجنون دون العبد فانه يملك الطلاق كذا في النهاية والكفاية قال صاحب العناية في حل هذا المحل وهذه المعاني الثلثة يعني الصغر والرق والجنون يوجب الحجر في الاقوال يعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء اي هذه المعاني يوجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد واما ما تمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد واما ما تمحض منها نفعا كقبول الهبة والصدقة فانه لا حجر فيه على العموم انتهى كلامه اقول خصص الشارح المزبور الاقوال المذكورة في مسئلة الكتاب باقوال المتردد بين النفع والضرر حيث قال يعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء فلما خرج حينئذ عن الاقوال ما تمحض نفعا وما تمحض ضررا فكان فائدة اخراج الاول ظاهرة لعدم ثبوت الحجر فيه اصلا دون فائدة اخراج الثاني لثبوت الحجر فيه ايضا في حق الصغير والمجنون خصص معنى ايجاب الحجر ايضا حيث قال اي هذه المعاني يوجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد واشار بذلك الى عدم ثبوت الحجر بهذا المعنى للخصوص فيما تمحض ضررا من الاقوال وبه حاصله قوله واما ما تمحض فيها ضررا كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد ولا يذهب عليك ان عبارة الكتاب مع عدم مساعدتها الشيء من التخصيصين المذكورين يلزم اذ ذاك محذوران احدهما انه على ذلك المعنى الذي ذهب اليه الشارح المزبور يصير مال معنى هذه المسئلة وهي قوله وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال معنى المسئلة السابقة وهي قوله ومن باع من هؤلاء شيئا او اشتراه وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه فلا يكون في اعادة الثانية فائدة الا مجرد كونها توطئة لقوله دون الافعال وثانيهما انه لا يناسب حينئذ ادراج ما تمحض ضررا من الاقوال كالطلاق والعتاق في المسائل المتفرعة على هذا الاصل وهو قوله وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال وقد ادرجه فيها في الكتاب حيث قال فيما بعد والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما وصرح الشارح المزبور وغيره هناك بان تلك المسائل ذكرت تفريعا على الاصل المذكور وقد وقع التصريح بناء على التفريع في مختصر القدوري في قوله

بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه الا اذا كان لعدد يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون **قال** والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما لقوله عليه السلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه

فالصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما لا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما بعد قوله وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال دون الافعال بتعين التفريع بنفس عبارته فالوجه عندي ان اللام في الاقوال في قوله توجب الحجر في الاقوال للجنس وان المراد بايجاب الحجر في قوله توجب الحجر في الاقوال ما يعم ايجاب التوقف على الاجازة كما في الاقوال المترددة بين النفع والضرر وايجاب الاعدام من الاصل كما في الاقوال المتمحضة للضرر فلا يحتاج الى اخراج هذا القسم اعني ما تمحض ضررا عن الاقوال المذكورة في الاصل المسفور بل هذا القسم ايضا داخل في جنس الاقوال فيشمله ذلك الاصل فيناسب تفريع المسائل الآتية باسرها عليه ولا يضر عدم تحقق الحجر في الاقوال التي تمحض نفعا لان تحقق الحجر في جنس الاقوال لا يقتضي تحققه في جميع افرادها فصار الاصل المزبور مجملا وما فرع عليه من المسائل مبينا له فما جعل في تلك المسائل مما يحجر فهو داخل تحت حكم الحجر وما لا فلا تامل تقف **قوله** بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه اقول فيه اشكال لان الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر كلها من الاقوال المعتبرة في الشرع مع ان القصد ليس بشرط لاعتبارها في الشرع الا يرى ان طلاق العاقل البالغ الهازل كذا عتاق الحر العاقل البالغ الهازل وكذا يمينه الهازل ونذره الهازل صحيح معتبر في الشرع على ما صرحوا به في مواضعها سيما في مباحث الهزل من كتب الاصول مع ان الهزل ينافي القصد لا محالة فان عدم القصد والارادة معتبر في نفس مفهوم الهزل شرعا قال في العناية فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهين احدهما ان الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن ان يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعد ما وجدت لا يمكن ان تجعل غير موجودة والثاني ان القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جدا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد الا يرى ان القول من الحر البالغ العاقل اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها انتهى اقول في كل من وجهي الجواب نظر اما في الاول فلانه غير متمش في الانشاآت من الاقوال كالبيع والهبة والتطليق والاعتاق ونحوها فان الانشاآت ايجادات لا يمكن تخلف مدلولاتها عنها ولا يخفى ان اكثر الاقوال المعتبرة في الشرع في افادة الاحكام الشرعية من قبيل الانشاآت فلا يتم التقريب واما في الثاني فلانه منتقض بما يساوي فيه الجد والهزل من الاقوال كالطلاق والعتاق ونحوهما تدبر تفهم **قوله** والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما الخ اراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيئا فالولي بالخيار وانما اعاد المسئلة تفريعا على الاصل المذكور وهو ان هذه المعاني الثلثة توجب الحجر عن الاقوال انسياق القوليات في موضع واحد كذا في النهاية والعناية قال بعض الفضلاء واذا اريد بالصبي والمجنون الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج الى تاويل عدم الصحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المصنف رح عن وصمة التكرار انتهى وقد اخذ هذا المعنى من آخر كلام صاحب غاية البيان هنا فان قال اراد بقوله لا يصح لا ينفذ لان بيعهما سائغ فانهما الذي يتردد بين النفع والضرر موقوف على اجازة الولي الا يرى الى ما قال قبيل هذا بقوله ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه الا اذا اريد به بقوله والصبي من لا يعقل اصلا وبقوله والمجنون الذي لا يفيق اصلا فحينئذ يجري قوله ولا يصح على ظاهره انتهى كلامه اقول لا مساغ لذلك الاحتمال لان حمل الصبي والمجنون في قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما على الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب فقط مما لا يساعده القاعدة فان المعرف بلام التعريف اذا لم يكن هناك معهود انما يحمل على الجنس في قاعدة اهل العربية وعلى الاستغراق في قاعدة اهل الاصول كما تقرر كله في موضعه فهنا الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب عليه لم يعهد بخصوصهما قطعا فلا بد ان يراد الصبي والمجنون المذكوران هنا جنسهما او جميع افرادهما على احدى القاعدتين لا حصة مخصوصة منهما كما توهم ولئن سلم مساعدة القاعدة اذ ذلك فلو اريد بهما هنا ذلك القسم المعين جنسهما لزم ان لا يكون احكام عقود الصبي العاقل والمجنون الغير المغلوب الذي هو المعتوه ولا احكام اقرارهما وطلاقهما وعتاقهما

والاعتاق بتحقیق مضرة ولا وقوف للصبی علی المصلحة فی الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولی علی عدم التوافق علی اعتبار بلوغه حد الشهوة فلیس الا یتوقفان علی اجازته ولا ینفذان مباشرته بخلاف سائر العقود وان اتلفا شیئا لزمهما ضمانه احیاء لحق المتلف علیه وهذا لان کون الاتلاف موجبا لا یتوقف علی القصد کالذی یتلف بالنقل بالنائم علیه والجائط المائل بعد الاشهاد بخلاف القولی علی ما بیناه **قال** ناما العبد فاقراره نافذ فی حق نفسه لقیام اهلیته غیر نافذ فی حق مولاه رعایة لجانبه لان نفاذه لا یعری عن تعلق الدین برقبته او کسبه وکل ذلک اتلاف ماله **قال** فان اقر بمال لزمه بعد الحریة لوجود الاهلیة وزوال المانع ولا یلزمه فی الحال لقیام المانع وان اقر بحد او قصاص لزمه فی الحال لانه مبنی علی اصل الحریة فی حق الدم حتی لا یصح اقرار المولی علیه بذلک وینفذ طلاقه لما روینا ولقوله علیه السلام لا یملک العبد والمکاتب شیئا الا الطلاق ولانه عارف بوجه المصلحة فیه فکان اهلا ولکن فیه ابطال ملک المولی ولا تفوت منافعه فینفذ والله اعلم

باب الحجر للفساد

قال ابو حنیفة رح لا یحجر علی الحر العاقل البالغ السفیه وتصرفه فی ماله جائز وان کان صدره مفسدا یتلف ماله فیما لا حجر له فیه ولا مصلحة وقال ابو یوسف ومحمد رح وهو قول الشافعی رح یحجر علی السفیه ویمنع من التصرف فی ماله

مذکورة فی کتاب الحجر اصلا اذ موضع ذکر تلک الاحکام هنا وثم مذکر فی موضع آخر من هذا الکتاب فیلزم ان یکون متروکة السدی ولا یخفی فساده ولا یحتاجن فی وهک انها تفهم ما ذکر دلالة لان سبب الحجر فی الصبی الغیر العاقل والمجنون المغلوب اقوی من سببه فی غیرهما فلا یدل علی عدم تصرف فی حقهما علی عدم صحته فی حق غیرهما کما لا یخفی **قوله** والاعتاق بتحقیق مضرة ولا وقوف للصبی علی المصلحة فی الطلاق لعدم الشهوة ولا وقوف للولی علی عدم التوافق علی اعتبار بلوغه الشهوة قال صاحب العنایة فی شرح هذا المقام والاعتاق بتحقیق مضرة لاصالة والطلاق وان امکن ان یرد بین النفع والضرر باعتبار مرافقة الاخلاق بعد البلوغ لکن الصبی لا وقوف له علی المصلحة فی الطلاق بحال اما فی الحال فلعدم الشهوة واما فی المآل فلان علم المصلحة فیه یتوقف علی العلم بتباین الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلک والولی وان امکن ان یقف علی مصلحته فی الحال لکن لا وقوف له علی عدم التوافق علی اعتبار بلوغه حد الشهوة انتهی کلامه اقول فیه بحث اما اولا فلان جعله الطلاق تارة بین النفع والضرر یخالف لما صرح به نفسه وسائر الشراح فیما مر من انه مما یتحقق ضرره للعلم الا ان یحمل کلامه ههنا علی التنزل والتسلیم فتامل واما ثانیا فلانه ان اراد بالمصلحة فی قوله والولی وان امکن ان یقف علی مصلحته فی الحال مصلحة الصبی فی الطلاق کما هو الملائم لما نحن فیه وهو الطلاق لقوله من قبل لکن الصبی لا وقوف له علی المصلحة فی الطلاق یلزم ان لا یتم قوله وان امکن ان یقف علی مصلحته فی الحال لان علة عدم الوقوف علی مصلحته فی الطلاق فی الحال عدم شهوته فی الحال کما افصح عنه المصنف رح والشارح المزبور فی تعلیل عدم وقوف الصبی علی تلک المصلحة فعند تقریر تلک العلة کیف یمکن للولی ان یقف علی تلک المصلحة وان اراد بالمصلحة المذکورة مصلحته فی غیر الطلاق تکون ذکرها لغوا فی اثبات ما نحن فیه کما لا یخفی

باب الحجر للفساد اخر هذا الباب لان اسباب الحجر فیما تقدم علیه سماویة وسبب الحجر ههنا مکتسب والسماوی فی التاثیر اقوی فکان بالتقدیم اولی وفی الحجر فی الاول متفق علیه وفی الثانی مختلف فیه والمتفق علیه احری بالتقدیم قال فی العنایة والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعتری الانسان فتحمله علی العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قیام العقل وقد غلب فی عرف الفقهاء علی تبذیر المال واتلافه علی خلاف مقتضی العقل والشرع انتهی اقول فی تفسیر کل من معنیی السفه علی الوجه المذکور شیء اما فی الاول فهو ان العمل بخلاف موجب العقل مع موجب العقل مشکل اذ الظاهر ان موجب الشیء لا یتخلف عنه وعن هذا قال فی المبسوط والکافی السفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوی وترک ما یدل علیه الحجی واما فی الثانی فهو انه ان کان معنی السفه فی عرف الفقهاء تبذیر المال واتلافه علی خلاف مقتضی العقل والشرع فکیف یتصور القول من ابی حنیفة رحمه الله بعدم الحجر علی السفیه اذ لا مساغ لعدم المنع عما هو خلاف مقتضی الشرع عند احد من الفقهاء ویمکن الجواب عن الاول بان المراد بخلاف موجب العقل خلاف موجب حکم العقل لا خلاف موجب نفس العقل فاللازم عدم التخلف عن حکم العقل لا عن نفسه ولا محذور فیه لامکان العمل بخلاف ما اوجبه حکم العقل کما هو حال النفوس الخبیثة وعن الثانی بان ما هو علی خلاف مقتضی الشرع یجب ان ینهی عنه مرتکبه باللسان علی الاتفاق وفیه عمل السفیه بالسفه الحجر بمعنی ابطال حکم التصرف بالکلیة وان کان ذلک التصرف فی نفس مال المتصرف فهو امر آخر ولذلک لم یقل به ابو حنیفة رح بناء علی استدعائه ضررا اشد من ضرر اتلاف المال کما سیاتی بیانه فی الکتاب وقال فی النهایة ثم اعلم ان مسائل هذا الباب کلها مبنیة علی قول ابی یوسف ومحمد رحمهما الله لا علی قول ابی حنیفة رحمه الله فانه لا یری الحجر للفساد اصلا انتهی اقول لیس هذا الکلام بسدید فان اکثر مسائل هذا الباب مما اتفق علیه ابو حنیفة رح وصاحباه کقوله وان اعتق عبدا نفذ عتقه وقوله ولو دبر عبده جاز وقوله ولو جاءت جاریته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وکان الولد حرا والجاریة ام ولد وقوله وان تزوج امرأة جاز نکاحها وان سمی لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها

لانه يبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا امر عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما امنع من يده ولابي حنيفة رح انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان في سلب ولايته اهدار ادميته والحاقه بالبهائم وهو اشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الا على الدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما روي عنه اذ هو دفع ضرر الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظرا له الشرع مرة باعطاء القدرة واجرى على اخراجه لسوء اختياره ومنع المال مفسد لان غالب السفه في الهبات والتبرعات والصدقات وذلك يقف على اليد **قال** واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض آخر فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا ترى انه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلانه ثم رفعه الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة رح اذا بلغ الغلام غير رشيد ابن خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يونس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يونس منه الرشد ولا يجوز تصرفه فيه لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي العجز وصار كالصبي

وقوله ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف وقوله وتخرج الزكوة من مال السفيه وتنفق على اولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوي ارحامه وقوله فان ارادوا حجة الاسلام لم يمنع منها ولو ارادوا مرة واحدة لم يمنع منها وقوله فان مرض واوصى وصايا في القرب والوجوه الخير جاز ذلك في ثلث ماله وقوله ولو حجر الفاسق عندنا اذا كان مصلحا لماله وانما المسائل الخلافية بين ابي حنيفة رح وصاحبيه من مسائل هذا الباب ثلث مثبتان منها مذكورتان في اول الباب في الهداية والبداية احدها مسئلة انه لا يحجر السفيه عند ابي حنيفة رح ويحجر عندهما وآخرها مسئلة ان الغلام البالغ غير رشيد اذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله عند ابي حنيفة رحمه الله وان لم يونس منه رشده وعندهما لا يدفع اليه ماله حتى يونس منه رشده وواحدة منها مذكورة في آخر الباب في الهداية وحدها وهي مسئلة ان يحجر القاضي لسبب الغفلة عندهما ومع ذلك جعل قول ابي حنيفة رح في المسئلتين الاوليين اصلا في الذكر وقولهما تبعا له فلم يبق من مسائل هذا الباب ما هي مبنية على قولهما الا على قوله الا المسئلة الاخيرة المذكورة في الهداية وحدها فكيف يصح القول بان مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول ابي يوسف رح ومحمد رح لا على قول ابي حنيفة رح ثم اقول لو قال بدل ذلك الكلام ثم اعلم ان تلقيب هذا الباب بباب الحجر للفساد مبني على قول ابي يوسف رح ومحمد رح لا على قول ابي حنيفة رح فانه لا يرى الحجر للفساد والسفه اصلا كان له وجه صحيح كما لا يخفى **قوله** لانه يبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي قال صاحب العناية استدل المصنف رح بقوله لانه يبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل وكل من هو كذلك يحجر عليه نظرا له كالصبي فهذا يحجر عليه انتهى اقول تقريره غير مطابق للشروح اذ لا يخفى ان حاصل كلام المصنف رح هنا قياس السفيه على الصبي قياسا فقهيا في وجوب الحجر عليه نظرا له والرشد اليه قطعا قوله فيما سياتي من قبل ابي حنيفة رح ولا يصح القياس على منع المال ولا على الصبي وقد قرره الشارح المذكور على القياس المنطقي حيث قدر الكبرى الكلية وجعل قوله فيحجر عليه نتيجة القياس كما ترى ثم ان صاحبي النهاية والعناية قالا هذا الدليل الذي ذكره المصنف رح انما يصح على قول ابي يوسف رح ومحمد رح لا على قول الشافعي رح لان حجر السفيه عنده بطريق الزجر والعقوبة لا بطريق النظر له وقالا فائدة هذا الخلاف بينهم تظهر فيما اذا كان السفيه مفسدا في دينه مصلحا في ماله كالفاسق فعند الشافعي رح يحجر عليه زجرا وعقوبة وعندهما لا يحجر عليه انتهى اقول فيه نظر لان من كان مصلحا في ماله لا يسمى سفيها في عرف الفقهاء كما افصح عنه صاحب العناية فيما مر حيث قال وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع واما كون المصلح في ماله اذا كان مفسدا في دينه يسمى بالسفيه على معناه الاصلي فلا يجدي نفعا ههنا اذ نحن بصدد بيان حكم السفيه في عرف الفقهاء بانه لا يحجر عليه عند ابي حنيفة رح ويحجر عليه عند ابي يوسف رح ومحمد رح والشافعي رح ولو كان الفاسق داخلا في السفيه في عرفهم لما صح بيان الحكم بالوجه المذكور فان الفاسق لا يحجر عليه عند احد من ائمتنا كما سياتي في الكتاب **قوله** ولابي حنيفة رح انه مخاطب عاقل فلا يحجر اعتبارا بالرشيد قيل يشكل هذا بالعبد فانه مخاطب عاقل ايضا ومع ذلك يحجر عليه واجيب بوجهين احدهما انه ذكر المخاطب مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بمخاطب كامل لسقوط الخطابات المالية عنه كالزكوة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وسقوط بعض الخطابات الغير المالية كالحج وصلوة الجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها والثاني ان المراد بالمخاطب في قوله انه مخاطب هو المخاطب بالتصرفات المالية بدلالة محل الكلام لان الكلام في الحجر عن التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبات والصدقات فحينئذ لا يتناول قوله انه مخاطب العبد لانه لا مال له فلا تصرف في المال ولا خطاب فيه هذا زبدة ما في النهاية وغيرها اقول بقي في كلام المصنف رح شيء وهو ان قوله عاقل بعد قوله انه مخاطب مستدرك لان المخاطب لا يكون الا عاقلا فان ما ليس بعاقل كالصبي والمجنون ليس بمخاطب لا محالة **قوله** وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يونس منه رشده قال صاحب العناية وتسامح عبارته في الجمع بين الابد وحتى ظاهر انتهى اقول يمكن توجيه عبارته بان يحمل الابد على الزمان الطويل الممتد كما حمل بعض المفسرين الخلود في قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا

ولابي حنيفة رح ان منع المال عنه بطريق التاديب لا يناسب هذا الحكم لوجوب منع المال عنه بعد بلوغه رشيدا فالمنع لازم الدفع لان المنع بالفساد اثر الصبا
وهو في اول البلوغ ينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع قبل الدفع معلق بانياس الرشد فما لم يوجد لا يجوز الدفع اليه واجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند
العدم سلمناه لكنه منكر يراد به ادنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورة فروعه اصلا وكان متناهيا في الاصالة
كذا في العناية وغيرها اقول في الجواب بحث لان كونه متناهيا في الاصالة عند وصوله الى تلك المدة لا يقتضي رشده لحصول ذلك في المجنون ايضا مع
عدم تصور الرشد فيه سلمناه لكنه لا يطابق قول ابي حنيفة رح في موضع المسألة من انه اذا بلغ خمسا وعشرين سنة سلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد اللهم
الا ان يراد بالرشد هناك الرشد الكامل لكن لا يساعده اللفظ وياباه دليله تامل تفقه **قوله** لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم
ناظرا فيتجرى المصلحة فيه قال في العناية استدل على الجواز والتوقف بقوله لانه ركن وذلك يوجب الجواز ورد بان ركن التصرف اذا وجد من اهله يوجب
ذلك والسفيه ليس باهل واجيب بانه اهل لان الاهلية بالعقل والسفه لا ينفيه فان قيل فعلام التوقف اجاب بقوله للنظر له فان الحاكم نصب ناظرا
فيتجرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده الى هنا لفظ العناية ورد بعض الفضلاء قوله استدل على الجواز والتوقف بقوله
لان ركن التصرف وجد حيث قال هذا انما يدل على الجواز فقط انتهى اقول يمكن ان يحمل كلام صاحب العناية ههنا ان المصنف رح استدل على الجواز
والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد الى آخره اي استدل على الجواز بقوله لان ركن التصرف قد وجد وعلى التوقف بقوله والتوقف للنظر له الى آخره فيحصل من
المجموع الاستدلال على الجواز والتوقف معا وان كان الحاصل من اول قوله هو الاستدلال على الجواز فقط ولما اتجه على اول استدلاله سؤال ظاهر الورود تصدى
الشارح لذكره مع جوابه فوقع الفصل بين دليل الجواز ودليل التوقف في البيان تدبر فهم **قوله** والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا الى قوله والعتق مما لا يؤثر
فيه الهزل فيصح منه قال في العناية وفيه بحثان وجه الاول ان السفيه لو حنث في يمينه واعتق رقبة لم ينفذ انتهى كذا لو نذر بهدي اذ غيره لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل لقوله عليه السلام ثلاث جدهن
وهزلهن جد وقد اثر فيه الحجر بالسفه والثاني ان الهازل اذا اعتق عبده عتق ولم يجب عليه سعاية والمحجور بالسفه اذا اعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في

قال ان تزوج امرأة جاز نكاحه لانه لا يتوقف على الحول ولانه من حوائجه الاصلية وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها لانه من ضرورات النكاح وعلى الاخر في الزيادة بالتسمية ولا تطول له فيه ثم تبع الزيادة بصداق كالمريض ومرض الموت وقيل انه يدخل الزوج بها وجب النصف في ماله لان التسمية صحيحة في مقدار مهر المثل وكل اذا زوجها من رجل وكل يوم واحد لانها قال ويخرج الزكوة من مال السفيه لانها واجبة عليه يتعلق على الولاية وجبه ومن تجب نفقته عليه من ذي رحم محرم لان اجبه ولده وزوجته من حوائجه ولا نفاق على ذي الرحم واجب عليه حقا لحرمته والسفه لا يبطل حقوق الناس الا ان القاضي يدفع الزكوة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من نيته لكونها عبادة فكان بحيث امتنع كيلا يصرفها في غير الجهة وفي النفقة يؤمر الى السنة ليصرفها لانها ليست بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف وندر ذلك فانه حيث لا يلزمه المال بل يكفر بصيامه بالصوم لانه ما يجب فعله فلم يتعينا هذا الباب بيد ماله الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله قال فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منه لانها واجبة عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويستوفي النفقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه واراد غيره لم يمنع منها استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما اذا اراد العمرة من الحج ولا يمنع من القران لانه لا يمنع من ايراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من ان يسوق بدنة عن القران ويرضخ الكفارة اذ عند عبد الله بن عمر لا يجزيه غيرها وفي جزاء الصيد فان عرض واوصى بوصايا في القرب ابواب الخير جاز ذلك في ثلثه لان نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه عن امواله والوصية تخلف ثناء او ثوابا وقد ذكرنا من القربات اكثر من هذا في كفاية المنتهى قال ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق لا يصلح والطارئ سواء وقال الشافعي رحمه الله يحجر عليه لجرأته وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يحجر اهله للولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم وقد اونس نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة لان الفاسق من اهل الولاية عندنا فيكون واليا للتصرف اليه ليتصرف فيما يفعله وهو قول الشافعي رحمه الله بسبب الغفلة وهو ان يغبن في التجارات لا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من التقرب

وجوب السعاية والحجر الترفيه والثالث ان التعليل المذكور انما يصح في حق السفيه لا في حق الهازل والصحيح فيه ان يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له لانتفاء في العقل والجواب عن الاول ان القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع الى الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذر لان في تنفيذهما اضاعة المقصود من الحجر لامكان ان يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذر عن الثاني ما سيجيء في الكتاب وعن الثالث ان قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما انتهى اقول في الجواب عن الاول وعن الثاني على الوجه المذكور بحث ايضا اما في الجواب عن الاول فلان حاصل ذلك الجواب بيان وجه عدم تنفيذ الكفارات والنذر الواقعة من السفيه وهذا لا يجدي شيئا في دفع البحث الاول لان حاصل ذلك البحث كما ترى نقض كلية قولهم ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا بعدم تنفيذ القاضي تصرف السفيه في الكفارات والنذر مع عدم تاثير الهزل في شيء منهما فما ذكر في الجواب يقوي البحث فضلا عن ان يدفعه واما في الجواب عن الثاني فلان ما سيجيء في الكتاب هو قول المصنف رحمه الله لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فتجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض ولا يذهب عليك ان هذا ايضا لا يدفع نقض الكلية المعتبرة في اصلها كما هو حاصل البحث الثاني ايضا بل بقوله كما عرفت آنفا ثم ان بعض الفضلاء اورد على قول صاحب العناية في البحث الثالث والصحيح فيه ان يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له حيث قال فيه بحث اذ هذا المعنى لا يوجد في السفيه ولا بد من الاشتراك انتهى اقول كانه غلط في الاستخراج فتوهم ان الضمير المجرور في قوله والصحيح فيه راجع الى التعليل فاعترض بانه لا بد في تمام التعليل ههنا من الاشتراك في العلة وهذا المعنى يعني قصد اللعب دون ما وضع الكلام له لا يوجد في السفيه كما ان المعنى المذكور في الكتاب لا يوجد في الهازل على زعم صاحب البحث الثالث ولكن لا يخفى على الفطن ان الضمير المزبور راجع الى حق الهازل في قوله لا في حق الهازل فالمعنى والذي يصح في حق الهازل ان يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له ما ذكر في الكتاب فانه انما يصح في حق السفيه فقط فحينئذ لا يكون لبحث ذلك القائل وجه كما لا يخفى **قوله** ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم وقد اونس نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة قال في النهاية وفي المبسوط فقوله رشدا منكر في موضع الاثبات والنكرة في موضع الاثبات تخص لا تعم فاذا وجد رشدا فقد وجد الشرط فيجب دفع المال اليه انتهى اقول تقرير دليل الاستناد في هذه المسئلة على الوجه المذكور في الكافي وفي المبسوط ينتقض بقول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في السفيه المصلح في دينه دون ماله فانه يحجر عليه عندهما كما مر مع انه قد اونس منه نوع رشد وهو الرشد في دينه فيتناوله النكرة المطلقة فيجب ان يدفع اليه ايضا ماله والاظهر في تقرير استدلال الاستناد بالآية الكريمة المذكورة ما ذكر صاحب الكفاية بعد ذكر ما في الكتاب وشرحه على وفق ما في المبسوط حيث قال لان الرشد في المال مراد بالاجماع فلا يكون الرشد في الدين مرادا كيلا تعم النكرة المطلقة او لان الدفع معلق بايناس رشد واحد لانه نكرة في موضع الاثبات فلا يكون الرشد مرادا لانه حينئذ يكون معلقا برشدين انتهى فتدبر **قوله** ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف اقول يرد عليه النقض بالسفيه المصلح في دينه دون ماله على قوله لا محالة لان الاسلام فيه ايضا متحقق بل هو اقوى فلزم ان يكون من اهل الولاية فينبغي ان يكون واليا للتصرف ايضا غير محجور عليه كما ذهب اليه ابو حنيفة رحمه الله **قوله** ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي رحمه الله بسبب الغفلة وهو ان يغبن في التجارات الى آخره واعترض بانه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فانه ما حجر على حبان بن منقذ وكان يغبن في التجارات بل قال له قل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام فاثبت له البيع بشرط الخيار ولم يحجره واجيب بان الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم لما انه يتلف الاموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد كذا ذكره تاج الشريعة قال صاحب العناية بعد ذكر الاعتراض الجواب ورد بان ذلك لمنع المال وليس النزاع فيه انتهى وقال بعض الفضلاء ويجوز ان يقال يفهم منه الحجر ايضا بطريق الدلالة والا لم يفد المنع كما سبق من دليلها انتهى اقول ويجوز ان يرد هذا ايضا بان الحجر

فصل في حد البلوغ **قال** بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة عند ابي حنيفة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك حتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا رح اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة رح وهو قول الشافعي رح وعنده في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد ان يطعن في السابع عشرة سنة ويتم له ثمانية عشرة سنة وقيل في الجارية تسع عشرة سنة وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة اما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال كذا في المحيط ولان الحبل فعل كل ذلك علامة البلوغ ولدى المدة لذلك في حق الغلام ثماني عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين ولان الحسن قدرها بالثانية في ان البلوغ لا يتاخر عنها من هذه المدة وقوله تعالى حتى يبلغ اشده واشد الصبي ثماني عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس وتابعه القتبي هذا اقوال **قال** واذا راهق الغلام والجارية فيما فيه يثبت الحكم عليه للمتيقن به غير ان الاناث تشوهن وادرار اللبن اسرع فتنقضي في خمس سنين لاستمرارها على الفصول الاربعة التي توافي واحدة منها المزاج لاحالة الحكم كذا في الكافي

فصل في حد البلوغ فقال حد بلغت فالقول قوله واحكامه احكام البالغين لانه معنى لا يعرف الا من جهتها ظاهرا فاذا اخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولها فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض

باب الحجر بسبب الدين

قال ابو حنيفة رح لا حجر في الدين واذا وجب دين على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم احجر عليه لان في الحجر اهدار اهليته فلا يجوز للدفع ضرر خاص

ابلغ من منع المال في العقوبة كما مر في دليل ابي حنيفة رح على عدم الحجر على السفيه فاني يفهم من منع المال الحجر بطريق الدلالة وان منع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد كما مر هذا ايضا في دليله جوابا عن قولهما المنع لا يفيد بدون الحجر فيسقط قول ذلك القائل ههنا والا لم يفد المنع كما سبق من دليلهما وقال الشارح العيني بعد نقل ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الغاية قلت فيه نظر لان في حديث حبان بن منقذ نوع حجر لانه عليه السلام اطلق له البيوع كلها بالخيار فصار كالمحجور في البيوع المطلقة فافهم انتهى اقول ليس ما قاله شيء اذ لا شك انه لا حجر في الحديث المزبور على حبان في شيء بل فيه ارشاده الى ما يليق به من شرط الخيار في البيع وقول الشارح المذكور فصار كالمحجور في البيع المطلقة يشعر باعترافه ايضا بانه لم يصر محجورا عليه حقيقة في شيء فلا يجدي ما قاله شيئا ههنا ولو سلم دلالة الحديث على كونه محجورا عليه في البيوع المطلقة اي في البيوع التي لم يشترط فيها الخيار فلا يقع لها في رفع مادة الاعتراض ههنا فان مذهب الامامين والشافعي رح ان الحجر القاضي على المغفل في بيوعه مطلقا اي سواء شرط فيها الخيار ام لا فيدل على ان الحجر على المغفل في البيوع التي شرط فيها الخيار خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديث حبان بن منقذ

فصل في حد البلوغ البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انتهاء الصغر ولما كان الصغر احد اسباب الحجر لم يكن بد من بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك **قوله** وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه المتيقن به اقول يرد على قوله المتيقن به اعتراض قوي وهو انه لا شك ان المتيقن به في بلوغ الصبي اشده انما هو اكثر ما قيل في اشده المبهم دون اقل ما قيل فيه منها لانه اذا بلغ الاكثر منها فقد بلغ الاقل منها دون العكس نعم وجود الاقل في نفسه لا يستلزم وجود الاكثر بخلاف العكس لكن ليس الكلام ههنا في وجود مدة في نفسها بل في كون تلك المدة اشد الصبي المتيقن به فيه انما هو اكثر ما قيل في اشده بلا ريب ثم اني لم ار احدا من الشراح حام حول هذا الاشكال سوى تاج الشريعة وصاحب الكفاية فانهما قالا فان قيل ينبغي ان يقال بالاكثر لانه المتيقن اذ الادنى يكون في الاكثر دون العكس قلنا اول الآية ولا تقربوا مال اليتيم الى قوله حتى يبلغ اشده والله تعالى مد الحكم الى غاية الاشد واقل ما قيل في تفسيره ثماني عشرة وهو المتيقن اذ لو مد الى اقصاه لا بد ان يمد الى ثماني عشرة ولو مد اليها لا يكون ممتدا الى اقصاه وكانت ثماني عشرة متيقنا في كون الحكم ممتدا اليها فيبنى الحكم عليه انتهى اقول في الجواب نظر لان الاشد في الآية الكريمة المذكورة منتهى الحكم السابق وغايته كما يدل عليه قطعا قوله تعالى حتى يبلغ اشده فمجرد دخول مد الحكم السابق الى ثماني عشرة في مدة الى اقصى ما قيل في تفسير الاشد لا يلزم كون ثماني عشرة منتهى الحكم السابق وغايته حتى يلزم كونها اشده فيها اذا مد الحكم الى اقصاه ايضا وانما يلزم وجودها في نفسها في ضمن وجود مدة اكثر منها فلم يكن متيقنا بها من حيث كونها الاشد بل من حيث وجودها في نفسها والمطلوب ههنا هو الاول دون الثاني فلا يتم التقريب والحق في اصل التعليل ان يقال وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه الاحتياط كما وقع في الكافي والتبيين الا انه قال في الكافي بعد قوله للاحتياط ولانه متيقن به واما في التبيين فقد اكتفى بقوله للاحتياط وهو الاصوب

باب الحجر بسبب الدين عقب هذا الباب بالحجر بسبب الدين وما قبله بالحجر للفساد واما على قولهما فقط كما قالوا في فصل تكبيرات التشريق من كتاب الصلوة وفي باب مقاسمة الجد من علم الفرائض لان ابا حنيفة رح لا يرى شيئا منها واما على قولهم جميعا بناء على تعلق نظر كلهم بذلك اثباتا منهما ونفيا منه ثم ان الحجر بسبب الدين لما كان مشروطا بطلب الغرماء كان فيه وصف زائد فصار بالنظر الى ما قبله بمنزلة المركب من المفرد فلا جرم

اثر تاخيره عنه **قوله** قال ابو حنيفة رحمه الله لا حجر في الدين اذا وجب دين على رجل وطلب غرماؤه حبسه الحجر عليه لا حجر عليه لان في الحجر عليه اهدار اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص قال صاحب الغاية في هذا المقام وابو حنيفة رحمه الله لا يجوزه لان فيه اهدار اهليته وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الاعلى الادنى انتهى اقول لا يذهب عليك ان قوله فلا يترك الاعلى للادنى لا يناسب ما قبله من المقدمتين بل ينافيه في الظاهر فكان حق العبارة

فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر

ان يقال فلا يحمل الاعلى لدفع الادنى كما قاله المصنف رح في اوائل باب الحجر للفساد واشار اليه هنا بقوله فلا يجوز لدفع ضرر خاص وعن هذا قال بعض الفضلاء ولعل العبارة فلا يحمل وقوله فلا يترك سهو من الناسخ انتهى ثم اقول يمكن تصحيحه على النسخ الآن بوجوه الاول ان يحمل المراد بالاعلى في قوله فلا يترك الاعلى للادنى على اهلية المديون للاعلى اهدار اهليته وبالادنى على المال نفسه لاعلى ضرر وهو يشير اليه انه قال للادنى ولم يقل لدفع الادنى كما قاله المصنف رح ولا شك ان كون اهدار اهليته ضررا فوق ضرر المال انما هو بسبب كون اهليته اعلى اي اشرف وكون المال ادنى اي اخس كان ضرر فوت الاشرف فوق ضرر فوت الاخس لا محالة فان قلت المطابق لقوله في السؤال الآتي وانما يكون الاول اعلى ان لو كان في شخص واحد ان يكون المراد بالاعلى اهدار الاهلية وبالادنى ضرر اتباعه قلت التطبيق بالمفهومين في عين المراد غير لازم فان خلو نفس الاهلية شرفا وعلو اهدارها ضررا لتلازمهما كذا ذاته نفس المال وذاته ضرره فجاز ان يراد بالاعلى والادنى في موضع نفس الاهلية ونفس المال وفي موضع آخر ضرر هما ويحصل بهذا القدر ما هو المقصود في كل من الموضعين كما لا يخفى على المتأمل والثاني ان يحمل الترك المنفي في قوله فلا يترك على معنى الابقاء فيكون معنى قوله فلا يترك الاعلى للادنى فلا يبقى الضرر الاعلى لاجل الضرر الادنى اي لاجل دفعه ومجيء الترك بمعنى الابقاء واقع في التنزيل كقوله تعالى وتركنا عليه في الآخرين اي ابقينا ثناء عليه في القاموس وشائع في كلام المصنفين حيث يقولون ترك على حاله ووقع في كلام المصنف رح ايضا في هذا الباب حيث قال ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي فان قلت معنى الابقاء لا يناسب هذا المحل لان المتبادر من نفي ابقاء اهدار الاهلية تحقق اهدارها اولا فاذا انتفى فرع التحقق ومذهب ابي حنيفة رح ان لا يجوز اهدار اهلية الانسان راسا لان فيه الحاقه بالبهائم قلت لا نسلم تبادر ذلك في صورة النفي وكون انتفاء فرع التحقق انما هو في الثبوت ولئن سلم ذلك فيمكن ان يلزم الحمل على خلاف المتبادر من ظاهر اللفظ لقرينة المقام والثالث ان يحمل كلمة لا في قوله فلا يترك على الزائدة كما في قوله تعالى لئلا يعلم اهل الكتاب وقوله تعالى لا اقسم بهذا البلد وغيرهما من الامثلة فان قلت قد عينت مواقع زيادة لا في اكثر كتب النحو اما مع الواو بعد النفي وثانيها بعد ان المصدرية وثالثها قبل القسم على قلة ورابعها مع المضاف على الشذوذ وما نحن فيه ليس منها في شيء قلت ذكر ابن هشام في مغني اللبيب وقوع لا الزائدة في مواضع من التنزيل وعد منها قوله تعالى وما يشعركم انها اذا جاءت لا يؤمنون فيمن فتح الهمزة وقال فقال قوم منهم الخليل والفارسي لا زائدة والا كان عذر الكفار وعدمها ايضا قوله تعالى وحرام على قرية اهلكناها انهم لا يرجعون وقال فقيل لا زائدة والمعنى ممتنع على قرية قدرنا اهلاكها لكفرهم انهم يرجعون عن الكفر الى قيام الساعة انتهى ولا يخفى ان هذين الموضعين ليسا من المواقع الاربعة المعينة وموافقين لما نحن فيه فكفى بها حجة لهذا الوجه الثالث فان قلت لا ينتظم حينئذ آخر الكلام وهو قوله للادنى اذ لا معنى لان يقال يترك الضرر الاعلى للضرر الادنى فان ترك الضرر الاعلى ليس للضرر الادنى بل لكونه اشد واقبح منه ثم ان لم يكن معنى قوله للادنى لدفع الادنى واما اذا كان معناه ذلك كما هو الظاهر فنساد المعنى اظهر اذ يصير المعنى اذ ذاك فيترك الضرر الاعلى لدفع الضرر الادنى فيلزم ان لا يحمل شيء من الضررين وليس كذلك قطعا قلت يمكن نظم ذلك بان يحمل اللام في قوله للادنى على معنى عند فيكون معنى الكلام فيترك الضرر الاعلى عند تيسر الضرر الادنى لوجوب اختيار اهون الشرين وهذا معنى مستقيم كما ترى ومجيء اللام بمعنى عند قد ذكره ابن هشام في مغني اللبيب ومثله بقولهم كتبته لخمس خلون وقال وجعل منه ابن جني قراءة قوله تعالى بل كذبوا بالحق لما جاءهم بكسر اللام وتخفيف الميم انتهى والانصاف ان هذا الوجه ابعد الوجوه التي ذكرناها لتوجيه كلام صاحب العناية ههنا لكن مقصودنا بيان جملة ما لوحظ من الاحتمالات في توجيه كلامه بحسب الامكان على القواعد العقلية والنقلية ثم قال صاحب العناية فان قيل اهدار الاهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول اعلى لو كانا في شخص واحد فالجواب ان ضرر الدائن يندفع بالحبس لا محالة والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ولو لم يكن اعلى ما اندفع به ضرر الدائن واهدار الاهلية اعلى من الحبس فيكون اعلى من

ضرر الدائن انتهى كلامه اقول لا يصلح السؤال منع كون ابداء المديون اعلى ضررين ضرر الدائن مستند اكونهما شخصين دون شخص واحد وحاصل الجواب اثبات المقدمة
المنوعة بطريق قياس المساواة بجامع يظهر منه بطلان السند ايضا تقريره ان ابداء الاهلية على ضرر من الجنس والجنس اعلى ضرر من ضرر الدائن
بملاحظة مقدمة مقررة وهي ان الاعلى من الاعلى من الشيء الاعلى من ذلك الشيء ولا شك ان هذا القياس يقتضي كون ابداء الاهلية على ضرر من ضرر الدائن وان كانا
في شخصين فسقط المنع وبطل السند ولكن لما كان في المقدمة الثانية من القياس المزبور وهي قولنا والحبس اعلى ضرر من ضرر الدائن نوع خفاء بينها الشارح المذكور
اولا بما حاصله ان ضرر الدائن يندفع بالحبس والم يكن الحبس اعلى ضرر من ضرر الدائن لما اندفع بهذا بذاك ثم ذكر المقدمة الاولى والنتيجة بظهورها بلا بيان ثم اقول
في الجواب بحث اما اولا فلان قوله ان ضرر الدائن يندفع بالحبس لا محالة في حيز المنع لجواز ان يختار المديون الحبس ابدا ولا يوفي حق الدائن فلا يندفع حينئذ
ضرر الدائن واما ثانيا فلان الحبس لو كان اعلى ضررين ضرر الدائن لما جاز الحبس عند ابي حنيفة رحمه الله بناء على مقتضى قوله لا تحمل الضرر الاعلى لدفع ضرر الادنى كما هو
الاساس في اثبات مذهبه في هذه المسئلة مع ان الحبس جائز بالاجماع ومتعين عند ابي حنيفة رح ويمكن ان يجاب عن الاول بان اختيار المديون الحبس الابدي مع
قدرته على اداء الدين بعيد غير واقع في العادة الا بغاية الندرة وبنى الاحكام الشرعية على الغالب الاكثر وعن الثاني بان الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن
بل هو مع ذلك جزاء لظلم المديون الدائن بالمماطلة وقد صرح المصنف في فصل الحبس من كتاب القضاء بكون الحبس جزاء المماطلة حيث قال واذا ثبت
الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه امره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها واشار اليه الشارح المذكور في اثناء الجواب
المزبور بقوله والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ولعل قصده الاشارة اليه كان باعثا على ذكره هذه المقدمة اثناء الجواب والا فلا مدخل لها اصلا في اثبات
المقدمة الممنوعة في السؤال كما ظهر من تقريرنا السابق فاذا كان كذلك فاعتبار الحبس للمجازاة الشرعية مع اندفاع المال عن الدائن به ايضا لا لمجرد
دفع هذا الضرر الذي هو ادنى من ضرر الحبس حتى ينتقض به قول ابي حنيفة رح لا تحمل الاعلى لدفع الادنى فان قلت هب ان الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال عن
الدائن بل له وجزاء ظلم المماطلة معا لكن يندفع به ظلم المماطلة ايضا كما يفصح عنه قول المصنف رح فيما بعد ولكن يحبسه ابدا حتى يتبعه في دينه ايفاء الحق الغرماء
ودفعا لظلمه انتهى فيقاس المقدمة المذكورة في الجواب القائلة ولو لم يكن اعلى ما اندفع به ضرر الدائن يقال ولو لم يكن الحبس اعلى من ظلم المماطلة لما اندفع به
ذلك الظلم فيلزم ان يكون الحبس اعلى من ظلم المماطلة ايضا فيعود انتقاض قوله لا تحمل الاعلى لدفع الادنى بالحبس قلت المندفع بالحبس ظلمه الآتي والجزاء
بقول المصنف رح فيما بعد ودفعا لظلمه لا ظلمه الماضي اذ لا مجال لدفع ما تحقق فيما مضى من المماطلة لانها عرض لا يبقى والذي جعل الحبس جزاء له انما هو ظلمه
الماضي واختيار الحبس لمجازاة ظلمه الماضي مع دفع ظلمه الآتي ودفع ضرر المال عن الدائن ايضا فلا يمشي النقض بالنظر الى مجازاة ظلمه الماضي كما لا يخفى
ولئن سلم كون الحبس اعلى من ظلمه مطلقا ومن ضرر الدائن فنقول ان قوله لا تحمل الاعلى لدفع الادنى في قول على موجب القياس والحبس قد ثبت بالنص
من كتاب وسنة على ما صرحوا به في فصله وفصلوه فيترك به القياس بخلاف الحجر بسبب الدين فانه لم يثبت بنص فيجري فيه القياس ويسقط النقض بالحبس
قطعا لا يقال الحجر بسبب الدين ايضا ثبت بالنص وهو ما روي ان معاذا لكثرة ديون فباع عليه صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه
بالحصص كما ذكر في البدائع والتبيين وبعض شروح هذا الكتاب دليلا على قول الامامين في هذه المسئلة لانا نقول اجابوا عنه في تلك الكتب ايضا عن قبل
ابي حنيفة رح بان بيع النبي صلى الله عليه وسلم مال معاذ كان باذنه استعانا بالنبي عليه السلام وقالوا والدليل عليه ان بيع ماله لا يجوز حتى يامره ويابى
ولا يظن بمعاذ رضي الله عنه ان يخالف امر رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال في البدائع مع ما روي انه طلب من رسول الله صلى الله عليه وسلم

ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه لانه حق الغرماء وصحة الظاهر وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف دفعا لاضرار حق الغرماء لان الحجر على العقل انما جوزناه لنظر العاقل وفي هذا النظر للغرماء وذلك مساه فيحجر ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما منعه من البيع ان يكون باقيا من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع خطر فلا يتم منه قال وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عند محمد لان البيع مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الهبة والصدقة قلنا التسمية موجودة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك لجواز الهبة والصدقة والمحبس بقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف وان صح البيع كان الحبس اضرارا بهما اما اخذ حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا قال وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير امره وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه فللقاضي ان يعطيه وان كان دينه دراهم وله دنانير او على عكس ذلك باعها القاضي في دينه وهذا عند ابي حنيفة استحسان والقياس ان لا يبيعه كما في العروض هذا لان لصاحب الدين ان ياخذ بجنس حقه لا استحسان انهما مختلفان في الصورة فيما لو نظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولا يد للتصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عمله بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها واعيانها اما النقود فمسائل اقامة وبيع في الدين النقود اثمان العروض قد العقار يبدأ بالايسر فالايسر فانه من السابعة الى قضاء الدين موهوما او اجانب المديون ويتوزع عليه حبست من ثياب بدنه ويباع الباقي لان به كفاية وقيل دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس قال فان اقر في حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الدين لانه تعلق بعد المال حق الاولين فلا يمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم

ان بيع مال الدين بركته فيصير بينه متفسيا بركته انتهى فظهر انه لا نص يدل على جواز الحجر بسبب الدين فتعين ان المدار فيه هو القياس وتحقيق هذا المقام على هذا المنوال من الاسرار التي وقفت لها بتوفيق الله تعالى ثم ان من العجائب ههنا اني قد ابتليت في زمان من الازمان بان امتحن مع بعض من عدمن الالى والاعيان لاجل بعض من المدارس في يوم واحد من كتب ثلثة الهداية وشرح المواقف وشرح المفتاح فاتفق ان يقع البحث من هذا الكتاب في اول هذا الباب وكان استخراج بعض من اصحاب الامتحان في هذا المقام على ان تكون كلمة لو في قول صاحب العناية في الجواب ولو لم يكن اعلى لما اندفع به ضرر الدائن وصلية فجعل كلمة اعلى مضافة الى كلمة ما وجعل كلمة ما موصولة فبنى على هذا الاستخراج خرافات من الاوهام فلما عرض ذلك على الصدرين اللذين كانا حكمين في ذلك الامتحان بنيا بطلانه وشنعا عليه جدا ومع ذلك لم يرجع عن رائه الباطل بل اصر عليه وراجع بعض الوزراء واستعان بشهادة بعض من جملة المدرسين بالمدارس العالية توقع النزاع وشاع الامر حتى كاد تقع فتنة عظيمة ولله در من قال رحم الله امرا عرف قدره ولم يتعد طوره **قوله** ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه اقول يرد على ظاهر عادة المصنف رح ههنا ما اورده صاحب العناية على نظيره في اوائل باب الحجر للفساد بان قال تسامح عبارته في الجمع بين الابد وحتى ظاهر ويمكن توجيه عبارته ههنا ايضا بما وجهنا به عبارته هناك من حمل الابد على الزمان الطويل الممتد ويمكن ههنا توجيه آخر وهو ان تكون كلمة حتى ههنا بمعنى كي دون الى فيصير معنى الكلام ولكن يحبسه ابدا لبيعه فلا مسامحة في الجمع اصلا اذ المسامحة انما هي في الجمع بين الابد وحتى بمعنى الانتهاء دون السببية كما لا يخفى نعم لا يقصد بالابد معنى الدوام البتة ولكنه امر آخر والمسامحة في الجمع تامل تقف **قوله** وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه اقول القائل ان يقول لا يجب ان يكون المحجور عليه مفلسا بل يجوز الحجر على الغني ايضا عندهما نظرا للغرماء بل الحجر بسبب الدين انما تفيد فائدته في حق الغني دون المفلس كما لا يخفى على الفطن فذكر المفلس في وضع المسئلة يخل بحق لا يقال قد ذكر في النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة ان من مشائخنا من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس حتى لو حجر عليه ابتداء من غير ان يقضي عليه بالافلاس لا يصح حجره بلا خلاف والخلاف عندهما يتحقق في حالة الحيوة فيمكن للقاضي القضاء بالافلاس وبالحجر بناء عليه وعند ابي حنيفة رح الافلاس في حال الحيوة لا يتحقق فلا يمكنه القضاء بالافلاس اولا وبالحجر بناء عليه ومنهم من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة فعلى هذا القول المانع من الحجر عند ابي حنيفة رح كون الحجر متضمنا الحاق الضرر بالمحجور ولا تعلق له بالقضاء بالافلاس انتهى فيجوز ان يكون ذكر المفلس في وضع المسئلة في الكتاب بناء على اختيار قول من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس لانا نقول ما ذكر في الكتاب في تضاعيف بيان المذهبين في هذه المسئلة وتقريرهما كقوله في مذهب ابي حنيفة رح وان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر وقوله في مذهبهما لانه عساه يلجي ماله فيفوت حقهم وقوله فيه ايضا وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص بدل قطعا على ان ليس مدار ما في الكتاب على اختيار قول من قال مسئلة الحجر بناء على مسئلة القضاء بالافلاس اذ القضاء بالافلاس لا يتصور فيما اذا ظهر ماله وتلك الاقوال المذكورة في الكتاب صريحة في ظهور ماله بل مدار ما في الكتاب على اختيار قول من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة غير مبنية على مسئلة القضاء بالافلاس كما لا يخفى فالجواب ان يقال ليس المراد بالمفلس في قوله اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه معناه الحقيقي بل المراد به اما من يدعي الافلاس فيتناول الغني ايضا اذ الظاهر ان المديون الذي لا يودي دينه يدعي الافلاس وان كان غنيا في نفسه واما من حاله حال المفلس ولا شك ان الغني الذي لا يودي دينه حاله في عدم اداء الدين حال المفلس فلا يلزم تخصيص المسئلة بما هو مفلس حقيقة **قوله** ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء اقول وجه ذكر التصرف المطلق بين البيع والاقرار مع انهما من جنس التصرف ايضا غير واضح والعهدة في ذلك على القدوري لان هذه العبارة عبارة القدوري والمصنف رح معبر عنه ولكنه لو اصلحها بتصرف لكان يسع كما لا يخفى **قوله** وهذا عند ابي حنيفة رح استحسانا قال كثير من الشراح انما خص

بخلاف الاستهلاك لانه منشأها الاول وله ولد واستفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان حقهم لم يتعلق به لعدم وقت الحجر **قال** ويتفق على المفلس
من ماله على زوجته وولده الصغار ودوابه لانه مضطر حيث نفقته عليه لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه حق ثابت بغيره فلا يبطله الحجر وهذا
لو تزوج اما اذا كانت في مقدار مهر مثلها انسوة للغرماء **قال** فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه انما كون كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة
لوجوب النظر الى الميسرة وتعليل لذلك اقول كان الاولى والاظهر ان يقدم المصنف رح قوله الى ان قال على قوله وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب ادب
القاضي لئلا يعترض كلام نفسه اثناء نقل كلام القدوري فيورث التشويش للناظر في تعلق قوله الى ان قال بقوله فان لم يعرف للمفلس مال وان يترك قوله الى
ان قال وبقوله قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له كما هو عادته في سائر المواضع حتى يكون كلاما مستقلا كنظائره ولا يكون قلقا كما ذكره تبصر تفهم **قوله**
ويأخذون فضل كسبه بقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة اقول لقائل ان يقول هذا التعليل قاصر عن افادة تمام المدعى لان استواء حقوقهم في القوة انما يفيد
عدم جواز تقديم بعضهم على البعض الآخر فيستدعي وجوب القسمة بينهم ولا يفيد ان تكون القسمة بينهم بالحصص اي بقدر حصة كل واحد منهم من الدين بل لو لم
لزوم الاستواء فيما اخذوه وتمام المدعى ههنا وجوب القسمة بينهم بالحصص لا مجرد وجوب القسمة بينهم فليتامل **قوله** لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب
ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضية المساواة قال صاحب العناية في تقرير هذا المحل لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن
والعجز عن ايفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما انه عقد معاوضة ومن قضية المساواة انتهى ورد بعض الفضلاء قوله

ابا حنيفة رح بالذكر وان كان هذا بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض وكان ينبغي ان لا يجوز في النقدين ايضا
لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف انتهى اقول اذكره وانما تيم ان لو كان عبارة المصنف رح وهذا عند ابي حنيفة رح بدون ذكر قوله استحسانا واما عند ذكر قيد الاستحسان
كما هو الواقع في كلام المصنف رح فقد كان ذلك مخصوصا بابي حنيفة رحمه الله في الحقيقة فان كون جواز بيع المتقدين بطريق الاستحسان دون القياس انما هو قول
ابي حنيفة رح فقط واما عندهما فيجوز بيع النقدين بطريق القياس فلا احتياج الى الاعتذار تدبر **قوله** بخلاف الاستهلاك قال جماعة من الشراح قوله بخلاف
الاستهلاك متعلق بقوله لزم ذلك بعد قضاء الديون يعني انه اذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤاخذ به بعد قضاء الديون فكان المتلف عليه اسوة لسائر
الغرماء انتهى كلامهم اقول في تفسيرهم نوع خلل اذ في صورة استهلاك مال الغير ليست المؤاخذة بضمانه متقدمة على قضاء الديون كما يوهمه قولهم يؤاخذ بضمانه
قبل قضاء الديون بل المؤاخذة بذلك مع قضاء الديون بمرتبة واحدة نعم قولهم فكان المتلف عليه اسوة لسائر الغرماء صريح المجموع بمرتبة واحدة لكن الكلام
في استدراك اول كلامهم بل اختلاله فالاظهر الاخصر ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال في شرح قول المصنف رح بخلاف الاستهلاك حيث يصير المتلف
عليه اسوة للغرماء بخلاف انتهى او ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال في شرح ذلك حيث يلزمه ضمانه في الحال ويكون المتلف عليه اسوة لسائر الغرماء انتهى
قوله ويتفق على المفلس من ماله على زوجته وولده الصغار اقول ليس المفلس ههنا على معناه الحقيقي كما عرفت نظيره بل عدم ارادة الحقيقة ههنا اظهر لان قوله من
ماله يأبى ارادتها قطعا وعن هذا وقع في الكافي وغيره بدل المفلس المديون فالمراد بلفظ المفلس في عبارة الكتاب المعنى المجازي على احد التوجيهين الذين ذكرتهما
فيما مر من قبل فتذكر **قوله** فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة اقول كان
لفظ مختصر القدوري والبداية ههنا هكذا وان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل
في يده كثمن المبيع وبدل القرض وفي كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة انتهى وقد ترك المصنف رح في النقل بعض ذلك من البين كما ترى ولم يظهر لي وجه
لذلك سوى الحمل على النسيان من المصنف رح عند كتب هذه المسئلة في الهداية لامر يعتري الانسان في بعض الاحيان على مقتضى البشرية **قوله** الى ان قال
وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له قوله الى ان قال متعلق بقوله قال فان لم يعرف للمفلس مال يعني قال القدوري في مختصره فان لم يعرف للمفلس مال
الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له وقوله يعني على سبيل تفسير من المصنف لمراد القدوري بقوله وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له وقوله
لوجوب النظر الى الميسرة تعليل لذلك اقول كان الاولى والاظهر ان يقدم المصنف رح قوله الى ان قال على قوله وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب ادب
القاضي لئلا يعترض كلام نفسه اثناء نقل كلام القدوري فيورث التشويش للناظر في تعلق قوله الى ان قال بقوله فان لم يعرف للمفلس مال وان يترك قوله الى
ان قال وبقوله قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له كما هو عادته في سائر المواضع حتى يكون كلاما مستقلا كنظائره ولا يكون قلقا كما ذكره تبصر تفهم **قوله**
ويأخذون فضل كسبه بقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة اقول لقائل ان يقول هذا التعليل قاصر عن افادة تمام المدعى لان استواء حقوقهم في القوة انما يفيد
عدم جواز تقديم بعضهم على البعض الآخر فيستدعي وجوب القسمة بينهم ولا يفيد ان تكون القسمة بينهم بالحصص اي بقدر حصة كل واحد منهم من الدين بل لو لم
لزوم الاستواء فيما اخذوه وتمام المدعى ههنا وجوب القسمة بينهم بالحصص لا مجرد وجوب القسمة بينهم فليتامل **قوله** لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب
ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضية المساواة قال صاحب العناية في تقرير هذا المحل لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن
والعجز عن ايفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما انه عقد معاوضة ومن قضية المساواة انتهى ورد بعض الفضلاء قوله

اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها الكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعه من التصرف والسفر دليل على انه يلازم معه اينما
دار ولا يحبسه في موضع لانه حبس فيه ولو دخل في دار الحاجة لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع
خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه المتضرر في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضي
ان يلحق عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخول داره خيفة حبسه دفعا للضرر عنه ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلازمها لما
فيها من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأة امينة تلازمها **قال** ومن افلس عند رجل متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء
فيه وقال الشافعي رح يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه يحجر المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم
المبيع وهذا لانه عقد معاوضة وقضية المساواة وصار كالسلم وكذا ان الافلاس يوجب الرجوع في المسلم فيه وهو غير مستحق بالعقد فلان يثبت حق الفسخ باعتبار المستحق
وصف في الدين اعني الدين وقبض العين تحقق بينهما حبا دلالة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا ترى موضع النقد والسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطى للعين حكم الدين والله اعلم

كتاب الماذون

الاذن هو الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا

والجامع بينهما انه عقد معاوضة حيث قال فيه يبحث بل العلة الجامعة هي العجز عن التسليم وقوله وهذا لانه عقد معاوضة الى آخره لبيان صحة القياس فليتامل انتهى اقول
ليس ذاك بسديد لان مجرد العجز عن التسليم لا يكاد ان يكون علة جامعة في صحة القياس ههنا بدون ملاحظة كون العقد عقد معاوضة والا لزم ان يوجب العجز
عن التسليم حق الفسخ في غير عقد المعاوضة ايضا ولم يقل به احد فالمدار في تحقق العلة الجامعة ههنا كون البيع عقد معاوضة وهو الوجه لبيان المصنف رح صحة
القياس ههنا بقوله وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضية المساواة والقول بان الجامع بينهما انه عقد معاوضة ومن قضية المساواة ليس مما تفرد به صاحب النهاية
بل اطبقت على التصريح به كلمة الثقات ههنا كصاحب الكافي وصاحب معراج الدراية والامام الزيلعي وغيرهم

كتاب الماذون

ايراد كتاب الماذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضي سبق الحجر فلما ترتبا وجودا ترتبا ايضا ذكرا وبالتناسب **قوله** الاذن الاعلام لغة
اقول لم ار قط في كتب اللغة المتداولة بين الثقات يجيء الاذن بمعنى الاعلام وانما المذكور فيها كون الاذان بمعنى الاعلام فقوله الاذن الاعلام لغة محل نظر
يظهر ذلك لمن يراجع كتب اللغة نعم قد وقع في كلام كثير من المشايخ في كتب الفقه تفسير معنى الاذن لغة بالاعلام كما ذكره المصنف رح ولعلهم تسامحوا في التعبير
عبروا عن معنى الاذن من اذن له في الشيء اذنا اي اباحه كما صرحوا به في القاموس بما يلازمه عادة من الاعلام ولا يخلو عن نوع الايماء اليه ما ذكره صاحب النهاية
حيث قال يحتاج ههنا الى بيان الاذن لغة وشرعا ثم قال اما اللغة فالاذن في الشيء رفع المانع لمن هو محجور عنه واعلام باطلاقه فيما حجر عنه من اذن له
في الشيء اذنا انتهى ثم ان من المستبعد ههنا ما ذكره الامام الزيلعي رح حيث قال في التبيين والاذن في اللغة الاعلام ومنه الاذان وهو الاعلام بدخول الوقت
انتهى وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال في فصل شرائط الركن من كتاب الماذون لان الاذن هو الاعلام قال الله تعالى واذان من الله ورسوله اي
اعلام انتهى فان مدار ما ذكراه اتحاد الاذن والاذان حيث استشهدا بمعنى احدهما على معنى الآخر وليس كذلك قطعا والاظهر في تفسير معنى الاذن لغة ما ذكره
شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه حيث قال اما الاذن فهو الاطلاق لغة لانه ضد الحجر وهو المنع فكان اطلاقا عن شيء اي شيء كان انتهى **قوله** وفي الشرع
فك الحجر واسقاط الحق عندنا قال في غاية البيان يعني ان العبد كان محجورا عن التصرف لحق المولى فاذا اذن له المولى اسقط حق نفسه انتهى وقال في النهاية
اي اذن المولى لعبده في التجارة واسقاط الحق نفسه الذي كان العبد لاجله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل اذنه وبالاذن اسقط حق نفسه عنده
انتهى وقال في العناية فان المولى اذا اذن عبده في التجارة اسقط حق نفسه الذي كان العبد لاجله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل اذنه انتهى
وقال تاج الشريعة لانه كان للمولى حق في رقبة العبد فقبل الاذن لا يتعلق الديون برقبته ولا بكسبه وبعد الاذن يسقط هذا الحق وتعلق الديون بهما انتهى
وقال في الكفاية وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق وهو حق المولى مالية الكسب والرقبة فانه يمنع تعلق حق الغير لهما صونا لحق المولى وانه بالاذن اسقط
حقه انتهى فتلخص من المجموع ان المراد بالحق ههنا حق المولى وقد افصح عنه المصنف رح فيما بعد حيث قال والحجارة عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه
الا موجبا تعلق الدين برقبته او بكسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذن كيلا يبطل حقه من غير رضاه انتهى قال صاحب الاصلاح والايضاح المراد بالحق
ههنا حق المنع لا حق المولى لانه مع اختصاصه باذن العبد غير صحيح لان حق المولى لا يسقط بالاذن ولذلك يأخذ من كسبه جبرا على ما سيأتي والمسقط هو المولى
ان كان الماذون رقيقا والولي ان كان صبيا انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان كون المراد بالحق ههنا حق المنع لا ينافي كونه حق المولى بل يقتضيه لان حق المنع
المتعلق بالعبد هو حق المولى لا حق غيره فان معنى حق المنع حق هو منع عن التصرف على ان تكون الاضافة بيانية ومعنى حق المولى حق هو للمولى على ان يكون الاضافة

والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته لانه بعد الرق باق على اهلية التصرف بلسانه الناطق وعقله المميز والحجر لحق المولى لانه ما عجز نصه فيه الا موجبا لتعلق الدين برقبته او كسبه وذلك مال المولى فلا يلزم ان يكون سببا حقه من غير رضاه وهذا لا يوجب فيما الحقيق من العهدة على المولى

بمعنى اللام ولا ريب ان الحق الذي هو منع العبد عن التصرف انما يكون للمولى لا لغيره فكان حقا له قطعا واما ثانيا فلانه ان اراد بقوله لان حق المولى لا يسقط بالاذن انه لا يسقط به اصلا فممنوع كيف وسياتي انه اذا لزمه ديون محيط بكسبه ورقبته تعلقت بكسبه ورقبته جميعا فيباع كل ذلك للغرماء فيسقط حق المولى في كسبه ورقبته جميعا لا محالة وان اراد بذلك انه لا يسقط به في الجملة كما اذا لم يحط بها ديون فمسلم لكن لا يجدي نفعا اذ ليس المراد باسقاط الحق في معنى الاذن شرعا اسقاطه بالكلية البتة بل المراد به اسقاطه في الجملة وذلك يتحقق في صورة احاطة الدين بل في صورة عدم احاطته ايضا بالنظر الى البعض الساقط بمقدار الدين كما لا يخفى واما اختصاص حق المولى باذن العبد فلا يضر اذ المقصود بالذات في كتاب المأذون بيان اذن العبد وانما يبين فيه اذن الصبي ايضا على سبيل التبعية فيجوز ان يكون ما اراد ذكره تفسير الاذن في الشرع على ما هو المقصود بالذات في كتاب المأذون ثم ان صاحب النهاية قال واما حكمه فما هو التفسير الشرعي وهو فك الحجر الثابت بالرق شرعا عما يتناوله الاذن لا الانابة والتوكيل لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت بالاذن في التجارة فك الحجر عن التجارة وقال هذا ما ذكره في المبسوط والايضاح والذخيرة والمغني وغيرها انتهى وقد اقتفى اثره الامام الزيلعي حيث قال في التبيين وحكمه هو التفسير الشرعي وهو ما ذكرنا من فك الحجر انتهى اقول كون حكم الاذن ما هو تفسيره الشرعي غير معقول المعنى لان حكم الشيء على ما تقرر عندهم انما هو اثره الثابت به المترتب عليه وقد اشار اليه صاحب النهاية ايضا بقوله لان حكم الشيء ما يثبت به ولا يذهب على ذي مسكة ان ما يثبت بالشيء ويصير اثرا مترتبا عليه لا يصلح ان يكون تفسيرا لذلك الشيء محمولا عليه بالمواطاة ثم اقول ليس المذكور في الذخيرة وغيرها ان حكمه ما هو تفسيره الشرعي بل المذكور فيها هكذا واما بيان حكمه فيقول حكمه شرعا عندنا فك الحجر الثابت بالرق شرعا عما يتناوله الاذن لا الانابة والتوكيل لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت في الاذن في التجارة فك الحجر عن التجارة انتهى فيجوز ان يكون المراد بفك الحجر المذكور فيها ما هو مصدر من المبني للمفعول فيؤول الى معنى انفكاك الحجر ويصير صفة للحجر ولا شك ان المراد بفك الحجر المذكور في تفسير الاذن شرعا ما هو مصدر من المبني للفاعل وصفة للاذن فيصح ان يكون المذكور في تلك الكتب حكما للاذن الشرعي اذ لا ريب ان الانفكاك اثر ثابت بالفك كالانكسار مع الكسر ثم ان الاظهر في بيان حكم الاذن ما ذكره صاحب غاية البيان وعزاه الى التحفة حيث قال واما حكمه فملك المأذون ما كان من قبيل التجارة وتوابعها وضروراتها وعدم ملكه ما لم يكن كذلك الى هذا اشار في التحفة وذلك لان حكم الشيء ما يثبت بالشيء والثابت بالاذن ما قلنا وكان حكمه الى هنا كلامه **قوله** والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق باق على اهلية التصرف بلسانه الناطق وعقله المميز فان قيل المأذون عديم الاهلية لحكم التصرف وهو الملك فينبغي ان لا يكون اهلا لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية انما تراد لحكمها وهو ليس باهل لذلك فلا يكون اهلا لسببه اجيب بان حكم التصرف ملك اليد والرقيق اهل لذلك الا يرى ان استحقاق ملك اليد يثبت للمكاتب مع قيام الرق فيه وهذا لانه مع الرق اهل للحاجة فيكون اهلا لقضائها وادنى طريق قضائها ملك اليد فهو الحكم الاصلي للتصرف وملك العين شرع للتوصل اليه فما هو الحكم الاصلي يثبت للعبد وما وراء ذلك تخلفه المولى فيه وهو نظير من اشترى شيئا على ان البائع بالخيار ثم مات فمتى اختار البائع البيع تثبت ملك العين للوارث على سبيل الخلافة عن المورث يتصرف باشره المورث بنفسه كذا ذكر في كثير من شروح هذا الكتاب وفي عامة كتب الاصول اقول فيه بحث لانهم ان اراد وان الرقيق له ملك اليد باهليته الاصلية الذاتية كما هو المتبادر من كلامهم يشكل ما تقرر عندهم من ان المكاتب مملوك لمولاه رقبة لا يدا والمدبر مملوك له يدا لا رقبة والقن مملوك له رقبة ويدا فان الرقيق اذا كان مالكا يده فكيف يكون مملوكا لمولاه يدا في صورة ان كان قنا او مدبرا وان اراد وان له ملك اليد باهليته المكتسبة من مولاه بالاذن او الكتابة فلا يتم التقريب اذ كلام المصنف رح وغيره صريح في ان اصل اصحابنا ان العبد المأذون له متصرف لنفسه باهليته الاصلية الثابتة له بلسانه الناطق وعقله المميز فليتامل في التوجيه **قوله** ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى قال في العناية صحح المصنف رح كونه يتصرف باهلية نفسه بقوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى وهذا لان اول تصرف

ولهذا لا يقبل التوقيت حتى لو اذن لعبده يوما كان ماذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت بصير ماذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي رح ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا

يباشره العبد الماذون بالشراء لانه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف في ذمته بايجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الاداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا محالة ولهذا لو اقر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه المولى فكان الشراء حقا له وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الاذن ايضا لكن شرطنا اذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه انتهى وهذا حاصل ما ذكره صاحب النهاية ناقلا عن الذخيرة اقول يرد على ظاهر قوله لان اول تصرف يباشره العبد الماذون الشراء لانه لا مال الحقيقي يبيع انه لا يلزم من ان لا يكون له مال بيعه ان يكون اول تصرفه الشراء لجواز ان يكون اول تصرفه اخذ المضاربة او ايجاد نفسه فانه يملك كل واحد من ذينك التصرفين كما سيأتي في الكتاب لا يقتضي شيء منهما ان يكون له مال كما لا يخفى ويمكن ارادة ان يجوز بناء قوله المزبور على ما هو الاصل في التجارة وما هو الغالب وقوعا فيها ولا يخفى ان الاصل في التجارة هو البيع والشراء كما سيأتي التصريح به من المصنف رح وانما هو الغالب وقوعا في باب التجارة فعلى مقتضى ذلك البناء اذا لم يكن للعبد الماذون في اول تصرفه مال بيعه تعين الشراء ثمة وقال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب النهاية لان اول تصرف يباشره العبد الماذون الشراء بل اول تصرف يباشره مواجرة نفسه والجواب انه عند الخصم فان مواجرة نفسه غير جائزة عنده في اصح قوليه على ما يجيء انتهى اقول في كل من ايراده وجوابه سقامة اما في الاول فلانه قال بل اول تصرف يباشره مواجرة نفسه بطريق الجزم وكان الظاهر ان يقول بل يجوز ان يكون اول تصرف يباشره مواجرة نفسه على ان قوله مواجرة نفسه خطأ على ما ذكر في الاسرار والمغرب وكان الصواب ان يقول بدل ذلك ايجاد نفسه كما قلت فيما سر وما في الثاني فلانا لعبد اثبات ما قلنا ان العبد الماذون لا يتصرف بعد الاذن لنفسه بالبيع لا بعد والجواب عما قاله الخصم بل لم يقع التصريح من المصنف رح ههنا بما قاله الخصم اصلا فكيف يصح ان تحمل المقدمة المذكورة على مذهب الخصم في احد قوليه دون هذا على انها لو حملت على مذهب الخصم لم تسلم ايضا لجواز ان يكون اول تصرف يباشره اخذ المضاربة كما ذكرنا من قبل والخصم لا ينكر جواز ذلك فلم يبق الحمل على مذهبه فالذي يمكن في الجواب ما قدمناه لا غير قوله ولهذا لا يقبل التأقيت قال صاحب العناية وصحح المصنف رح كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التأقيت ثم قال فان قيل قوله فك الحجر واسقاط الحق مذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من وجهين احدهما انه ليس باستدلال وانما هو تصحيح النقل بما يدل على انه عندنا معرف بذلك كما اشرنا اليه والثاني ان حكمه الشرعي هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا انتهى كلامه اقول في كل من وجهي الجواب نظر اما في الاول فلان تصحيح النقل بما يدل على انه عندنا معرف بذلك عين الاستدلال فان ما يدل على ذلك هو الدليل وتصحيح النقل الثاني هو الاستدلال فما معنى قوله انه ليس باستدلال واما في الثاني فلان كون حكمه الشرعي هو تعريفه مما لا يكاد يصح لان حكم الشيء ما هو خارج عنه مباين له وان كان اثرا مترتبا عليه وتعريف الشيء ما هو محمول عليه بالحمل الذاتي متحد به في الذات فاني يكون احدهما هو الآخر وقد مر مثل ذلك من قبل والحق في الجواب ان يقال ليس الاستدلال المذكور على نفس التعريف حتى يرد ان التعريف لا يقبل الاستدلال عليه لانه تصور والتصور لا يكتسب من التصديق بل على الحكم الضمني كان يقال هذا التعريف صحيح وهذا التعريف مطابق لاصولنا او نحو ذلك ولا يخفى ان تلك الاحكام تصديقات تقبل الاستدلال عليها قطعا ونظير هذا ما حققوا في فن من ان المنع والنقض والمعارضة في التعريفات انما تتوجه الى الاحكام الضمنية لا الى نفس التعريفات تدبر ترشد قوله ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا قال الامام الزيلعي في التبيين بعد ان قال مثل هذا هكذا ذكر صاحب الهداية وغيره وذكر قاضي خان في فتاواه اذا رأى الراهن بيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن انتهى اقول كانه فهم المخالفة بين ما ذكره صاحب الهداية وغيره وبين ما ذكره قاضي خان في فتاواه وليس الامر كما فهمه اذ الظاهر ان مراد الامام قاضي خان ان سكوت المالك فيما اذا رأى عبده يبيع عينا من اعيان ماله لا يصير اذنا في حق ذلك التصرف الذي صادفه السكوت لا في حق سائر تصرفات ذلك العبد في باب التجارة مطلقا ويرشد اليه قوله وكذا المرتهن اذا رأى الراهن بيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن فان المراد هناك عدم صحة التصرف الذي صادفه السكوت بلا ريب ولا شك وكلام

لينا

الخصم في احد

ما في عبده يبيع عينا من اعيان ماله لا يصير اذنا وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لم يكن اذنا وكذا المرتهن لا يبطل الرهن انتهى

لان كل من رآه يظنه ماذونا له فيما يعامله فيتضرر به لو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم **قال** واذا اذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز
تصرفه في سائر التجارات ومعنى هذه المسئلة ان يقول له اذنت لك في التجارة ولا يقيده بوجه من التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما دون الدين بدون الاعيان لانه
اصل التجارة ولو باع او اشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة خلافا لهما هو يقول ان البيع بالفاحش منه منزلة البيوع حتى يعتبر
من الثلث من ماله فلا ينتظمه الاذن كالهبة ولهذا انه تجارة ذات العدد فتصرف باهليته نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف في الصبي المأذون ولهما في موضع موته بعينه من جميع
ماله اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما بقي لان الانتفاع في الحر على التلف بحق الورثة ولا ورثة للعبد اذا كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري سلم المحاباة والا نأخذ
البيع كما في الحر ولان يسلم ويقبل السلم لانه تجارة وله ان يوكل بالبيع والشراء لانه قد لا يتفرغ بنفسه **قال** ويرهن ويرتهن لانهما من توابع التجارة فانهما ايفاء واستيفاء
ويملك ان يقبل الارض ويستأجر الاجراء والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجارة ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح ويستخلفها ليزرعها في ارضه لانه يقصد به الربح قال
عليه السلام الزارع يتاجر ربه وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة ويأخذ مضاربة لانه من عادة التجار وله ان يؤاجر نفسه عند ابي حنيفة خلافا للشافعي وهو يقول الاعمال انما تقع على
نفسه فكان على منافعه لانها تابعة لها ولنا ان نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيها الا اذا كان تضمن ابطال الاذن كالبيع لانه يتجر به والرهن لانه يحبس به وهذا يحصل مقصود المولى اما
الاجارة لا يتجر به ويحصل بها المقصود وهو الربح فيملك **قال** فان اذن له في نوع من التجارة دون غيره فهو ماذون في جميعها وقال زفر والشافعي لا يكون ماذونا الا في ذلك النوع
صاحب الهداية وغيره على كون السكوت اذنا في حق التصرف الذي صادفه السكوت فيما اذا باع عينا علمه كالمولى لغير رضاه بل خلافه مصرح به في اكثر الشروح وعامة
المعتبرات قال في البدائع واما الاذن بطريق الدلالة فنحو ان يرى عبده يبيع ويشتري فلا ينهاه ويصير ماذونا في التجارة عندنا الا في البيع الذي صادفه السكوت
واما في الشراء فيصير ماذونا عند زفر والشافعي لا يصير ماذونا انتهى وقال في المحيط البرهاني قال محمد رحمه الله في الاصل اذا نظر الرجل الى عبده وهو يبيع ويشتري ولم ينهه
عن ذلك يصير العبد ماذونا في التجارة عند علمائنا الثلاثة واذا رأى عبده يبيع عينا من اعيان ماله فسكت يصير ماذونا في التجارة ولكن لا يجوز بيعه مال المولى قال محمد رحمه الله
وهذا بمنزلة ما لو رأى المولى عبده المسلم يشتري شيئا بالخمر والخنزير فسكت يصير العبد ماذونا في التجارة وان كان لا يجوز هذا الشراء وكذا ههنا انتهى فكيف يجوز حمل كلام
قاضيخان في فتاواه على خلاف ما نص عليه محمد رحمه الله في الاصل لقوله واذا رأى عبده يبيع عينا من اعيان ماله فسكت يصير ماذونا في التجارة فالوجه ان يحمل على ما مر

قوله ولكن لا يجوز بيعه مال المولى كما بيناه **قوله** لان كل من رآه يظنه ماذونا له فيما يعامله فيتضرر به لو لم يكن ماذونا له ولو لم يكن المولى راضيا لمنعه دفعا للضرر عنهم
قال صاحب العناية في تفصيل هذا التعليل فقلنا جعل سكوته حجة لانه موضع بيان اذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تفضي الى الحوق
ديون عليه واذا لم يكن ماذونا يتأخر المطالبة الى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضرار بالمسلمين باتوا حقهم ولا اضرار في الاسلام وليس للمولى فيه
ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان انه راض به اولا والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان انتهى واعترض بعض الفضلاء من جانب
الخصم على قوله والناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى حيث قال لهما ان يقولا ذلك لحماقة العامل حيث اغتر بمجرد السكوت ولم يسأل من المولى
ولذلك نظائر انتهى اقول ليس هذا بوارد لان العامل لا يغتر بمجرد السكوت بل يعتمد على ما جرى عليه العرف من ان من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويؤدبه عليه
وقد صرح به في الكافي وغيره حيث قالوا ولنا ان العادة جرت بان من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويؤدبه عليه فاذا لم ينه علم انه راض فيجعل سكوته اذنا دلالة
دفعا للضرر عن الناس فانهم يعتقدون ذلك الظاهر منه فيبايعونه حملا للفعل على ما يقتضيه الشرع والعرف كما في سكوت النبي عليه الصلوة والسلام عند امر يعاينه
عن التغيير وسكوت البكر وسكوت الشفيع انتهى فبعد ذلك كيف يحتاج الى السؤال من المولى وكيف يحمل العاقل عدم سؤاله على حماقته وهل يكون النظائر لما عاينه
دون خلافه ثم اقول بقي شيء في تقرير صاحب العناية وهو انه جعل ضرر المولى غير معتبر لكونه غير متحقق بناء على ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه وجعل ضرر المسلمين معتبرا
مع انه ايضا غير متحقق بناء على ان الديون قد يلحقه وقد لا يلحقه في الفرق والرجحان ولا بد من البيان ثم اقول في العناية فان قال عين ذلك التصرف الذي
رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا اذا رأى اجنبيا يبيع من ماله فسكت لم يكن اذنا والمرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذنا واذا رأى
رقيقه يزوج نفسه وسكت لم يكن اذنا فالفرق اجيب بان الضرر في التصرف الذي رآه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه في الحال ولا يثبت وليس في ثبوت الاذن في
غيره ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت اذنا بالنظر الى ضرر متوهم كونه اذنا بالنظر الى متحقق وهو الجواب عن بيع الاجنبي ماله
وفي الرهن لم يصر سكوته اذنا لان جعله اذنا يبطل ملك المرتهن عن الدين وقد لا يصل الى يده من محل آخر فكان في ذلك ضرر متحقق لا يقال الراهن ايضا يتضرر ببطلان
ملكه عن الثمن وترجيح ضرر المرتهن تحكم لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن الدين باق فكان اولى
واما الرقيق عبدا كان او امة اذا زوج نفسه فانما لم يصر السكوت فيه اذنا قال بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام ان السكوت انما يصير اذنا وجازة
دفعا للضرر ولا ضرر على احد في نكاح العبد والامة لان النكاح يكون موقوفا لان نكاح المملوك مملوك المولى لما فيه من اصلاح ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك
وليس لاحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفا ولكن فسخه فلا يتضرر به احد وقيل فيه نظر لانه لا كلام في ان نكاح الرقيق موقوف على اذن المولى واجازته وانما

بهذا الخلاف فاذا نهاه عن التصرف في نوع آخر فهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته فيثبت حكمه وهو الملك له دون العبد فلذا يملك
ويتخصص بما خصه كالمضارب ولنا انه اسقاط الحق فك الحجر على ما بيناه وعند ذلك يظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره
فثبتت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه **قال** وان
اذن له في شيء بعينه فليس بماذون لانه استخدام وقد صح ان يأمره بشراء ثوب للكسوة او طعام له زقا له او هذا لانه لو صار ماذونا ليس عليه ان يستخدم
بخلاف ما اذا قال اعمل كما شئت لانه طلب منه المال ولا يحصل الا بالكسب **قال** له اذا قصد صبيا او قصد الا انه اذن بشراء ما لا بد منه
فيه وهو نوع فصير ماذونا في الانواع **قال** واقرار الماذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع لان الاقرار من لوازم التجارة اذ لولاه لم يصر لاحد يعاملهم الناس مبايعة
ومعاملة ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن اذ الاقرار في محله وان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال كالمسبب لتجارته
لانه كالحجر في حقه **قال** وليس ان يزوج لانه ليس بتجارة ولا يؤجر مماليكه وقال ابو يوسف له ان يؤجر لانه من تحصيل المال بمنافعها فاشبه ايجارها ولهما ان الاذن يستفاد للتجارة وذا ليس
بتجارة لهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي **قال** ولا يكاتب لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة
المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلا يكون تجارة الا ان يعجزه المولى فلا دين عليه لان المولى قد رضي بصبر العبد ثانيا عنه رحم المحقق ابن الهمام الوكيل في الكتابة صفيرة

في ان سكوته اجازة اولا ولعل الصواب ان يقال ان في ذلك ضررا محققا للمولى فلا يكون السكوت اذنا الى هنا لفظ العناية وقال بعض الفضلاء وعندي ان النظر
غير وارد لان كون السكوت اذنا كان لاجل دفع الضرر فحيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل اذنا انتهى اقول كانه لم يفهم مراد من اورد النظر اذ لا كلام في ان كون
السكوت اذنا كان لاجل دفع الضرر وانما هو في ان نكاح الرقيق هل فيه ضرر ام لا اذ لا شك انه موقوف على اذن المولى فان كان سكوته اذنا تحقق الضرر فيه
والا فلا فحيث احتمل ان يكون سكوته اذنا في صورة تزويج الرقيق نفسه لم يفد كون نكاحه موقوفا على اذنه عدم ثبوت الضرر فيها وان بنى عدم ثبوت الضرر فيها
على عدم كون سكوته فيها اذنا لزم المصادرة اذ هو اول الكلام الذي طولب الفرق بينه وبين ما نحن فيه في اصل السوال وهذا هو المراد بقوله في النظر وانما هو في
ان سكوته اجازة اولا تامل تفت **قوله** وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر من التجارة بعد ان اذن له في نوع مخصوص منها فالخلاف فيه كالخلاف فيما
اذا سكت عن النهي عن التصرف في نوع آخر منها بعد ان اذن له في نوع مخصوص منها والحاصل انه سواء نهى عن ذلك النوع او سكت عنه يكون ماذونا في جميع التجارات
خلافا لزفر رح والشافعي رح كما ذكر في الايضاح ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية قال صاحب العناية في هذا المقام وكذا لو كان اذن اذنا عاما ثم نهاه عن نوع آخر انتهى
اقول هذا الشرح لا يطابق المشروح اذ المراد به ما قررناه آنفا يدل عليه لفظ آخر في قول المصنف رح اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر وياباه ذلك عما قاله صاحب العناية
قطعا وكيف ومسئلة الاذن العام مرت مع متفرعاتها في الصحيفة الاولى ونحن الآن بصدد بيان مسئلة الاذن في نوع خاص فلا معنى لخلط حديث الاذن العام
ههنا كما لا يخفى **قوله** ولنا انه اسقاط الحق فك الحجر على ما بيناه وعند ذلك يظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع اقول لقائل ان يقول ان اريد انه اسقاط
الحق بجملته وفك الحجر برمته فهو ممنوع كيف ولو كان كذلك لصح هبته واقراضه ونحوهما من التبرعات وليس كذلك قطعا كما سياتي في الكتاب وان اريد انه اسقاط
الحق وفك الحجر في بعض التصرفات فهو مسلم لكن لا يثبت به المدعى اذ لا يلزم منه اسقاطه وفكه في جميع التصرفات حتى يلزم ان يكون ماذونا له في جميعها كما هو
المدعى فان قلت المراد انه اسقاط الحق وفك الحجر في بعض معين من التصرفات وهو جنس التجارة والمدعى كونه ماذونا له في جميع هذا الجنس لا في جميع انواع
اجناس التصرفات فلا يرد النقض بالتبرعات ولا عدم ثبوت المدعى قلت فلقائل ان يقول ان اريد بقوله فلا يتخصص بنوع دون نوع انه لا يتخصص بذلك
اذا اطلقه ولم يقيده بنوع فهو مسلم لكن لا يجدي طائلا لان ما نحن فيه صورة التقييد وان اريد بذلك انه لا يتخصص بنوع دون نوع وان قيده بذلك فهو ممنوع كيف
وهلا يتوقف تمامه على اول المسئلة وهو ان يكون الاذن في نوع من التجارة اذنا في جميعها فيودي الى المصادرة على المطلوب فان قلت علل صاحب العناية
قول المصنف رح فلا يتخصص بنوع دون نوع بقوله لكون التخصيص اذ ذاك تصرفا في ملك الغير ان لو اطلق الاذن اولا فيحقق اسقاط الحق وفك الحجر على الاطلاق
وظهر مالكية العبد في التجارات مطلقا ثم خصصه بنوع منها وما نحن فيه ليس كذلك اذ الكلام فيما اذا قيده اولا فقال اذنت لك في هذا النوع فقط ولا شك
ان مثل هذا الكلام كلام واحد ليس لاوله حكم مستقل ولآخره الذي هو قيده حكم آخر بل المجموع حكم واحد يتم اوله بآخره فمن اين يلزم التصرف في ملك الغير
تامل جدا ثم قال صاحب العناية ونقض بالاذن في النكاح فانه فك الحجر واسقاط الحق اذا اذن للعبد ان يتزوج فلانة ليس له ان يتزوج غيرها واجيب بان الاذن فيه
تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير لان النكاح تصرف مملوك للمولى لانه لا يجوز الا بولي والرق اخرج العبد من اهلية الولاية على نفسه وكانت الولاية
للمولى ولهذا جاز ان يجبره عليه وكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به فان قيل قد تقدم ان الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن
وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف بجواز ان يكون العبد عالما بالتجارة وفي البزدوي الخبز اجيب بانه ضرر غير متحقق
ولئن كان فمثله مدفوع وهو التوكيل به حتى ان جواز التصرف بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله يدفع ذلك

عن تمت

ز ٩ الغير وهو لا يجوز ايضا فالمصادرة على المطلوب علت ذلك التعليل ليس بتام لانا

ايضا ان يقول تخصيص تصرفه في ملك الغير

قال ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة ولا استيلاد ولا قرض لانه تبرع محض بالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او انتهاء او ابتداء دخل
تحت الاذن بالتجارة قال الا ان يرى البيع من نفسه وبضعف من نفسه لانه من ضرورات التجارة استحسانا بالقلوب العامة من تجارة المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف يثبت ما هو من
وجه الى بوصف ذلك ان المحجور عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه فذ ما بعض زفاته على ذلك الطعام فلا باس بمخالفة اذا اعطاه قوت شهر لانه ورد الكراهة قبل الشيء يتغير به المولى فاذا ولا باس للمرأة ان تتصدق
من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممتنع عند في العادة قال وله ان يختص من بالعيب من ما يحتاط التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الخيار لمن قبول
المعيب الشراء بخلاف ما اذا اختار من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام التجارة بخلاف من صنيع التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الخيار لمن قبول
لانه من عادة التجار قال ورقبته متعلقة برقبته يباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي لا يباع ويباع كسبه في دينه بالاجماع لهما ان رقبة المولى من الاذن بتحصيل مال
لا من الاذن بتحصيل مال تلك لدينه وتعلق الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء عنه على الدين يصير له بالرقبة بخلاف الدين لان استهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق
بالاذن وكذا الواجب عند العين لوجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس هذا لان سبب التجارة وهي داخلة
تحت الاذن وتعلق الدين برقبته استيفاء حاصل على المعاملة شيء هذا الوجه لعرض تلف بهذا الضرر بحقه بدخول المبيع في ملكه تعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بالكسب
بالكسب الاستيفاء الباقي حتى الغرماء وابتداء المقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة وقوله في الكتاب دينه الى ادخل دين وجب بالتجارة ابتداء في معناها بالاستيفاء
والشراء والاجارة والاستيجار وضمان الغصوب والودائع والامانات اذا جحد جاحد ما يجب من العقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به

وفي الجملة اذا ثبت بالدليل انه يتصرف بالبيعية والمالكية فليس السؤال وارد الى هنا كلامه اقول ان قوله وفي الجملة الى آخره ليس بشيء اما اولا فلان حاصل السؤال
انه قد يلحق الضرر بالمولى عند تصرف العبد لغير ما خصه به فينبغي ان لا يجوز ولا يخفى ان ثبوت كون العبد متصرفا بالبيعية والمالكية لا يدفع ورود ذلك اذ لا شك ان التصرف
بالبيعية والمالكية لا يمكن الا الاضرار بالغير اذ لا اضرار في الاسلام واما ثانيا فلانه يرد السؤال بطريق المعارضة على ما ثبت بالدليل لا محالة والا لا يلزم ان يفسد باب
المعارضة بالكلية لانها اقامة الدليل على خلاف ما اقام عليه الخصم الدليل مع انها طريق مقبول لم ينكره احد ولا شك ان السؤال المزبور معارضة فالوجه في
الجواب عنه ما ذكره في اوائل جوابه دون هذا قوله ودينه متعلقة برقبته يباع للغرماء اي يبيعه القاضي لدين الغرماء بغير رضى المولى فان قيل ما وجه البيع على قول
ابي حنيفة رح وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير رضى مولاه حجر عليه اجيب بان ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجورا
عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضى الغرماء وهو حجر المحجور غير متصور فكان كالتركة المستغرقة بالدين في جواز ان يبيعها القاضي على الورثة اذا امتنعوا
عن قضاء الدين فانه لا يعد حجرا لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضى الغرماء كذا في العناية وعامة الشروح وغيره في النهاية ومعراج الدراية الى الذخيرة
اقول في الجواب نظر لانه لا يحسم مادة الاشكال اذ لسائل ان يعيد الكلام الى كونه محجورا عن بيعه قبل ذلك فانه يقتضي الحجر على الحر العاقل بسبب الدين فيشكل
على اصل ابي حنيفة رح ثم ان الفرق بينه وبين التركة المستغرقة بالدين ظاهر اذ لا يثبت الملك للورثة في التركة المستغرقة بالدين لان حق الغريم مقدم على
حق الوارث ولهذا اذا اعتق الورثة عبدا من التركة المستغرقة بالدين لا ينفذ بخلاف العبد الماذون له فان ملك المولى فيه باق ولهذا ينفذ اعتاقه اياه
وسياتي ذلك كله في الكتاب فسبب كون الورثة محجورين عن بيع التركة المستغرقة بالدين انما هو عدم كونها مملوكة لهم فلا ينتقض به اصل ابي حنيفة رح وهو ان
لا يرى الحجر بسبب الدين واما كون المولى محجورا عن بيع عبده الماذون له فلا كسب له سوى الدين فيلزم ان ينتقض به اصلا كما لا يخفى فتامل قوله الا ان
يفديه المولى قال صاحب العناية وقوله الا ان يفديه المولى اشارة الى ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور انتهى
اقول فيه بحث لان قوله الا ان يفديه المولى انما يشير الى ان عدم جواز البيع عند الفداء كما هو الحاصل من الاستثناء انما يتصور اذا كان المولى حاضرا
بناء على ان اختيار الفداء من الغائب غير متصور واما ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا فمما لا اشارة في قوله المذكور اليه لان الفداء من المولى انما يتصور
عند حضور المولى او نائبه واما عدم الفداء منه فكما يتصور عند حضور المولى او نائبه كذلك يتصور عند غيبتهما ايضا كما لا يخفى والبيع انما يجوز فيما اذا لم يقع الفداء
من المولى كما هو الحاصل من الباقي بعد الثنيا في المسئلة المذكورة فلما تصور عدم الفداء في كل من صورتي الحضور والغيبة احتمل جواز البيع في كل من تلك
الصورتين ايضا فمن اين حصلت الاشارة الى انحصار جوازه في صورة حضور المولى نعم البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا كما صرحوا به في الشروح وعامة المعتبرات
حيث قالوا هذا اذا كان المولى حاضرا فاما اذا كان غائبا فانه لا يباع العبد حتى يحضر المولى فان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته او بحضرة
نائبه بخلاف المكسب فانه يباع بالدين وان كان المولى غائبا لان الخصم فيه هو العبد انتهى لكن الكلام في حصول الاشارة اليه في قول المصنف رح الا ان
يفديه المولى كما ادعاه صاحب العناية تدبر قوله وهذا لان سبب التجارة وهي داخلة تحت الاذن قال صاحب العناية قوله وهذا اشارة الى دفع الضرر بيانه
ان سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض داخلة تحت الاذن بلا خلاف فسببه داخل تحته واذا كان داخلا تحته كان ضررا فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان
اضرارا لان الكسب قد لا يوجد والعتق كذلك ليسوى حقوق الناس وقال ويجوز ان يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه في حق المولى انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة
سليمة ان الاوجه هو الذي ذكره ثانيا بقوله ويجوز ان يكون بيانا الى آخره وان كان اسلوب تحريره يشعر بخلافه وذلك لان كون سبب الدين التجارة

لا ينفذ اعتاقه

قال يقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا يباع ثانيا كيلا يفتقر البيع او دفعا للضرر عن المشتري ويتعلق بما كسبه سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما قبل من الهبة لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولا يرفع ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط التخليص له وله ان يأخذ غلة مثله بعد الدين لانه لو لم يكن منه تحجر عليه فلا يحصل الكسب او الزيادة على غلة المثل وقفا على الغرماء لعدم الضرر فيها وتقدم حقهم قال ان حجر عليه لم يحجر حتى يظهر حجره لان اهل سوقه لانه لو احجر تضرر الناس به لتأخر حقهم الى ما بعد العتق لما يتعلق برقبته وكسبه وقد يبايعونه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر اهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لم يحجر ولو بايعوه جاز دان باينه الذي علم حجره ولو حجر عليه في بيته بحضرة من اكثر اهل سوقه يحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عم ويبقى العبد ماذونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل اذا لم يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي به وانما يشترط الشيوع في الحجر اذا كان الاذن شائعا اما اذا اذن لعبده لا العبد لم يحجر عليه علم منه حجره لانه لا ضرر فيه قال وان مات المولى او جن او عمي بدار الحرب صار المأذون محجورا عليه لان الاذن غلة ملكه وما لا يكون لازما من التصرف لا يبقى الى موته او جنونه اصل فلا بد من قيام اهلية الاذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق لانه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته قال واذا حجر العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي رح يبقى ماذونا لان الاباق لا ينافي الاذن فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب ولنا ان الاباق حجر حكما لانه امتناع فيكون ماذونا على وجه يتمكن من تنفيذه فيه بكسبه بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا تعتبر بها عند وجود التصريح فهاهنا بخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر

وكون التجارة داخلة تحت الاذن لا مدخل لخصوصيته شيء منهما في حق تضرر الناس فانهم يتضررون بتوي حقوقهم سواء كان سبب الدين التجارة او غيرها كصداق امرأة تزوجها العبد المأذون بغير اذن المولى وسواء كانت التجارة تجارة داخلة تحت الاذن او تجارة غير داخلة تحته كما اذا لحق بالعبد المحجور دين بسبب التجارة واما في حق ظهور وجوب الدين في حق المولى فلخصوصية كل واحد منهما مدخل لاصالة فيما يحمل على المعنى الاول لا يتم الفائدة والتقريب واما ما يحمل على المعنى الثاني فيتم كل ذلك لان المانع عن تعلق الدين برقبة العبد المحجور كان لزوم ابطال حق المولى من غير رضاه واذا ظهر وجوب الدين في ذمة العبد المأذون في حق المولى بدخول سببه تحت اذن المولى زال ذلك المانع قطعا فتعلق الدين برقبته وما يقرر المعنى الثاني تحرير صاحب الكافي دليلنا ههنا حيث قال ولنا ان هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى لانه وجب بسبب التجارة واذنه قد ظهر في حق التجارة فيباع رقبة العبد فيه كدين الاستهلاك دفعا للضرر عن الناس وكذا تحرير صاحب النهاية اياه حيث قال ولنا انه دين واجب على العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته قياسا على دين الاستهلاك اما وجوبه على العبد فظاهر واما ظهوره في حق المولى فلان سبب الدين هو التجارة باذن المولى فكان ظاهرا في حق المولى لاصالة واذا ظهر في حق المولى تعلق برقبته استيفاء كما في دين الاستهلاك بخلاف ما اذا اقر المحجور حيث تثبت الدين عليه ولا يظهر في حق المولى لعدم اذنه انتهى كلامه ثم ان بعض الفضلاء قال ههنا ولعل الاولى ان يكون قول المصنف رح وهذا اشارة الى تعلق الدين برقبته انتهى وكأنه اخذ هذا المعنى مما ذكره صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل حيث قال قوله وهذا اي كون دين تجارته متعلقا برقبته باعتبار ان سببه التجارة وهي اي التجارة داخلة تحت الاذن انتهى اقول هذا الاحتمال هنا ليس بشيء لان تعلق الدين برقبته اصل المدعى الذي وقع فيه الخلاف لزفر رح والشافعي رح ولو كفى في اثبات ذلك قوله لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن لكان باقي المقدمات المذكورة في دليلنا المزبور مستدركة ولا يخفى ان العمدة في اثبات مطلوبنا هذا انما هي قوله ظهر وجوبه في حق المولى فهو المحتاج الى البيان وتعلق الدين برقبته نتيجة مترتبة عليه ولذلك فرع عليه المصنف رح اياه بقوله فيتعلق برقبته فالوجه ان تكون كلمة هذا في قوله وهذا اشارة الى ظهور وجوب ذلك الدين في حق المولى لا غير وهذا كله يظهر بالتأمل الصادق قوله ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة وان لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء فان بقي عليه شيء من ديونه اي ديون العبد طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة انتهى كلامه اقول في تقريره خلل فان ذكر قوله فان بقي عليه شيء من ديونه بطريق الشرطية سيما مع اداة التفريع يفيد ان قال وان لم يكن بالثمن وفاء ليس بمستقيم لانه اذا لم يكن بالثمن وفاء يتعين بقاء شيء من ديونه عليه فما معنى الشرطية وكان حق التحرير ان يقول فما بقي عليه شيء من ديونه طولب بعد الحرية فانه في موضعه اذ لم يتعين فيما قبله عدم وفاء الثمن بالديون بل انما ذكر مجرد تقسيم عنه بينهم بالحصص فاحتمل ان يكون بالثمن وفاء وان لا يكون فحسنت الشرطية واداة التفريع كما لا يخفى قوله لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه من حاجة العبد ولم يفرغ وقال صاحب العناية بعد قوله ولم يفرغ فكان كسب غير متبرع انتهى اقول مدخل بحق مقام بما زاده فان التشبيه بكسب غير متبرع لتشعر بكون التعليل المذكور في الكتاب مختصا بما يقبله العبد من المتبرع اي لتعلق دينه بكسبه وتعلقه بما يقبله من الهبة بجريانه في الصورتين معا بالاتفاق كيف ولو كان مخصوصا بالصورة قبول الهبة لبقيت المسئلة الاولى وهي تعلق دينه بكسبه بلا دليل عليها مع كونها المعنونة في المقام ولم يعهد مثله من المصنف رح فقوله بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا تعتبر بها عند وجود التصريح بخلافها القول القائل ان يقول اذا لم يكن الدلالة اعتبار عند وجود التصريح بخلافها ينبغي ان لا يصير الآبق محجورا في ابتداء

الغاية تحريره

ن عليها

قال اذا ولدت المأذون لها من مولاها فذلك حجر عليها خلافا لزفر وهو يعتبر البقاء بالابتداء ولنا ان الثابت ان يصير مأذونا بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة
بخلاف الابتداء لان الصريح قاض على الدلالة وفي ضمن المولى قيمتها ان كانت مأذونة لانه محل تعلق به حق الفداء اذ به يمتنع البيع وبه يسقط حقهم
قال واذا استدانت الامة المأذون لها اكثر من قيمتها فدبرها المولى وهي مأذون لها وهو عالم لا يضمن لانه حال الحجر والعادة ما جرت بتحصيل المدبرة
ولا مناناة بين حكميهما ايضا والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه في ام الولد قال فاذا حجر على المأذون فاقراره جائز فيما في يده من المال عند ابي حنيفة رح
ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره او غصب منه او يقر بدين عليه فيقضى مما في يده وقال ابو يوسف ومحمد رح لا يجوز اقراره لهما ان المصحح لاقراره
ان كان هو الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور غير معتبرة وصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره او قلت حجره بالبيع
من غيره وطن الايصو اقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله ان المصحح هو اليد وطن الايصو اقرار المأذون فيما اخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها
بالحجر حكما فرفعها عن حاجته واقراره دليل تحققها بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فرده يبطل باقراره وكذا الملك ثابت
في رقبته فرده يبطل باقراره من غير قضاء وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العين قد تبدل بتبدل الملك في عوضه فيبقى ثابتا بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع

ايضا اذ قد وجد التصريح بالاذن من المولى بالابتداء وكانت دلالة الاباق على الحجر في البقاء منافية لهذا التصريح فينبغي ان لا يعتبر ثم اقول يمكن ان يجاب بان وجود
التصريح بالاذن في الابتداء لا يقتضي وجوده الى حال الاباق فالمعلوم قطعا انما هو وجوده في الابتداء واما وجوده في البقاء فانما يعرف باستصحاب الحال
وهو حجة ضعيفة ولذلك تكون دافعة لا مثبتة فيجوز ان ترجح الدلالة عليها وعن هذا اعتبرت في البقاء دون الابتداء تامل قوله لهما ان المصحح لاقراره الخ كان الاذن
فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور غير معتبرة قال صاحب النهاية فان قلت يشكل على هذا ما ذكره في وديعة المبسوط لقوله عبد استودع رجلا
وديعة ثم غاب لم يكن لمولاه ان ياخذ الوديعة تاجرا كان العبد او محجورا عليه فلو لم يكن ليد المحجور اعتبار لما اشترط حضرته بل جعل ما اودعه بمنزلة ثوب عبث
به الريح والقته في حجر رجل لان فائدة عدم اعتبار اليد هي ان يكون وجودها وعدمها بمنزلة ولم يجعل كذلك فعلم بهذا ان ليده اعتبارا وان كان محجورا والدليل
على هذا ما ذكره الامام الاسترشني في وديعة احكام الصغار في تعليل هذه المسئلة فقال لان العبد آدمي له يد حكمية فلا يكون لمولاه ان ياخذه من المودع ما لم يحضر
العبد قلت تلك المسئلة ما ولة ذكرنا ويلها في الفصل السادس عشر من وديعة الذخيرة فقال وهذا اذا لم يعلم المودع ان الوديعة كسب العبد واما اذا علم انه كسبه
فللمولى حق الاخذ وكذلك اذا لم يعلم انها كسب العبد ولكن علم انها مال المولى كان للمولى ان ياخذ الى هنا كلام صاحب النهاية وقد اقتفى اثره صاحب الغاية
في ذكر هذا السؤال والجواب لكن بعبارة اخرى اخصر من الاولى اقول ذاك الجواب لا يسمن ولا يغني من جوع فان تاويل تلك المسئلة بما ذكر مع كونه مما يابا
قطعا ما ذكره الامام الاسترشني في وديعة احكام الصغار في تعليل تلك المسئلة بما مر في آخر السؤال لا يجدي نفعا في دفع الاشكال الناشي من المقدمة القائلة ان
يد المحجور غير معتبرة واذ قد تقرر بعد ذلك التاويل ان في صورة ان لا يعلم المودع ان الوديعة التي اودعها العبد المحجور كسب ذلك العبد او مال مولاه ليس للمولى ان
ياخذها بل انما ياخذها ذلك العبد فقد تحقق ان يكون لليد المحجور يد معتبرة في بعض الصور فلم يكن في تلك المقدمة كلية وما لم يكن فيها كلية لا يثبت مدعى الامامين في
مسئلتنا اذ المتيقن التقريب لا يقال يجوز ان يكون المراد بقولهما في التعليل لان يد المحجور غير معتبرة ان يده غير معتبرة في
شيء من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه وهذا القدر من الكلية يكفي في اثبات مدعاهما هنا لانا نقول هذا القدر من الكلية ايضا غير متحقق لان من
الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه اقراره بعد الحجر بان ما في يده امانة لغيره ففي هذه الصورة اذا لم يعلم ان ما في يده كسبه او مال مولاه فلا جرم يكون يده اذ ذاك
معتبرة على مقتضى ما مر من مسئلة المبسوط وتقرر بعد تاويلها من تلك الصور ايضا اقراره بعد الحجر بان ما في يده غصب من غيره ففي هذه الصورة ايضا
اذا لم يعلم انه كسبه او مال مولاه يكون يده معتبرة على مقتضى ذلك ان لم يكن عين المغصوب متغيرا بفعله بان لم يزل اسمه وعظم منافعه اذ لا يزول
عنه حينئذ ملك المغصوب منه كما سيجيء في كتاب الغصب فلا يتصور ان يكون من كسب ذي اليد تدبر تفهم قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك
قال في الغاية يعني به الاذن فانه ثبت العبد بحكم انه ملك المولى وقد زال ذلك الملك انتهى وعلى هذا المعنى استخرج سائر الشراح
ايضا هذا المحل وان اختلفت عباراتهم منها ما ذكره صاحب الغاية فانه قال اي لا يبقى للعبد المأذون بعد بيعه ما ثبت له من الاذن
قبل البيع بحكم انه ملك المولى فلا جرم لم يصح اقراره بما في يده بعد البيع لعدم بقاء الاذن انتهى اقول فيه نظر لان عدم
بقاء الاذن مقرر فيما نحن فيه ايضا وهو ما اذا حجر المولى على المأذون له بدون ان يبيعه والمصنف رح ههنا بصدد الفرق من قبل
ابي حنيفة رح بين ما نحن فيه وبين ما اذا باعه فلو كان مراده بما ثبت بحكم الملك في قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك هو الاذن لما كان
لذكر هذه المقدمة اعني قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك فائدة ههنا اصلا لعدم اختصاص عدم بقاء الاذن بما اذا باعه دون ما نحن فيه فيلزم

وبخلاف ما اذا باع المريض من وارثه بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم الاستخلاص
بادائه قيمته اما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقالا ان باعه بنقصان يجوز للبيع ويخير المولى لتشكه ازالة المحاباة وانشاء نقض
البيع وعلى المذهبين البيع من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك ان الامتناع لدفع الضرر من الغرماء وهذا يبطل في
الغرماء فهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به

قوله وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده وقال صاحب النهاية وهذا الخلاف متعلق باول المسئلة وهو قوله واذا باع
من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على نقد بدون الواو وفي قوله وبخلاف انتهى ورد عليه صاحب العناية حيث قال بعد نقل ذلك عنه وليس بصحيح لانه
معطوف بلا معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو انتهى اقول بل قوله لانه معطوف بلا معطوف عليه ليس بصحيح فانه معطوف حينئذ على قوله بخلاف
اما اذا باع الاجنبي عن ابي حنيفة رح على ان يكون معنى الكلام وما تان المسئلتان اعني قول القدوري واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز وقوله و
ان باعه بنقصان لم يجز بالبستان بخلاف ما اذا باع الاجنبي وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لكن على الترتيب بطريق اللف والنشر
الغير المرتب اي المسئلة الثانية بالبستان بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لان كلتا المسئلتين بالبستان بخلاف الخلافيين فاذن تحقق المعطوف عليه
ويصح المعنى كما لا يخفى ثم ان في تصحيح المعطوف على تقدير الواو توجيه آخر اشار اليه صاحب معراج الدراية حيث قال قوله وبخلاف ما اذا باع المريض متعلق باول
المسئلة ومعطوف على قوله وان باعه بنقصان لم يجز من حيث المعنى تقديره الكلام وان باع من المولى بمثل قيمته جاز بخلاف ما اذا باع بالنقصان حيث لم يجز
بخلاف ما اذا باع المريض هذا على نقد بدون الواو وفي قوله وبخلاف انتهى والعجب ان صاحب العناية وان لم يطلع على ما ذكرناه اولا من التوجيه الوجيه الا ان الظاهر انه
قد رأى توجيه صاحب معراج الدراية ومع ذلك جزم بانه معطوف بلا معطوف عليه بدون ان يبين الفساد في توجيه صاحب معراج الدراية نعم في توجيهه تمحل
لا يخفى ولكن لا يخفى ايضا انه ليس بابعد واقبح مما اختاره صاحب العناية نفسه حيث قال الى ظاهر عدم الواو وجعله متعلقا باول المسئلة وفي كلامه تعقيد الى آخر
ما ذكره كما سيأتي نقله وبيان حاله وقال صاحب النهاية بعد كلامه السابق ويجوز ان يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي
اي انه يجوز في كل حال يعني اذا كانت المحاباة يسيرة او فاحشة او كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند ابي حنيفة رح في كل حال من هذه الاحوال
وهذا اوجه ولكن النسخة بالواو انتهى كلامه ورد عليه صاحب العناية كلامه هذا ايضا حيث قال بعد نقله ايضا عن قوله ذلك اوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى
لان المفهوم من قوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي جواز المحاباة معه مطلقا ولا يرد بيع المريض عن وارثه بمثل القيمة اشكالا عليه حتى يحتاج الى الجواب انتهى اقول ليس هذا
ايضا بوارد لانه كما يفهم من قوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي جواز المحاباة معه مطلقا كذلك يفهم منه جواز بيعه بمثل القيمة غير ان الاول مفهوم بالعبارة والثاني
مفهوم بالدلالة لانه اذا جاز المحاباة معه فلان جاز البيع منه بمثل القيمة اولى كما لا يخفى وعن هذا قال صاحب النهاية في تفسير قوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي اي انه
يجوز في كل حال اعني اذا كانت المحاباة يسيرة او فاحشة وكان البيع بمثل القيمة فاذن انجبت المطالبة بالفرق بين بيع العبد من الاجنبي وبين بيع المريض من الوارث حيث جاز الاول
دون الثاني مع ان في كل منهما تعلق حق الغير بالمبيع فاحتاج الى الجواب عنها بقوله بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية
الورثة تعلق بعينه يعني انه لا يجوز عنده بيع المريض من الوارث بمثل قيمة المبيع بناء على تعلق حق الغير بعينه فكيف يجوز بيعه منه بالمحاباة وحيث سلك هنا ايضا
مسلك الدلالة فلا محذور في ترك الواو من حيث المعنى على ان يجعل قوله المذكور متعلقا بحكم قوله المتصل به وقال تاج الشريعة قلت ينبغي ان يأتي
بالمسئلة بلا واو لانه اول مسئلة يورد نقضا على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي لانه لبيان الفرق بين ما اذا باعه من
المولى بنقصان لم يجز ومع الاجنبي جاز وانما ادخل الواو فيه لئلا يتوهم انه نقض على بيع المريض من الاجنبي بالمحاباة فادخل الواو لدفع هذا الوهم
انتهى اقول ليس هذا بسديد اما اولا فلان قوله لان اول مسئلة يورد نقضا على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي لانه لبيان
الفرق بين ما اذا باعه من المولى بنقصان لم يجز ومع الاجنبي جاز كلام خال عن التحصيل لان مسئلة الكتاب ههنا اثنتان اولاهما قوله واذا باع من المولى

لان البيع بالبيسير منها متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتهمة عند تبرعه في حق الاجنبي لا تعداها

بخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالاكثر من المحاباة حيث لا يجوز اصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز

من العبد المأذون على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن في البيع مع الاجنبي وهو اذن بمباشرته بنفسه غير ان ازالة المحاباة حق الغرماء وهذان الفرقان على اصلهما

شيئا بمثل قيمته جاز واخر بها قوله وان باعه بنقصان لم يجز فكما ان قوله وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لدفع توهم انتقاض المسألة الاولى بمسألة بيع المريض الوارث بمثل القيمة كذلك قوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي لدفع توهم انتقاض المسألة الاخرى بمسألة محاباة المأذون مع الاجنبي وكما ان قوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي لبيان الفرق بين ما اذا باع المأذون من مولاه شيئا بنقصان وبين ما اذا باعه من الاجنبي بنقصان كذلك قوله وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لبيان الفرق بين ما اذا باع المأذون من مولاه شيئا بمثل قيمته وبين ما اذا باعه المريض من وارثه بمثل قيمته فان اراد تابع الشارح بقوله المذكوران الاولى من المسألتين المزبورتين مسألة الكتاب اي مختصر القدوري دون الاخرى منهما فليس بصحيح اذ كلتاهما مسألتان مذكورتان معا في مختصر القدوري وان اراد بذلك انهما وان كانتا مسألتي الكتاب الا ان قوله وبخلاف ما اذا باع المريض الى آخره لدفع توهم الانتقاض دون قوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي فانه لبيان الفرق فليس بصحيح ايضا لان دفع توهم الانتقاض انما يكون ببيان الفرق فقصد احدهما يستلزم قصد الآخر على انه لا يناسب هذا المعنى في اتيان المسألة بالواو وكما لا يخفى على الفطن فلا يثبت مدعاه وان اراد به ان قوله وبخلاف ما اذا باع المريض متعلق باولى مسألتي الكتاب وقوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي متعلق باخرهما فلا معنى للواو فيما يتعلق بالاولى قلنا قد تقرر في علم الادب ان الواو المطلق الجمع لا ترتيب فيها فمدخولها لا يقتضي التأخر لا في الوقوع ولا في التعلق فلا محذور في اتيان الواو ههنا اصلا واثانيا فلان قوله وانما ادخل الواو فيه لئلا يتوهم انه نقض على بيع المريض من الاجنبي بالمحاباة فادخل الواو لدفع هذا الوهم ليس تام ايضا لانه ان كان الواو فيه للعطف كما هو الظاهر المتبادر فان كان المحل صالحا للعطف فما معنى قوله من قبل ينبغي ان يأتي بالمسألة بلا واو لانه اول مسألة يورده نقضا على مسألة الكتاب وان لم يكن صالحا لكيف يصح ادخال واو العطف فيما لا يصلح للعطف لمجرد دفع توهم وان لم يكن الواو للعطف فمن اين يندفع ذلك التوهم وقال صاحب العناية والظاهر عدم الواو بجعله متعلقا باول المسألة وفي كلامه تعقيد وتقدير كلامه كذا وان باع من المولى شيئا بمثل القيمة جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه اي بعين مال الميت حتى لو كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا اي المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز الى آخره انتهى كلامه اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان جعل الظاهر ههنا عدم الواو وبناه على حمل كلام المصنف على مثل هذا التعقيد القبيح عدول عن سنن الصواب وخروج عن دائرة الانصاف ولعل هذا اقبح الاحتمالات المذكورة في حل هذا المحل ثم ان في تقريره خللا آخر فانه قال في تفسير قول المصنف فافترقا اي المولى والمريض وكان الصواب ان يقول اي العبد والمريض كما لا يخفى على المتأمل والعجب انه قال بعد ذلك في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث فيؤول المعنى على هذا الى ان يقال في جواز بيع المولى من المولى دون جواز بيع المريض من الوارث ولا يخفى ما فيه قوله

وان باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقيمته المشتري وفيه وفاء الغرماء ضمنه البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشتري قال الشارح انما قيد بسبب ضمان كل واحد من البائع والمشتري بما ذكر من التسليم والتغييب ولم يكتف بمجرد البيع والشراء لانهما لا يضمنان بمجرد البيع بل بتغييب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه ويبيعونه كما يريدون وذلك انما يتوقف بالتسليم والتغييب لا بمجرد البيع والشراء انتهى اقول لقائل ان يقول فاذن ينبغي ان يكون الضمان في هذه المسألة على المشتري فقط فان تغييب العبد الذي فيه حق الغرماء انما وقع منه دون البائع ولولا التغييب لامكن لهم ان يردوا البيع فيستسعون العبد ويبيعونه فلا ضمان حينئذ على احد كما سيجيء في المسألة الآتية فان قلت تغييب ذلك العبد وان وقع من المشتري دون البائع الا ان في البائع ايضا سببية له اذ لولا بيعه وتسليمه لما غيبه المشتري قلت نعم الا ان سببية ذلك البيع وقد تقرر عندهم مرارا ان الحكم يضاف الى اقرب الاسباب فتأمل ثم ان صاحب العناية قال ولكن لقائل ان يقول وهو ان حقهم كان في بيع العبد

والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصي اذا باع التركة بغير اذن الغرماء واجيب عن ذلك بان حقهم لم يتعين في البيع بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع
حق الغرماء منحصر في بيع التركة فافترقا انتهى كلامه اقول لا يتجه السؤال المذكور على مسئلتنا هذه اصلا الا ان وضعنا فيما اذا كان ثمن العبد اقل من قيمته واما اذا
كان ثمنه اكثر من قيمته او مساويا لها فلا يثبت للغرماء الخيارين الاشياء الثلثة المذكورة في هذه المسئلة بل يتعين لهم اذ ذاك اجازة البيع واخذ الثمن بعد
الفائدة في التعيين وقد صرح بذلك كثير من الثقات منهم تاج الشريعة حيث قال وهذا الخيار اذا كان الثمن اقل من القيمة اما اذا كان اكثر او مساويا فلا خيار لهم انتهى
ومنهم صاحب العناية حيث قال بعد ذكر تمام المسئلة وبيان انه لفظ محمد في الجامع الصغير هذا اذا باعه باقل من قيمته فاما اذا باعه بقيمته او باكثر من قيمته وقبض دينه
فلا فائدة في التضمين ولكن يدفع الثمن اليهم انتهى فاذا كانت مسئلتنا هذه فيما اذا كان ثمن العبد الذي باعه المولى به اقل من قيمته لم يتجه ان يقال ان حقهم كان
في بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان لان حقهم كان في بيع العبد بقيمته والمولى قد باعه باقل منها فقد قصر وتعدى فوجب عليه الضمان قطعا ثم اقول
في الجواب المذكور نظر لان حاصله ان سبب وجوب الضمان على المولى تفويته حق الاستسعاء للغرماء وبيعه العبد ومقتضى هذا ان يجب على المولى ضمان الديون بالتمام دون
زيادة قيمة العبد فقط لانه كان لهم ان يستسعوا العبد في جميع ديونه لهم لا في مقدار قيمته فقط وقد فات بالبيع والتغييب حق الاستسعاء بالكلية فينبغي ان يضمن البائع
والمشتري جميع ما فوتاه وهو جميع ما يمكن استيفاؤه بالاستسعاء من الديون ولم يقل به احد وانما الذي قالوا به ان يجب عليهما ضمان مقدار قيمة العبد لا غير فتأمل قوله
قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم قال صاحب النهاية في هذا اللفظ نوع نظر اذ كان من حقهم ان
يقال وتاويله اذا باع بثمن لا يفي بديونهم كما هو المذكور في باب جناية العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الاسلام وما ذوني الجامع الصغير لقاضي خان والذخيرة وذلك
لانه اذا لم يكن في البيع محاباة ولكن الثمن اذا كان لا يفي بديونهم كان لهم ان يردوا البيع لفوات حقهم في الاستيفاء فيما بقي من ديونهم على العبد وبما ذكر في الكتاب
لا يحصل هذا المعنى وانسداد باب الرد لهم لانه يحتمل ان لا يفي الثمن بديونهم وان لم يكن في البيع محاباة فيبقى لهم ولاية الرد للاستيفاء باقي الديون اللهم الا ان يريد بقوله فان وصل
ولا محاباة في البيع رضا الغرماء باخذهم الثمن فانهم لما اخذوا الثمن كانوا راضين بالبيع فينسد حينئذ باب الرد ولكن احتمال الزيادة احضار الثمن والتخلية بينهم وبين
الثمن بلفظ الوصول باق فلا ينتهض ذلك اللفظ ايضا بيانا لانسداد باب الرد لهم من كل وجه وكان المنقول ما ذكره الامام قاضي خان في جامعه بقوله وتاويله
اذا باع بثمن لا يفي بديونهم لانه كان لهم حق الاستسعاء الى ان يصل اليهم ديونهم وبعد البيع لا يتمكنهم الاستسعاء في ملك المشتري فكان لهم ان ينقضوا البيع وان
كان بالثمن وفاء بديونهم لا يكون لهم ولاية نقض البيع الى هنا كلام صاحب النهاية وقد نقله صاحب معراج الدراية بعين عبارته واما صاحب العناية فنقله بطريق
الاحتمال واورد النظر على الجواب حيث قال قيل في عبارته قسامح لان وصول الثمن اليهم مع وقوع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم نفي الرد لجواز ان يصل اليهم الثمن ولا محاباة
في البيع لكن لا يفي الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد للاستسعاء في الديون واجيب بانهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب
بفائدة قوله ولا محاباة في البيع فانهم اذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وان كان فيه محاباة الى هنا كلامه اقول ولا في الجواب المذكور نظر آخر وهو انه لو كان مراد المصنف
بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع ما ذكر في ذلك الجواب لما تم تعليله بقوله لوصول حقهم اليهم فانه اذا لم يكن في الثمن وفاء بديونهم لم يصل اليهم حقهم بالتمام ووصول بعض
حقهم اليهم لم يفد شيئا في نفي رد هم البيع كما بين في السؤال بل كان حق التعليل حينئذ ان يقال لرضائهم بسقوط حقهم واقول ثانيا يمكن الجواب عن النظر الذي
اورده صاحب العناية بان فائدة قوله ولا محاباة في البيع حينئذ هي ان لهم ان يقولوا في صورة المحاباة انما قبضنا الثمن على اعتقاد ان لا محاباة في البيع
فاذا علمنا المحاباة فيه لا نرضى به بل نرد البيع فيبيع العبد بتمام القيمة بخلاف ما اذا لم يكن في البيع محاباة فانه لا يتمشى فيه ذلك العذر فافترقا ثم قال صاحب العناية

قوله ومن قدم مصرا وقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان اخبر بالخبر فتصرفه جائز اذ
الظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله
لانه اقرار على الغير وفي الكتاب لا يعتق العبد لانه ظهر المأذون حتى لو ادى ولا يقال هو مأذون بيع في الدين لانه ظهر المأذون حتى لو ادى ولا يقال هو محجور لقوله لانه متمسك بالاصل

فصل اذا اذن ولي الصبي الصبي في التجارة فيعد البيع والشراء دليل المأذون اذا اذن يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى
بعد بلوغه ولانه ضرر عليه حتى يملك الولي التصرف عليه بملك حجره فلا يكون وليا للمناقاة فصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلوة لانه لا يقام بالولي كذلك للوصي
على اصل ان تعدت الضرورة الى تنفيذه منه اما البيع والشراء يتولاه الولي فلا ضرورة ههنا ولنا ان التصرف الشرعي صدر من اهله في محله من ولاية شرعية فيتنفذ على ما عرف تقريره في الاصول

واصل الصواب ان يقال قوله لانه لا محاباة في البيع مستفاد ان الثمن يفي بديونهم بدليل قولهم والثاني ناقص مجمل فانه انما يكون ناقصا اذا لم يف بالديون انتهى اقول و
فيه نظر اما اولا فلانه لو كان معنى قوله لا محاباة في البيع ان الثمن يفي بديونهم لم يسبب فائدة قوله اذا لم يصل اليهم الثمن
في قوله وتاويله اذا لم يصل اليهم الثمن اذ لا شك ان الثمن اذا كان يفي بديونهم لم يكن لهم ان يردوا البيع سواء وصل اليهم الثمن او لم يصل اذ لا يبقى لهم حينئذ حق الاستعمار بل
يتعين حق الاستيفاء من رقبته فلا يتصور فائدة في الرد فلا يثبت لهم الخيرة واما ثانيا فلان معنى انتفاء المحاباة في البيع ليس عين معنى وفاء الثمن بديونهم وهو ظاهر وان
احدهما لا يستلزم الآخر اصلا لجواز ان ينتفي المحاباة في البيع ولا يفي الثمن بديونهم وجواز ان يفي الثمن بديونهم ولا ينتفي المحاباة فلم يصح ان يكون معنى قوله ولا محاباة في البيع
ان الثمن يفي بديونهم لا بحسب الحقيقة وهو ظاهر ولا بحسب التجوز او الكناية لعدم العلاقة الصحيحة لذلك بينهما قوله ومن قدم مصرا وقال انا عبد لفلان فاشترى وباع
لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جائز قال في النهاية اي فتصرفه دليل على انه مأذون في التجارة وقال ذلك الذي ذكره جواب الاستحسان
واما جواب القياس فان لا يقبل قوله لانه اخبر عن شيئين احدهما اخبر انه مملوك وهذا اقرار على نفسه والثاني اخبر انه مأذون في التجارة وهذا اقرار على المولى واقراره عليه لا يصح
حجة واما وجه الاستحسان فما ذكره في الكتاب انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في شرح هذا المقام اثر ذلك اقول تحرير هذا المحل على هذا المنوال لا يخلو عن نوع الاختلال
فان قولهما في تقرير وجه القياس والثاني اخبر انه مأذون في التجارة وهذا اقرار على المولى غير متمش في احد شقي هذه المسئلة وهو ما اذا لم يخبر بالاذن اذ لا اخبار من العبد
في هذه الصورة فلا اقرار على المولى فيها واما جعل الاخبار في قولهما والثاني اخبر انه مأذون في التجارة اعم من الاخبار الحقيقي والحكمي وادعاء ان في ذلك الشق اخبارا
حكميا عن كونه مأذونا هو تصرف المأذون فتجعل جدا كما لا يخفى فالاولى ههنا تحرير صاحب الكافي فانه جعل هذه المسئلة على وجهين وذكر لكل واحد منهما وجه
قياس ووجه استحسان على الاستقلال حيث قال والمسئلة على وجهين احدهما ان يخبر ان مولاه اذن له فيصدق استحسانا عدلا كان او غير عدل والقياس ان
لا يصدق لانه مجرد دعوى منه فلا يصدق الا بحجة لقوله عليه السلام البينة على المدعي وجه الاستحسان ان الناس تعاملوا ذلك واجماع المسلمين حجة يخص بها الاثر ويترك به
القياس والنظر ولان في ذلك ضرورة وبلوى فان الاذن لا بد منه لصحة تصرفه واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن والاصل ان ما ضاق على الناس امره اتسع حكمه واعمت
بليته سقطت قضيته وثانيهما ان يبيع ويشتري ولا يخبر شيئا والقياس فيه ان لا يثبت الاذن لان السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت لان الظاهر انه مأذون لان امور
المسلمين محمولة على الصلاح ما امكن ولا يثبت الجواز الا بالاذن فوجب ان يحمل عليه والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات دفعا للضرر عن الناس والقياس ان
يشترط عدالة المخبر لان الحجة خبر العدل وفي الاستحسان لا يشترط للضرورة والبلوى الى هنا كلامه واقتفى اثره صاحب معراج الدراية في شرح هذا الكتاب والامام
الزيلعي في شرح الكنز قوله الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بينا اقول لقائل
ان يقول ان اراد بقوله لانها خالص حق المولى انه ليس فيها حق العبد ولا حق الغرماء فهو ممنوع اذ قد تقرر فيما مر ان حق الغرماء يتعلق برقبة العبد المأذون حتى
كان لهم ان يبيعوه لاستيفاء ديونهم الا ان يفدي المولى ديونهم وان اراد بذلك انه ليس فيها حق العبد كما هو المتبادر من قوله بخلاف الكسب لانه حق العبد فهو مسلم
لكن لا يتم به التعليل حينئذ على ان لا يقبل قوله في الرقبة اصلا لانه لا يمنع ان يقبل قوله فيها لتعلق حق الغرماء بها كما يقبل قوله في ثبوت الاذن له ولزوم كل شيء من
التجارة لئلا يضيق الامر على الناس فليتامل والاظهر في تعليل قوله لا يقبل قوله في الرقبة اي في حق بيع الرقبة ان يقال لان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن
في التجارة الا ترى انه اذا اذن المدبر وام الولد ومعتقها الدين لا يباعان وهما مأذونان لهما كما ذكر في النهاية وغيرها

فصل لما فرغ عن بيان احكام اذن العبد في التجارة شرع في بيان احكام اذن الصبي والمعتوه وقدم الاول لكثرة وقوعه قوله اذا اذن

والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبت نظرا الى اذن الولي في بقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضرر محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والمولى بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاء والشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك بالمال بالربح والتشبيه بالعبد المأذون يفيد ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف باهلية نفسه عبدا كان او صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير مأذونا بالسكوت كما في العبد

ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع حتى ينفذ تصرفه اقول كان الظاهر ان يقول في جواب المسئلة فهو في التجارة كالعبد المأذون ليطابق ما قبله من قوله في التجارة وليعم غير البيع والشراء من سائر اسباب التجارات لنفوذ تصرفه في سائرها ايضا عندنا وكانه قصد الاكتفاء بذكر البيع والشراء لكونهما من اصول اسباب التجارات الا انه اثر اللفظ الكثير على اللفظ القليل مع كون الثاني اعم واظهر في افادة تمام المراد وهذا في عبارة مختصر القدوري ثم ذلك قصر المصنف رح من جهة اخرى حيث قصر في البداية على قوله اذا كان يعقل البيع والشراء واصر على ذلك في الهداية ايضا مع ظهور مزيته في عبارة المختصر لان يعقل البيع فقط غير كاف في كونه كالعبد المأذون فان التصرف في باب التجارة مطلقا بل لا بد من ان يعقل الشراء ايضا بان يعرف ان البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش كما صرحوا به **قوله** والصبي سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبت نظرا الى اذن الولي هذا جواب عن قول الشافعي رح لان حجره لصباه فيبقى بمقتضاه تقريره ان الصبي سبب الحجر لعدم هداية الصبي في امور التجارة لا لذاته فصار هو كالعبد في كون حجره لغيره فاذا اذن له الولي زال ذلك الغير لانه يستدل بها على ثبوت هدايته في امور التجارة اذ لو لم يكن هاديا فيها لما اذن له الولي فينفذ تصرفه كما لو اذن المولى للعبد كذا في الشروح اقول يرد على ظاهر هذا الجواب ان يقال لو كان الامر كذلك لنفذ تصرف الصبي بدون اذن الولي اذا علم هدايته في امور التجارة بدليل من الدلائل غير اذن الولي لحصول العلم اذ ذاك ايضا بزوال ذلك الغير الذي حجر الصبي لسببه وهو عدم الهداية مع ان المفهوم من الكتب عدم نفاذ تصرفه بغير اذن الولي اصلا فيما هو دائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء ونحوهما فتامل **قوله** وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال قال صاحب العناية وقوله وبقاء ولايته جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالاذن لم يبق الولي وليا وتقريره ان بقاء ولايته بعد ذلك لامرين للنظر له فان الصبي من اسباب المرحمة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين اي بمباشرة وليه او بمباشرة نفسه فكان مرحمة في حقه فوجب اعتباره ولاحتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل ان يتبدل من الهداية الى غيرها فيقينا ولاية الولي ليتدارك ذلك انتهى كلامه اقول في تقريره شيء اما اولا فلان قوله وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض غير مسلم لان الكلام في التصرف دائر بين النفع والضرر فان تصرفه الذي هو نافع محض كقبول الهبة والصدقة ينفذ بغير اذن الولي ايضا وتصرفه الذي هو ضار محض كالطلاق والعتاق لا ينفذ باذن الولي ايضا وانما الذي يتوقف نفاذه على اذن الولي عندنا تصرفه الدائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء فكيف يكون في اعتبار كلامه في مثل ذلك التصرف نفع محض فالوجه ان يقال بدل قوله المذكور وفي اعتبار كلامه في التصرف نظر له واما ثانيا فلان مقتضى تقريره المزبور ان يكون قول المصنف رح واحتمال تبدل الحال معطوفا على قوله لنظر الصبي كما لا يخفى على الناظر في مقدمات تقديره وليس بذاك فانه معطوف على قوله لاستيفاء المصلحة بطريقين داخل معه في حيز قوله لنظر الصبي اذ لا شك ان تدارك احتمال تبدل الحال ايضا نظر للصبي فلا وجه لجعله مقابلا ثم اعلم ان قول المصنف رح وبقاء ولايته الى آخره يحتمل الوجهين احدهما ان يكون جوابا عن قول الشافعي رح ولا سبيل عليه الى آخره وثانيهما ان يكون جوابا عن سؤال مقدر وهو ان يقال لو صار الصبي وليا للتصرف باذن وليه لكان ينبغي ان لا يبقى وليه وليا في التصرف في ماله فصاحب النهاية ذكر كلا الوجهين وصاحب العناية اختار الثاني كما ترى وكثير من الشراح اختاروا الاول فعليك الاختيار ثم الاختيار **قوله** والتشبيه بالعبد المأذون يفيد ان ما ثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه اي في حق الصبي اراد به قوله فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون كذا في غاية البيان وغيرها اقول لقائل ان يقول تشبيه الصبي بالعبد المأذون انما يفيد ثبوت احكام العبد عامة في حقه ان كان التشبيه على العموم او على الاطلاق واما اذا عين ما فيه المشابهة كما وقع في الكتاب حيث قال فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون فافادة المأذون التعميم ممنوع جدا وليس لازم قال صاحب النهاية فان قلت كيف

ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بمورثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك توريث عبده ولا كتابته كما

والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير ماذونا باذن الاب والجد والوصي دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي والله اعلم

يستقيم تعميم قوله ان ما ثبت في العبد من الاحكام يثبت في حق الصبي المأذون مع التخلف في بعضها وهو ان المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون اذا كان عليه دين يحيط بماله والوصي ليس بمحجور عن التصرف في مال الصبي المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله والرواية عن المبسوط قلت الجواب عنه من وجهين احدهما ان ما ذكرته من الحجر وعدمه هو في انحجار المولى وعدم انحجار الولي في المال وما ذكر في الكتاب من التعميم في تصرف العبد في ماله وتصرف الصبي في ماله فلا يرد نقضا لاختلاف المصرفين والثاني هو ما ذكره في المبسوط وانما يملك الاب او الوصي التصرف في مال الصبي سواء كان على الصبي دين او لا لان دين الحر في ذمته لا تعلق له بماله بخلاف دين العبد المأذون فانه يتعلق بكسبه ويصير المولى من التصرف كاجنبي آخر اذا كان الدين مستغرقا انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب العناية في ذكر ذلك السؤال وجعل الجواب ولكن سلك مسلك الاجمال اقول الوجه الثاني لا يصلح جوابا عن السؤال المذكور لان حاصل هذا الوجه بيان علة انحجار المولى عن التصرف في مال العبد المأذون اذا كان عليه دين يحيط بماله وعدم انحجار الولي عن التصرف في مال الصبي المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله وذلك لا يفيد استقامة التعميم في قول المصنف رح ان ما ثبت في العبد من الاحكام يثبت في حق الصبي المأذون بل يؤيد عدم استقامته كما لا يخفى ومدار السؤال المذكور على التعميم المستفاد من كلام المصنف رح لا غير وقال بعض الفضلاء لعل خلاصة الجواب الثاني في منع دلالة كلام المصنف على العموم قوله ليس بذاب بدليا او لا فلان دلالة كلام المصنف هو هو قوله انما ثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه على العموم ظاهر ولا يقبل المنع لان كلمة ما من الفاظ العموم على ما تقرر في علم الاصول وقد تأكد بيانها بقوله من الاحكام فان الجمع المعرف باللام ايضا من الفاظ العموم والاستغراق اذا لم يكن هناك معهود كما تقرر هذا ايضا في علم الاصول واما ثانيا فلانه لا دلالة في الجواب الثاني اصلا على منع دلالة كلام المصنف رح على العموم ولا تعرض له فيه بوجه من الوجوه وانما مضمونه مجرد بيان العلة في انحجار المولى عن التصرف في مال العبد وعدم انحجار الولي عن التصرف في مال الصبي فحمل ذلك الجواب على منع دلالة الكلام على العموم مما لا سبيل اليه اصلا **قوله** ويصح اقراره بما في يده من كسبه اورد عليه بان الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف يملكه الصبي باذن الولي واجيب عنه في النهاية ومعراج الدراية بان الولي انما لا يملك ذلك لانه لا يتحقق منه لان الاقرار قول من المرء على نفسه وما يثبت على الغير بقوله فهو شهادة واقرار الولي على الصغير قول على الغير فيكون شهادة وشهادة الفرد لا يكون حجة واما قول الصبي بعد الاذن فهو اقرار منه على نفسه وهو من صنيع التجار ومما لا يتم التجارة الا به لان الناس اذا علموا ان اقراره لا يصح يحترزون عن معاملته فان من يعامله لا يتمكن من ان يشهد عليه شاهدين فلهذا جاز اقراره اقول هذا الجواب لا يدفع السؤال المذكور لان ما علله بنية عدم صحة اقرار الولي على مال الصبي وصحة اقرار الصبي بنفسه على مال نفسه وهذا مما لا يؤثر كما ترى في اندفاع الايراد بان الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة فكيف يتحقق الولاية المتعدية وكان صاحب العناية تنبه لما في الجواب المزبور حيث لم يذكره بل قال بدله والجواب انه افاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها انتهى اقول هذا الجواب ايضا غير مستقيم لانه ان اراد ان الولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها فيملك ايضا نفس التجارة وتوابعها التي من جملتها اقراره على مال الصبي فممنوع اذ لا شك ان اقرار الولي على مال الصبي ليس من توابع التجارة بل ليس مما يصح اصلا فانى يملكه الولي وان اراد ان الولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها التي من جملتها اقرار الصبي على مال نفسه وان لم يملك نفس الاقرار عليه فمسلم ولكن لا يجدي هذا شيئا في دفع السؤال المذكور لان اللازم منه ان يملك الولي الاذن الصبي بالاقرار فلا كلام فيه وانما الكلام في ان يملك الصبي الاقرار على نفسه باذن الولي ولاية متعدية من الولي الى الصبي والولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك نفس الاقرار على الصبي بالاجماع فلم تكن له ولاية قائمة في حق نفس الاقرار على الصبي فكيف يتعدى منه الولاية الى الصبي في حق ذلك ولا يخفى ان حديث ان يملك الولي الاذن بالتجارة وتوابعها

كتاب الغصب

الغصب في اللغة عبارة عن اخذ الشيء من الغير

في اثناء الجواب عن هذا الاشكال بصير لغوا من الكلام ثم اقول لعل الصواب في الجواب منع كون ولاية الصبي ولاية متعدية اذ قد تقرر فيما مر ان الصبي يتصرف بالاهلية والصبا ليس بسبب الحجر لذاته بل لعدم اهليته واذن الولي انما يكون دليلا على زوال ذلك المانع كما كان البلوغ دليلا عليه لا انه يكتسب الولاية من اذنه الا ان الصبي لما كان من اسباب المرحمة بالحديث لم يؤهل الصبي اصلا لما هو ضار محض واهل لما هو نافع محض قبل الاذن وبعده واهل لما هو دائر بين النفع والضرر بعد الاذن فقط والاقرار لما كان من توابع التجارة دار بين النفع والضرر اذن بالقبول اقراره يحترز الناس عن معاملته فيتضرر به فاهل الصبي له بعد الاذن وكانت ولاية عليه ذاتية لا متعدية من الولي فتصرفات هذا توجيه حسن وجواب شاف يتحسم به مادة الاشكال بالكلية

كتاب الغصب

ايراد الغصب بعد الاذن بشيء التجارة لوجهين احدهما ان الغصب من انواع التجارة بالاحتمال ان اقرار الماذون لما صح بديون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكن الاول من التجارة دون الثاني فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا والثاني ان المغصوب مادام قائما بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا له فصار كالعبد الماذون فانه غير مالك لرقبته ما في يده من اموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف الملاك فذكر احد المتجانسين متصلا بالآخر من المناسبة الا انه قدم الاذن في التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع كذا في النهاية والعناية اقول في الوجه الاول بحث من وجهين احدهما ان كون الغصب من انواع التجارة لا انما يفيد المناسبة بين الغصب وبين جنس التجارة لا بين الغصب وبين الاذن في التجارة لان الاذن نفسه ليس من جنس التجارة فطائل بذلك لحجر واسقاط الحق عندنا على ما مر في صدر كتاب الماذون والمذكور في كتاب الماذون مسائل نفس الاذن لا مسائل جنس التجارة فلا يتم التقريب والثاني ان مناسبة ذكر النوع بعد ذكر الجنس متحققة في سائر انواع التجارة ايضا فينتقض ذلك الوجه بما طرد او يمكن ان يجاب عن كل منهما بنوع عناية اما عن الاول فبان يقال ان الاذن نفسه وان لم يكن من جنس التجارة الا انه متعلق بجنس التجارة ومخصوص به فكان للغصب مناسبة للاذن نفسه ايضا بواسطة تعلقه بجنس التجارة واما عن الثاني فبان يدعى عدم لزوم الاطراد في وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن ويقال ان ما يتكلف الوجوه مصححات لا مرجحات البتة فلا ضير في تحققها في غير ما سبقت له ايضا ثم ان الاظهر في وجه المناسبة ههنا ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال وجه المناسبة بين الكتابين عندي ان الماذون يتصرف في الشيء بالاذن الشرعي والغاصب يتصرف لا باذن شرعي فكان بينهما مناسبة المقابلة الا انه قدم كتاب الماذون لانه مشروع والغصب ليس بمشروع انتهى واعلم ان محاسن الغصب من حيث الاحكام لا من حيث الاقدام كما في الجنايات والديانات فان المقصود من بيان كتاب الغصب هو بيان حكمه المترتب عليه لانه ليس في الغصب شيء من الاباحة فضلا عن الحسن والطاعة بل هو محمود ومحض ظلم وعدوان كذا في النهاية وغيرها قوله الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده اقول لا بد من ان يزاد على هذا التعريف قيدان احدهما قيد او تقصير يده بان يقال على وجه يزيل يده او تقصير يده لئلا يخرج عن تعريف الغصب في الشرع ما اخذه الغاصب من يد غير المالك كما اذا اخذه من يد المستاجر او من يد المرتهن او من يد المودع فان الغاصب في هذه الصور وان لم يزل يد المالك عن ماله بناء على عدم كونه في يده وقت الغصب وازالة اليد فرع تحققها الا انه قصر يده عن ماله في تلك الصور ايضا وعن هذا قال في المحيط البرهاني الغصب شرعا اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يد المالك ان كان في يده او يقصر يده ان لم

على سبيل تغلب لا استعمال فيه بين اهل اللغة وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده

في يده انتهى وهكذا قال في الكافي ايضا وثانيها قيد على سبيل المجاهرة كما وقع في البدائع فلا يدخل في تعريف الغصب شرعية السرقة فان الامتياز بين السرقة والغصب في الشرع انما يكون بان كان الغصب على سبيل المجاهرة والسرقة على سبيل الخفية والاستتار مع الاشتراك بينهما في جميع ما ذكر لتعريف الغصب شرعية في الكتاب ثم اعلم ان صدر الشريعة قد تنبه للزوم زيادة القيد الثاني على هذا التعريف حيث قال في شرح الوقاية ثم لا بد ان يزاد على هذا التعريف لا على سبيل الخفية ليخرج السرقة انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فان قلت اليس بصدق الحد المذكور على السرقة قلت نعم الا ان في السرقة خصوصية بها كانت من جملة اسباب الحد فدخل مسائلها باعتبار تلك الخصوصية في الحد ودخولك لا ينافي دخولها باعتبار اصلها في الغصب كالشراء من الفضولي فانه غصب مع انه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع باعتبار ما فيه من خصوصية بها صارت من مسائلها ومن ذهب عليه هذه الدقيقة تصدى لاخراجها عن الحد المذكور بزيادة قوله لا على سبيل الخفية ولم يدر انه حينئذ يخرج عنه بعض افراد الغصب كاخذ مال غير محرز على سبيل الخفية الى هنا كلامه اقول فيه خلل من وجوه الاول ان السرقة بخصوصيتها التي كانت من جملة اسباب الحد داخلة في التعريف المذكور اذ لا منع لشيء من خصوصيتها عن صدق التعريف المذكور عينها كما لا يخفى على ذي فطنة وانما تكون خصوصيتها مانعة عن صدق تعريف الغصب عليها لو زيد على التعريف المذكور قيد على سبيل المجاهرة او لا على سبيل الخفية فان من خصوصيتها ان تكون على سبيل الخفية كما تقرر في كتابها ولا شك ان قيد او لا على سبيل المجاهرة او سبيل الخفية فاذا كانت السرقة بخصوصيتها التي كانت من جملة اسباب الحد داخلة في التعريف المذكور لم يكن ذلك التعريف صالحا لان يكون حدا للغصب في الشرع والا لزم ان تكون السرقة بخصوصيتها غصبا شرعيا وليس كذلك لامحالة للقطع بتخالف حكمي السرقة والغصب في الشرع فلفاقوله وذلك لا ينافي دخولها باعتبار اصلها في الغصب كما لا يخفى والثاني ان قوله كالشراء من الفضولي فانه غصب مع انه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع ليس بسديد لان مجرد الشراء من الفضولي ليس بغصب قطعا وانما الذي يصير غصبا اخذ المشتري من يد الفضولي بغير اذن المالك وهو ليس مبيع جزما وليس بمذكور في كتاب البيوع اصلا وانما المذكور فيه نفس الشراء من الفضولي فلا صحة في التمثيل ولا في التعليل والثالث ان قوله كاخذ مال غير محرز على سبيل الخفية في قوله ولم يدر انه حينئذ يخرج عنه بعض افراد الغصب كاخذ مال غير محرز على سبيل الخفية ليس بصحيح لان ما كان غير محرز كيف يتصور اخذه على سبيل الخفية فان عدم الاحراز ينافي الاختفاء وعن هذا قال صاحب النهاية في فصل الحرز والاخذ منه من كتاب السرقة الحرز لا بد منه لان الاستتار لا يتحقق بدونه انتهى ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح غير التعريف المذكور بوجه آخر حيث قال بدل قولهم بغير اذن المالك بلا اذن من له الاذن وقال في شرحه وانما لم يقل بلا اذن مالكه لان كون المأخوذ ملكا ليس بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالاتلاف وليس بمملوك اصلا صرح في البدائع انتهى اقول وفيه ايضا خلل لان الوقف في الشرع عند ابي حنيفة رح حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف الى الله تعالى على وجه تعود منفعته على العباد وهذا كله مما يقرر في اول كتاب الوقف فعلى كلا القولين يكون الموقوف مملوكا فكيف يتم قوله ان الموقوف ليس بمملوك اصلا ولئن سلم تمام ذلك فكون الموقوف مضمونا لا يقتضي كونه مغصوبا غصبا شرعيا فان وجوب الضمان ليس بحكم مخصوص بالغصب الشرعي بل يتحقق ذلك في غيره ايضا بنوع من التعدي والجناية الا يرى ان زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان المغصوب ليست بالمغصوبة عندنا شرعا لعدم تحقق ازالة يد المالك عنها بناء على ان يد المالك ما كانت ثابتة عليها حتى يزيلها الغاصب بل هي امانة في يد الغاصب ان هلكت لا يضمنها عندنا كما صرحوا به قاطبة وسيجيء في الكتاب مع انه اذا تعدى فيها يجب عليه الضمان بالاتفاق على ما صرحوا به قاطبة ايضا وسيجيء في الكتاب وكذا اذا قتل رجل عبد رجل خطأ في يد مالكه يجب عليه ضمان قيمة العبد بلا خلاف مع ان ذلك ليس بغصب في الشرع عند احد وبالجملة فرق بين ضمان الغصب وضمان

حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه الماثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه يعتبر فعلا لا يتوقف على قصده ولا نية لان الخطأ موضوع **قال** ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان ادفع للضرر **قال** فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يخصمون وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يوم الغصب وقال محمد رح يوم الانقطاع لابي يوسف رح انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولهما ان الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة رح ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء

الايلاف كما نصوا عليه فمن اين ثبت تحقق حقيقة الغصب الشرعي في اتلاف الموقوف حتى يرد به النقض على ما ذكره ثقات المشائخ في تعريف الغصب فيحتاج الى التغيير **قوله** حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط لانه بالاستخدام والحمل اثبت يد التصرف عليه فيمن ضرورته ازالة يد المالك عنه فتحقق الغصب بخلاف الجلوس على البساط لان البسط فعل المالك وقد بقي اثر فعله في الاستعمال وما بقي اثر فعله تبقى يده فلم توجد ازالة يد المالك فلم تحقق الغصب كذا قالوا فتامل ابن الغروفي كلام المصنف رح هنا مواخذة لفظية وهي في قوله حمل الدابة يعني والحمل عليها وحقه ان يقول وتحميل الدابة لا حمل لا يتعدى بنفسه الى اثنين وانما يتعدى بنفسه الى واحد والى آخر بحرف الجر تقول حملت المتاع على الدابة فيصح اضافة المصدر منه الى المتاع لا الى الدابة فتقول حمل المتاع ولا تقول حمل الدابة الا ان يضعف الفعل فيتعدى الى اثنين بنفسه فتقول حملت الدابة المتاع فحينئذ تصح اضافة مصدره الى الدابة فتقول تحميل الدابة لان التحميل مصدر حمل المضعف للتعدية انتهى كلامه اقول هذا الذي ذكره ظاهر وكان صاحب الكافي عن هذا اخير عبارة المصنف رح هنا فقال حتى كان استخدام عبد الغير والحمل على دابة الغير غصبا ولكن يمكن توجيه كلام المصنف رح هنا بما وجه به الفاضل الشريف في شرح المفتاح قول العلامة السكاكي افتخار المواظبة حيث قال والاصل ان يقال بالمواظبة عليها اي على العبادة الا انه نزع الخافض وعدى المصدر بالايصال انتهى وقصد به الجواب عن قول المحقق التفتازاني هناك وفي تعدية المواظبة بنفسها نظر والصواب بالمواظبة عليها انتهى تامل **قوله** ثم ان كان مع العلم فحكمه الماثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان اقول هذا انما يتم فيما اذا كان المغصوب في يد الغاصب واما اذا كان قائما في يده فحكمه رد العين كما سيأتي في الكتاب وكان المناسب بهذا المقام بيان حكم الكلي دون حكم الخاص بصورة الهلاك اللهم الا ان يبني كلامه هنا على ما قيل ان الموجب الاصلي للغصب مطلقا هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء ذكره لكنه قول ضعيف جدا على ما يدل تقرير المصنف رح فيما بعد وصرحوا به في الشروح ثمة فكيف يليق بمثل المصنف رح بناء كلامه على ذلك **قوله** ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية قال في النهاية والعناية لان الحنطة مثلا مثل الحنطة جنسا ومالية الحنطة الرديئة مثل مالية الحنطة المنصوبة لان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية انتهى اقول الظاهر ان المقصود من التعرض هنا لبيان كون الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية وقع ورود سوال على ان يكون في ايجاب المثل مراعاة المالية لظهور تحقق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة ولكن اندفاعه بذلك غير واضح عندي لانه اريد يكون الجودة ساقطة العبرة في الاموال المربوية انه لا تفاوت بين جيدها ورديها في المالية فهو ممنوع اذ التفاضل في القيمة بينهما في المتعارف ظاهر جدا وان اريد بذلك انه لا عبرة بالتفاوت بين الاموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند اهل الشرع لقول النبي صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء فهو مسلم لا كلام فيه لكن لا يندفع به السوال المتجه على قول المصنف رح هنا لما فيه من مراعاة الجنس والمالية بان مراعاة المالية في ايجاب المثل غير مسلم لتحقق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة وذلك يقتضي التفاوت بينهما في المالية بل الخفي على ذي فطرة سليمة ان عدم الاعتبار لتفاوت الاموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند اهل الشرع لا يدفع ورود ذلك السوال هنا اذ لو كان عندهم اعتبار لتفاوتهما في ذلك لما تصور التفاوت في المالية عند مراعاة التساوي في الوصف ايضا تامل تقف **قوله** لابي يوسف رح انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب **قال** صاحب النهاية فان قلت لم قدم قول ابي يوسف رح في التعليل ولم يوسطه كما هو حقه قلت يحتمل ان يكون ذلك لوجهين احدهما ان يكون المختار قوله لقوة دليله اذ فيه اثبات الحكم بحسب ثبوت الموجب لان المغصوب دخل في ضمان الغاصب من وقت الغصب فيجب ان يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب والثاني لاثبات الاقوال الثلثة بحسب ترتيب الزمان على تلك الاقوال فان اول الاوقات من هذه الاقوال الثلثة يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة فايراد الاقوال على ترتيب هذه الازمنة لم يتات الا بتقديم قول ابي يوسف رح ثم بقول محمد رح ثم بقول ابي حنيفة رحمه الله انتهى كلامه وقد ذكر الوجه الثاني فقط بطريق الاجمال في معراج الدراية ايضا وكذا ذكر ذلك الوجه فقط في العناية

بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك قال وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان

ايضا ولكن بطريق النقل ثقيل اقول كل واحد من دينك الوجهين منظور فيه اما الوجه الاول فلان ما ذكر فيه لا يدل على قوة دليل ابي يوسف رح لان المغصوب الشيء انما دخل في ضمان الغاصب وقت الغصب بضمان المثل ثم انتقل الى ضمان القيمة بالانقطاع كما افصح عنه المصنف رح في ذكر دليل محمد رح فمن اين يجب ان يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب دون وقت الانقطاع حتى يلزم قوة دليله ولو سلم قوة دليله فهي تقتضي تاخير دليله اذ من عادة المصنف رح المستمرة ان يؤخر القوي عند ذكر الادلة على الاقوال المختلفة ليقع المؤخر بمنزلة الجواب عن المقدم وان كان يقدم القوي في الاكثر عند نقل اصل الاقوال وهذا مما لا استمرة به عند من له قدم راسخ في معرفة اساليب كلام المصنف رح واما الوجه الثاني فلان اثبات تلك الاقوال بحسب الترتب الزماني مما لا يتعلق به نظر فقهي اصلا فتعبير المصنف رح اسلوبه المقرر لمجرد ذلك الامر الوهمي مما لا يناسب بشانه الرفيع فالوجه عندي ان المصنف رح جرى ههنا ايضا على عادته المقررة من تاخير الاقوى فالاقوى عند ذكر الادلة على الاقوال المختلفة ليحصل الجواب من المتاخر للمتقدم كما حصل ههنا ايضا ذلك على ما يشهد به المتامل الصادق قال صدر الشريعة في شرح الوقاية اقول قول ابي يوسف رح اعدل لانه لم يبق شيء من نوعيه في يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات وقلتها وفي المعدوم هذا متعذر او متعسر ويوم الانقطاع لا ضبط له وايضا لم ينتقل الى القيمة في هذا اليوم اذا لم يوجد من المالك طلب وايضا عند وجود المثل لم ينتقل وعند عدمه لا قيمة له الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل كلام صدر الشريعة ويمكن ان يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال وحد الانقطاع ما ذكره ابو بكر البلخي وهو ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت وعلى هذا انقطاع الدراهم انتهى وقد سبقه الى هذا الجواب صاحب الاصلاح والايضاح اقول يمكن رد هذا الجواب بانه يجوز ان يكون مراد صدر الشريعة بالمعدوم ما هو معدوم في السوق الذي يباع فيه لا المعدوم في الخارج مطلقا وكانه لهذا قال وفي المعدوم هذا متعذر او متعسر يعني انه بعد ما عدم في السوق الذي يباع فيه ان لم يوجد في البيوت ايضا يتعذر التقويم وان وجد فيها يتعسر التقويم لان معيار تقويم المقومين هو السوق الذي يباع فيها الاشياء وفي غير ذلك لا تتيسر التقويم العادل وكذا مراده بعدم بقاء شيء في قوله لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة عدم بقائه في السوق الذي يباع فيه فعلى هذا لا يمكن الجواب عنه بما ذكره ابو بكر البلخي في حد الانقطاع كما لا يخفى **قوله** بخلاف ما لا مثل له لانه يطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك اقول فيه اشكال لان هذا لا يتم على ما سيجيء عن قريب من ان الموجب الاصلي في الغصب على ما قالوا هو رد العين لانه الواجب وانما رد القيمة مخلص خلفا اذ المطالب باصل السبب حينئذ فيما لا مثل له ايضا انما هو رد العين لانه الواجب الاصلي مطلقا وانما ينتقل الى القيمة بهلاك العين فينبغي ان يعتبر قيمته وقت هلاك عينه لا وقت وجود اصل السبب وهو الغصب الا يرى ان الواجب بعد هلاك العين فيما له مثل هو المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع عند محمد رح فيعتبر قيمته وقت الانقطاع عنده وبقضاء القاضي عند ابي حنيفة رح فيعتبر قيمته وقت الخصومة والقضاء عنده لا يعتبر قيمته وقت وجود اصل السبب عند احد منهما وبالجملة الفرق بين ما لا مثل له وبين ما له مثل على قول ابي حنيفة رح ومحمد رح بان القيمة تعتبر في الاول عند وجود اصل السبب وفي الثاني عند الانتقال الى القيمة غير واضح على ما قالوا ان الموجب الاصلي في الغصب مطلقا هو رد العين وانما رد القيمة مخلص خلفا كما سيجيء واما على ما قيل ان الموجب الاصلي فيه هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء ايضا فلا يتم دليل ابي حنيفة رح ولا دليل محمد رح راسا اذ في كل منهما تصريح بان الموجب الاصلي في الغصب غير القيمة وانما ينتقل اليها بامر عارض فالمقام لا يخلو عن الاشكال على كل حال **قوله** وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة يعني معنى قول القدوري في مختصره ما لا مثل له العدديات المتفاوتة قال صاحب العناية اخذ من النهاية وتحقيقه ان معناه الشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه لان الذي لا مثل له في الحقيقة هو الله تعالى وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدواب والثياب انتهى اقول هذا الذي عده تحقيقا مما لا طائل تحته بل لا حاصل له لانه ان اراد بالشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه ما لا يكون له مثل من جنسه ولا يضمن بمثله من جنسه فينافيه تعليله بقوله لان الذي

اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له **قال** رد الغاصب العين المغصوبة مستأجرة ما دام قائما لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وقال عليه السلام لا يحل لاحد ان يأخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فاذا اخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد اليه وهو الموجب الاصلي عندنا والواو في القيمة مخلص لما قلنا ذكره الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيمة بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها او تقوم بينة ثم تقضى عليه ببدلها لان الواجب رد العين والهلاك عارض فهو يدعي امرا عارضا فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه فاذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة **قال** والغصب فيما ينقل ويحول

لا مثل له في الحقيقة هو الله تعالى لان ما لا يكون له مثل من جنسه لا يكون له مثل من غير جنسه ايضا بالاولوية فلا يكون له مثل اصلا وقد قال في التعليل ان الذي لا مثل له في الحقيقة هو الله تعالى فكيف يتصور ان يكون ذلك معنى قوله وما لا مثل له في قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه وان اراد بذلك ما له مثل من جنسه ولكن لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته كما هو الظاهر من تعليله فعلى تقدير ان يكون هذا معنى قول القدوري وما لا مثل له في قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يلزم الاختلال في وضع المسئلة اذ يصير حينئذ معنى المسئلة وما لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته فعليه قيمته اي يضمن بقيمته فيشبه جواب المسئلة بلغو من الكلام لكونه معلوما يصدر المسئلة وبالجملة تفسير لا مثل له في هذه المسئلة بما لا يضمن بمثله كما فعله صاحب النهاية والعناية وكذا تفسيره بما له مثل في المسئلة الاولى بما يضمن بمثله كما فعله صاحب العناية مما لا يقبله فطرة سليمة لاستلزامه اعتبار جواب المسئلة في صدر المسئلة فيكون معنى قولهم في المسئلة الاولى ايضا ومن غصب شيئا له مثل فهلك في يده فعليه ضمان مثله ومن غصب شيئا يضمن بمثله في الغصب فهلكت في يده فعليه ضمان مثله ولا يخفى ما فيه من الاستدراك واللاحق هو الحق عندي ان المراد بما له مثل في المسئلة الاولى ما له مثل صورة ومعنى وهو المثل الكامل الذي لا ينصرف اليه المثل عند الاطلاق وبما لا مثل له في هذه المسئلة ما لا مثل له صورة ومعنى وان كان له مثل معنى فقط وهو القيمة التي هي المثل الظاهر وقد افصح عن نوعي المثل في الكافي حيث قال من قبل ان المثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وهو الاصل في ضمان العدوان حتى صار بمنزلة الاصل وقاصر وهو المثل معنى وهو القيمة والظاهر لا يكون مشروعا مع احتمال الاصل لانه خلف عن المثل الكامل انتهى فيصير معنى هذه المسئلة وما لا يكون له مثل كامل فعليه مثله القاصر وهو القيمة فينتظم المقام بلا كلفة قال في الكافي بعد ذكر مسئلتنا هذه وقال مالك رح يضمن مثله صورة من جنس ذلك لما تلونا ولنا ما روي عن شريح من كسر عصا فعي له وعليه قيمتها وهو المراد بالمثل المذكور في النص انتهى اقول يرد عليه انه لو كانت القيمة هي المراد بالمثل المذكور في النص وهو قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم لما تم الاستدلال بذلك النص الشريف على وجوب ضمان المثل صورة ومعنى على من غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده وقد مر الاستدلال به على ذلك في المسئلة الاولى وهو الذي اشار اليه في الكافي بقوله لما تلونا فتدبر **قوله** اما العددي المتقارب فهو كالمكيل قال في النهاية وانما اقتصر على المكيل ولم يقل كالمكيل والموزون لان من الموزونات ما ليس بمثلي وهو الموزون الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والطست انتهى اقول لقائل ان يقول لو كان اقتصاره على المكيل لذلك الشيء الذي ذكره لاقتصر عليه فيما مر ايضا حيث قال ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وليس فليس واورد عليه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال بعد نقل ما في النهاية يقبل وليس بواضح لان من المكيل ما هو كذلك كالبر المخلوط بالشعير فانه لا مثل له ففيه القيمة انتهى اقول يمكن ان يجاب عنه بان الظاهر ان مراد المصنف رح بالمكيل في قوله اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت هو المكيل من جنس واحد بقرينة قوله بعده وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له وبقرينة شهرة اعتبار الجنس مع الكيل في تحقق المماثلة في المكيل كما تقرر في باب الربوا من البيوع **قوله** والغصب فيما ينقل ويحول اي الغصب يتحقق فيما ينقل ويحول بدليل قوله لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه كذا في معراج الدراية ثم ان المقصود بيان تحقق الغصب فيما ينقل ويحول دون غيره لا بيان مجرد تحققه في المنقول اذ لا خلاف فيه ولا اشتباه وانما الخلاف والاشتباه في عدم تحققه في غير المنقول فهو المقصود الاصلي بالبيان ههنا فالقصر معتبر في التركيب المذكور اي معنى قوله والغصب فيما ينقل ويحول كما اشار تاج الشريعة حيث قال في تفسير ذلك اي تحقق الغصب في المنقول دون غيره واشار اليه صاحب العناية ايضا حيث قال الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار بل اشار اليه المصنف رح حيث قال في تعليل ذلك ان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره وقلت بقي الكلام في ان اداة القصر في التركيب المزبور ما فاعلها هي تعريف المسند اليه بلام الجنس فانه يفيد قصر المسند اليه

لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح يضمنه وهو قول
ابي يوسف رح الاول وجه قول الثاني رح تحقق ثبات اليد من حيث زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فتحقق موجب الضمان وهو الغصب ما بيناه فصار كالمنقول
وجه قوله الاول ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لان العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المبيع
في المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ولو سلمت فالفرق هناك ان بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال وما نقص منه بفعله او سكناه ضمنه
في قولهم جميعا لانه اتلاف والتلف مضمون به كما اذا نقل تمامه لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله اذا انهدمت الدار بسكناه وعمله فلو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بذلك
المشتري بملك غصب البائع ولا بينة اصحاب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح قال وان انتقص بالزراعة يعني النقصان لانه اتلف البعض فيلزمه رأس ماله ويتصدق
بالفضل قال رح وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يتصدق بالفضل وسنذكر الوجه من الجانبين قال واذا هلك المنقول في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه

على المسند كما صرحوا في علم الادب وشبابه بنجم التوكل على الله والكرم في العرب والامام من قريش **قوله** لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل او
لقائل ان يقول هذا القدر من الدليل بدون التفصيل الآتي في دليل عدم الضمان في غصب العقار لا يفيد المدعى ههنا كما لا يخفى على من احاط بحقيقة المقام خبرا وبذكر
التفصيل الآتي هناك يستغنى عن ذكر هذا الدليل ههنا فالاحسن ان يكتفى بما سيأتي في تعليل جواب مسئلة غصب العقار المتفرعة على الاصل المذكور ههنا كما اكتفى بنبيان الخلاف
هناك عن بيانه ههنا فان الخلاف المذكور هناك متحقق ههنا ايضا لا محالة **قوله** واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه اقول كان اللائق بالمصنف رح ان يذكر
الفاء بدل الواو في قوله واذا غصب عقارا الى آخره لان هذه المسئلة متفرعة على ما سبق من الاصل فينبغي ان يظهر علامة التفريع في اللفظ كما وقع في سائر الكتب فذكرت
كلمة الفاء في عامتها وكلمة حتى في المحيط حيث قال فيه وشرط عند ابي حنيفة رح كون المأخوذ منقولا وهو قول ابي يوسف رح الآخر حتى ان غصب العقار عند ابي حنيفة رح
وابي يوسف رح الآخر لا يتقرر موجبا للضمان انتهى والعجب ان كلمة الفاء كانت مذكورة في مختصر القدوري فبدلها المصنف رح بالواو في البداية والهداية ثم اقول المراد بالغصب في قوله
اذا غصب عقارا هو الغصب اللغوي دون الغصب الشرعي فلا يتجه ان يقال قد تقرر فيما مر ان حكم الغصب مطلقا عند هلاك العين المغصوبة في يد الغاصب هو الضمان
فكيف يصح الحكم ههنا بعدم الضمان في غصب العقار وهلاكه في يد الغاصب لان الضمان انما هو حكم الغصب الشرعي دون اللغوي والمتحقق ههنا هو الثاني دون الاول
فلا منافاة قال بعض الفضلاء اطلاق لفظ الغصب ههنا مجاز على سبيل المشاكلة انتهى اقول فيه ان المصير الى المجاز انما هو عند تعذر الحقيقة وههنا الحقيقة اللغوية
متيسرة فلا يصار الى المجاز اللهم الا ان يريد بالمجاز المجاز بالنظر الى الوضع الشرعي دون المجاز المطلق فلا ينافي كونه حقيقة بالنظر الى الوضع اللغوي ولكن حق الاداء هذا
كما لا يخفى وقال صاحب غاية البيان وقد اختلف عبارات مشايخنا في غصب الدور والعقار على مذهب ابي حنيفة رح وابي يوسف رح فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب
ولكن لا على وجه يوجب الضمان واليه مال القدوري في قوله واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح لانه اثبت الغصب ونفى الضمان
وقال بعضهم لا يتحقق اصلا واليه مال اكثر المشايخ انتهى كلامه اقول فيه نظر لانه ان اراد ان بعضهم قال يتحقق فيها الغصب الشرعي على مذهب ابي حنيفة رح وابي يوسف رح فلا نسلم
ذلك اذ لم يقل احد ان الغصب الشرعي يتحقق عندهما فيها كيف ولو قالوا لم يصح منه ان يقول لا على وجه يوجب الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المغصوب في
يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند احد وانما المراد بالغصب في عبارة من اطلق الغصب ونفى الضمان هو الغصب اللغوي دون الشرعي
كما بيناه وان اراد ان بعضهم فلا يتحقق فيها الغصب اللغوي ولا يوجب الضمان وبعضهم قال لا يتحقق فيها الغصب اللغوي ايضا فلا نسلم ان احدا قال ان الغصب
اللغوي لا يتحقق فيها لان الغصب اللغوي على ما مر في صدر الكتاب اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب ولا شك في تحقق هذا المعنى في العقار اذا لم يعتبر فيه ازالة
يد المالك اصلا فضلا عن ازالة يده بفعل في العين كما هو المانع عن تحقق الغصب الشرعي عندهما في العقار على ما ستعرفه فلا يصدر ممن له ادنى تمييز انكار تحقق
الغصب اللغوي في العقار فضلا عن مثل مشايخنا هو الا الاجلاء **قوله** ولهما ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في عين وهذا لا يتصور في العقار لان
يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار قال صاحب العناية في حل هذا المحل ولابي حنيفة وابي يوسف رح ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك اي بسبب ذلك وهذا المعنى
الجموع لا يتصور الا في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه اي اخراج المالك عنها اي عن العقار بمعنى الضيعة او الدار وهذا الاخراج فعل في المالك لا في العقار فانتفى
ازالة اليد والكل ينتفي بانتفاء جزئه انتهى اقول في تقريره تصورا اولا فلانه حمل الباقي قول المصنف رح بازالة يد المالك للسببية وليس بواضح اذ على تقديره
تحقق السببية بين اثبات يد الغاصب وبين ازالة يد المالك لكون الاول وجوديا واصلا صادرا من الغاصب وللثاني امرا عدميا متفرعا على الاول و
ايضا لو كان الباء المذكورة للسببية كان معنى كلام المصنف رح ولهما ان الغصب اثبات اليد المسبب عن ازالة يد المالك بفعل في العين فلا يفهم منه كون الغصب

وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل وهذا لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب عند العجز عن
ردّ عينه يجب ردّ قيمته لا يقال السبب [illegible] ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب وان نقص في يده ضمن النقصان لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر ردّ عينه يجب
ردّ قيمته [illegible] الغصب لانه عبارة عن تقرر الرعاية [illegible] بخلاف البيع لانه ضمان عقد اما الغصب فعقد [illegible] ولا وصاف تضمن بالفعل لما تقدم [illegible]
[illegible] قال [illegible] فاستغلاه فنقصه [illegible] النقصان المباشرة [illegible] وهذا عند ابي حنيفة لا يضمن [illegible] وهذا لان اجر المستعير المستعار

عنهما مجموع اثبات اليد العادية وازالة يد المالك بفعل في العين كما هو المقصود فالوجه ان يكون البارئة للمصاحبة فيكون المعنى وكما ان الغصب اثبات اليد مع
ازالة يد المالك بفعل في العين فحينئذ ينتظم المعنى ويحصل المقصود واما ثانيا فلان المتبادر من قوله فانتفى ازالة اليد بدون التقييد ان لا يتحقق ازالة اليد اصلا في
غصب العقار عندهما وليس كذلك اذ قد مر في تعليل قول محمد رح ان من ضرورة اثبات اليد زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة وفي تعليل قولهما يتعرض
لنفي تلك المقابلة بليست بقابلة للنفي والمنع تقرير ما وبيانه هنا فلا جرم كانت سالبة عندهما ايضا فكيف يتم تقرير ليلهما بوجه يشعر بانتفاء ازالة اليد اصلا في غصب العقار فالاولى في تقرير دليلهما وحل كلام المصنف
هنا ان يقال ولهما ان الغصب اثبات اليد العادية مع ازالة يد المالك بفعل في العين لا مع ازالة يد المالك مطلقا اي سواء كانت بفعل في العين او بفعل في المالك وما كان
من ضرورة اثبات اليد اثباته زوال يد المالك مطلقا لا زوالها بوجه خاص وهو ان يكون بفعل في العين وهذا المعنى مجموع ما اعتبر في حقيقة الغصب من ازالة اليد العادية مع
ازالة يد المالك بفعل في العين لا يتصور في العقار لان يد المالك في العقار لا تزول الا باخراج المالك عنها اي عن العين المغصوبة وهو اي ذلك الاخراج فعل في المالك
لا في العقار فلم يوجد فيه ازالة يد المالك بفعل في العين فلم تحقق فيه حقيقة الغصب فلم يلزمه الضمان عند هلاكه في يد الاخذ وبهذا التقرير يثبت مدعى الامام الاعظم رح والامام
الشافعي ويخرج الجواب عما ذكر في دليل امامنا الثالث والشافعي رح كما لا يخفى على ذي فطنة واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل حيث قال وليت شعري بأي دليل
ثبت كون ازالة يد المالك بفعل في العين ومتى ثبت بل مفهوم ازالة اليد متحقق في اخراج المالك اظهر انتهى اقول قد ثبت ذلك بدليل ذكره صاحب البدائع حيث قال
واما ابو حنيفة رح وابو يوسف رح فمن على اصلهما ان الغصب ازالة يد المالك عن ماله بفعل في المال ولم يوجد في العقار والدليل على ان هذا شرط تحقق الغصب
الاستدلال بضمان الغصب فان اخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه بفعل في الضمان فيستدعي وجود مثله منه في المغصوب ليكون اعتدالا بالمثل الى هنا
كلامه فتامل ثم اورد ذلك البعض على قول المصنف رح في تعليل قولهما وهذا لا يتصور في العقار بان قال للخصم ان يقول انما لم يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد
فتامل انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ ليس في الخصوم من ينكر تحقق اثبات اليد فيه ولا من يقول بعدم الضمان فيه كما عرفته آنفا فكيف يتصور ان يقول الخصم
انما لم يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد **قوله** وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب
فيما ينقل اقول لقائل ان يقول ان اراد ان الغصب الشرعي فيما ينقل فهو مسلم ولكن لا يعلم كون المنقول هو المراد بالغصب المذكور ههنا في اكثر نسخ المختصر
لجواز ان يكون المراد بذلك الغصب اللغوي وهو يعم المنقول وغيره الا يرى انه ذكر الغصب فيما مر في قوله واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه واراد به معناه
اللغوي لا محالة وان اراد ان الغصب مطلقا فيما ينقل فهو ممنوع جدا ويمكن ان يجاب عنه بان المراد هو الاول ولا يرد جواز ان يكون المراد بالغصب
المذكور ههنا في اكثر نسخ المختصر الغصب اللغوي دون الشرعي لان المعنى اللغوي في المنقولات الشرعية معنى مجازي بالنظر الى وضع اهل الشرع على ما عرف
في علم الاصول بل في علم البيان ايضا فلا بد في ارادة المعنى اللغوي بالمنقولات الشرعية في تخاطب اهل الشرع من قرينة وههنا القرينة منتفية فوجب الحمل على
المعنى الشرعي بخلاف قوله فيما مر واذا غصب عقارا فان قوله قبيل ذلك والغصب فيما ينقل ويحول قرينة على ان يكون المراد
بالغصب في قوله غصب عقارا معناه اللغوي دون الشرعي تدبر **قوله** ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب اقول فيه شيء وهو ان الظاهر ان مسئلتنا
هذه يعم المثلي وغير المثلي من المنقولات لعموم الحكم المذكور في جوابها كلا منهما مع ان قوله ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب لا يتمشى في صورة المثلي على قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله اذ قد تقرر فيما مر ان المعتبر في تلك الصورة عند ابي حنيفة رح قيمته يوم الخصومة وعند محمد رح قيمته يوم الانقطاع فلم يتم التقريب لكون المسئلة
اتفاقية **قوله** فان نقص في يده ضمن النقصان لانه يدخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر ردّ عينه يجب ردّ قيمته اقول في هذا التعليل قصور اذ قد

لابي يوسف رح انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر وكذا الملك لان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا الى وقت الغصب عندنا واما انه حصل بسبب خبيث وهو ثابت
في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل والملك المستند لا يفيد به الخبث فلو ملك العين في يد الغاصب صح منه ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان
الخبيث لا يبقى للمالك وهذا الوادي البيلج له التناول بزوال الخبث باداء البدل الى المالك ما اذا باعه فملك في يد المشتري فهو استحق وفيه ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن اليه لان الخبث كان ملك
المشتري الا ان كان لا يجد غيره لانه محتاج اليه فله ان يصرفه الى حاجة نفسه فلو اصاب مالا يتصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه
لما ذكرنا **قال** ومن غصب الفا فاشترى بها جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عند هما وقال
ابو يوسف رح انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر وكذا الملك لان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا عندنا واما انه حصل بسبب خبيث وهو ثابت في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق
لان الغاصب والمودع اذا تصرفا في المغصوب او الوديعة وربحا لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي يوسف رح وقد مرت الدلائل وجوابهما في الوديعة اظهر
لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة اما فيما لا يتعين كالنقدين

اذ قد صرح في علامة الشرح بان مسئلتنا هذه اعم ما كان النقصان في بدن المغصوب مثل ان كان جارية فاعورت او نابة الثديين فانكسر ثديها وما كان في
غير بدنه مثل ان كان عبدا محترفا فنسي الحرفة ولا يخفى ان التعليل المذكور لا يتمشى في الصورة الثانية لان النقصان فيها من حيث الاوصاف دون الاجزاء فالاولى
في التعليل ان يقال لانه يدخل جميع اجزائه واوصافه في ضمانه بالغصب فانه اوفى بالمقصود من معاوضة لقوله الآتي وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد اما الغصب فتغير
الاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف تامل تقف ومراده غير الربوي اما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا
يعني ان مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي واما في الربويات اي في الاموال الربوية التي لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا فلا يمكن للمالك تضمين
النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا هذا فحوى كلامه اقول لقائل ان يقول عدم امكان ذلك مسلم فيما اذا كان نقصان الربويات في الاوصاف كما
اذا غصب حنطة فنقصت في يده الا لاعتبار التفاوت في الوصف عندنا في الاموال الربوية فيؤدي تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الاصل الى الربوا لا محالة
واما فيما اذا كان نقصانها في الاجزاء كما اذا غصب كيليا او وزنيا فتلف بعض اجزائه فنقص قدره كيلا او وزنا فيمكن لصاحب المال تضمين النقصان مع استرداد
الباقي من الاصل بلا ناد الى الربوا اصلا كما لا يخفى فما معنى تخصيص مراد القدوري بغير الربوي والقول بعدم امكان تضمين النقصان مع استرداد الاصل في
الربويات مطلقا تامل وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال المصنف ومراده اي مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي اما في
الربويات فكما اذا غصب حنطة فنقصت عنده او انا فضة فانكسر في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا لكن صاحبه بالخيار ان شاء
اخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وان شاء تركه وضمنه مثله الى هنا كلامه اقول تقرير صاحب العناية هنا وان كان مطابقا لما ذكر في الكافي ونقل في النهاية نقلا
عن الايضاح الا انه منظور فيه عندي اما اولا فلانه قاصر في شرح الهداية فيما مر حتى العناية نفسها وفي سائر المعتبرات ايضا بان الوزني الذي في بعيضه قدره كالمصوغ
من القمقم والطست ليس بمثلي بل هو من ذوات القيم ولا شك ان انا فضة من ذلك القبيل فكيف يتم تمثيل الربويات هنا بانا فضة انكسر في يده واما ثانيا فلانه
كيف يصح قوله وان شاء تركه وضمنه مثله وتضمين المثل انما يتصور في المثليات دون ذوات القيم التي منها انا فضة على مقتضى ما صرحوا به كما مر آنفا فالحق في
حكم غصب انا فضة اذا نقص في يده ما نقله صاحب العناية عن مختصر الشيخ ابي الحسن الكرخي رح من ان صاحبه بالخيار ان شاء اخذه بعينه ولا شيء له غيره
وان شاء ضمنه بقيمته من الذهب وعبارة الكرخي رح هكذا وان كان انا فضة فهو بالخيار ان شاء اخذه بعينه ولا شيء له غير ذلك وان شاء ضمنه قيمته من الذهب
وكذلك ان كان الانا من ذهب فهو بالخيار ان شاء اخذه بعينه وان شاء اخذ قيمته من الفضة انتهت ونقل صاحب النهاية مثل ذلك عن المبسوط بطريق
التفصيل غير ان الواقع فيه قلب فضة بدل انا فضة حيث قال وفي المبسوط وان استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وعند الشافعي رح يضمن
قيمته من جنسه بناء على اصله ان للجودة والرداءة والصنعة في الاموال الربوية قيمة وعندنا لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها فلو اوجبنا مثل قيمتها من جنسها ادى الى
الربوا ولو اوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلم اعادة حقه والتحرز عن الربوا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغا انتهى قوله
لابي يوسف رح انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر وكذا الملك لان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا عندنا اقول فيه نوع تامل لان الذي حصل
في ضمانه وملكه انما هو البعض الفائت من المغصوب دون مجموع المغصوب لان الكلام فيما اذا نقصته الغلة فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الاصل
والظاهر ان المثلية اي الاجزاء بمقابلة منافع مجموع البدل المغصوب المشتغل لا بمقابلة نفسه وصفة الفائت فقط فما وجه القول بان لا يتصدق بشيء من الغلة
اصلا تفكر **قوله** فلو اصاب الا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرناه فسر جمهور الشراح وقت الاستعمال بوقت

قوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها الثمن اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها
واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا او نقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخي لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين لا بد ان يتأكد بالنقد
فيتحقق الخبث وقال مشائخنا لا يطيب له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمبسوط قال
وان اشترى بالالف جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لو تصدق بشيء وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس

فصل فيما يتغير بفعل الغاصب

استهلاك الثمن ونقل صاحب النهاية هذه المسألة عن المبسوط بعبارة صريحة فيما فسرنا به وقت الاستعمال حيث قال وفي المبسوط فاذا اصاب بعد ذلك
مالا يتصدق بمثله ان كان استهلاك الثمن يوم استهلكه وهو غني وان كان محتاجا يوم استهلك الثمن لم يكن عليه ان يتصدق بشيء من ذلك انتهى اقول
فيه اشكال فانه يجوز ان يكون غنيا وقت استهلاك الثمن ويصير فقيرا وقت الاستعانة بالغلة في اداء الثمن الى المشتري في هذه الصورة كيف يؤثر الغنى
السابق للمثابة وقت استهلاك الثمن في حق الغلة المصروفة الى حاجته في حال فقره اللاحق حتى يلزمه التصدق بمثلها عند اصابته مالا او لا يرى انه لو صرفها الى حاجة
غيره من سائر الفقراء لم يلزمه التصدق بمثلها من بعد اصلا ففيما اذا صرفها الى حاجة نفسه حال فقره كان اولى بذلك كما صرحوا به فيما قبل اللهم الا ان يقال وجه تاثير
الغنى السابق في تلك الصورة هو انه لو لم يستهلك الثمن حال غناه بلا ضرورة لاحتمال ان يبقى ذلك الثمن الى وقت لزوم اداء الثمن الى المشتري فلا يحتاج
الى الاستعانة بالغلة لكن ذلك الاحتمال امر موهوم يبعد ان يكون مدار الحكم الشرعي فتدبر وفستراج الشريعة وقت الاستعمال المذكور في كلام المصنف رح
بوقت الصرف الى حاجة نفسه اقول هذا هو الظاهر ولكن فيه ايضا شيء وهو ان الصرف الى حاجة نفسه انما يجوز رأسا اذا كان لا يجد غير تلك الغلة كما افصح عنه المصنف رح
بقوله ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن اليه الا اذا كان لا يجد غيره ولا يخفى انه اذا كان لا يجد غير ذلك كان فقيرا البتة فلم يكن وجه لتردد المصنف رح
حينئذ بقوله فلو اصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه اذ معناه فيما ان صرفها الى حاجة نفسه لو اصاب مالا الى آخره
اللهم الا ان يقال يجوز ان يكون غنيا ولا يجد غير ذلك بان كان ابن السبيل فتامل **قوله** فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا
اشترى بها ونقد منها اقول في عبارة المصنف رح ههنا تسامح لان حاصله يؤول الى ان يقال فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى نفسه والى غيره لان قوله
اشترى بها في قوله انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها نفس ما في الكتاب وقوله ونقد منها امر مغاير له ولا معنى للقول بان في الشيء اشارة الى نفسه والى غيره
كما لا يخفى فالظاهر ان يقال فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصادق انما يجب اذا اشار اليها ونقد منها اذ حينئذ لا يلزم المحذور المذكور ويظهر
المقابلة بقوله بعده واما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها كما لا يذهب على ذي مسكة ثم ان ما فاز قول المصنف رح ثم هذا انما هو فيما يتعين
بالاشارة الى قوله وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة ما ذكره فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير ولفظه اذا اشار اليها ونقد منها يدل قول
المصنف رح اذا اشترى بها ونقد منها فانه قال هناك وهذا واضح فيما يتعين بالاشارة اليه فاما في الدراهم والدنانير فقد ذكر في الكتاب اذا اشترى بها
يتصدق بالربح وظاهر هذه العبارة يدل على انه اراد بها اذا اشار اليها ونقد منها وكان الكرخي رح يقول في المسألة ان ذلك على اوجه اما ان يشير اليها
ونقد منها واما ان يشير اليها ونقد من غيرها واما ان يطلق اطلاقا وينقد منها او يشير الى غيرها وينقد منها وفي كل ذلك يطيب الا ان يشير اليها وينقد منها
فان الاشارة اليها لا يفيد التعيين فيستوي وجودها وعدمها الا ان يتأكد بالنقد منها قال مشائخنا رح بل لا يطيب بكل حال ان تناول من المشتري
قبل ان يضمن وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال واطلاق الجواب ههنا والمضاربة والجامع الكبير دليل على هذا القول وهو المختار الى هنا لفظ فخر الاسلام
في شرح الجامع الصغير وقال في الذخيرة قال مشائخنا رح الفتوى اليوم على قول الكرخي رح لكثرة الحرام وفعا للحرج عن الناس وعلى هذا القرار الصدر الشهيد وشمس الائمة السرخسي رح

فصل فيما يتغير بفعل الغاصب

قال في العناية لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين او المثل او القيمة
اعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان ما يزول به ملك المالك وان كان عارضا لاصل
الغصب الا ان رد المثل او القيمة متفرع على تحقق هذا العارض فان موجب اصل الغصب انما هو رد العين ولا يصار الى رد المثل او القيمة الا بعد هلاك العين

قال واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة فذبحها او شواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا او صفرا فعمله آنية وهذا كله عندنا وقال الشافعي رح لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف رح غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربوا وعند الشافعي رح يضمنه وعن ابي يوسف رح انه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه ويتصدق به من الفضل بعد موته للشافعي رح ان العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح في الحنطة والقتها في طاحونة الغير فطحنت وله انه لا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما اذا انعدم الفعل اصلا وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها واذبحها ولنا انه احدث صنعة متقومة فتصير حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الاصل الذي هو فائت من وجه ولا نجعله سببا للملك من حيث انه محظور بل من حيث انه احداث الصنعة

كما تغيرت رغما مر فلم يكن رد المثل والقيمة الا بعد هلاك العين حكم الغصب الا بعد حدوث ذلك العارض فكان بالتاخير احرى منه واما ثانيا فلان كون ما يزول به ملك المالك عارض انما يقتضي استحقاقه للتاخير لا لفصله عما قبله بان يورد في فصل على حدة فلم يتم قوله وحقه الفصل عما قبله وكان صاحب النهاية تداركه حيث قال لانه عارض فناسب ان يذكر بعد ذلك لكن لا يتم به تمام التقريب اذ المقصود بيان وجه ذكر ما يتعلق بذلك العارض من المسائل في فصل على حدة لا بيان وجه مجرد ذكره متاخرا عما قبله **قوله** واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها قال في العناية قوله بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير بغير فعله مثل ان صار العنب زبيبا بنفسه او نخلا او الرطب تمرا فان المالك فيه بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح الجرد ملك مالكها لانه لم يزل اسمها القائل شاة مذبوحة وشاة حية وقوله واعظم منافعها ليتناول الحنطة اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا ونساء وبذرا وغير ذلك بالطحن والظاهر انه تاكيد لان قوله زال اسمها تناوله فانها اذا طحنت صارت تسمى دقيقا لا حنطة الى هنا لفظ العناية اقول فيه نظر فان كون قيد واعظم منافعها في هذه المسئلة مذكورا للتاكيد مع وقوعه في عبارات عامة المعتبرات من المطولات والمختصرات على الاطراد بعيد جدا لا يقبله الطباع السليمة فالحمل عليه من ضيق العطن والصواب انه احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها واريها فانه لا يزول بالذبح والتاريب ملك مالك كما سيأتي في الكتاب مع انه زال اسمها بعد التاريب ولكن لم يزل اعظم منافعها وهو الحمية كما سيأتي التصريح في عامة الشروح حتى العناية نفسها وان لم يزل ملك مالكها عنها تاريب **قوله** غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده قال بعض الفضلاء الظاهر ان المراد نقصان القيمة اقول لا يرد ممنوع كيف وقد قال عامة الشراح في بيان قول المصنف رح فيما سيأتي ولنا انه احدث صنعة متقومة لان قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا وكذا قيمة الشاة تزداد بطبخها فاذا ازداد قيمة الحنطة بجعلها دقيقا فاي تصور هناك نقصان القيمة بل الظاهر ان المراد نقصان الوصف كما اذا عفنت وقد افصح عنه صاحب النهاية حيث قال لان الدقيق عين الحنطة من وجه فكان له ان يأخذه كما قبل الطحن ثم قال والدليل على بقاء جنس الحنطة فيه جريان الربوا بينهما ولا يجري الربوا الا باعتبار المجانسة وقال فلما ثبت المجانسة بين الحنطة ودقيقها كان اخذ الدقيق بمنزلة اخذ عين الحنطة ولو اخذ عين الحنطة كان لا يجوز ان يأخذ معها شيئا آخر لنقصان صفتها بسبب العفونة لادائه الى الربوا على ما مر فكذلك ههنا انتهى اللهم الا ان يكون مراد ذلك القائل ايضا بنقصان القيمة نقصانها بسبب فوات الوصف لا نقصانها بمجرد الطحن من غير نقصان الوصف لكن الظاهر في مثله اضافة النقصان الى الوصف لا الى القيمة كما لا يخفى **قوله** للشافعي رح ان العين باق الى آخره قال صاحب العناية قوله وللشافعي رح عطف على قوله لانه يؤدي الى الربوا اقول ليس هذا بسديد فان الواو غير موجودة ههنا في نسخ الهداية الصحيحة اصلا ولو سلم وجودها فالظاهر انها للابتداء اذ لو كانت للعطف على قوله لانه يؤدي الى الربوا لزم الفصل بين المعطوفين بكلام اجنبي وهو قوله وعند الشافعي رح يضمنه وقوله وعن ابي يوسف رح انه يزول ملكه عنه الى آخره ولا يخفى على من له دربة باساليب الكلام ركاكة ذلك جدا وكونه بمعزل عن شان صاحب الهداية ورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيلزم ان يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند ابي يوسف رح هذا خلف انتهى اقول ليس هذا بشيء لان معنى قوله للشافعي رح ان العين باق ان له في اثبات مذهبه كذا وهذا هو المعنى ايضا على تقدير ان يكون وللشافعي رح عطفا على قوله لانه يؤدي الى الربوا الا ان له في اثبات مذهب ابي يوسف رح كذا حتى يلزم ان يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند ابي يوسف رح كيف ولو لزم ما توهم من المحذور ههنا للزم ذلك في كل موضع الخلاف يقال عند اقامة ادلة المذاهب له كذا وله كذا ولنا كذا اذ لا شك ان المذكور ثانيا او ثالثا من تلك الادلة بالواو معطوف على الاول مع ان مدعى كل واحد منها يخالف الآخر ومن جملة ذلك قوله فيما نحن فيه

بخلاف الشاة لانا اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غير ما حفظه وقوله ولا يحل له الانتفاع بها شيء قوي يدلها استحسان والقياس
ان يكون له قيمتها وهو قول الحسن وزفر وهكذا عن ابي حنيفة رواه الفقيه ابو الليث وجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف الا ترى انه لو وهبه او باعه جاز وقد الاستحسان قوله
عليه السلام في الشاة المذبوحة المتنازعة بذبحها صاحبها اطعموها الاسارى اذا الامر بالتصدق دليل ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء لان في اباحة الانتفاع ثم باب
الغصب لو اراد قبل الارضاء عين المادة الفساد وفيه وهبه معنى الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد ولا ادى لانه تراحله لان حق المالك صار موفى بالبدل لما حصلت مبادلة
بالتراضي وكذا اذا ابراه لسقوط حقه به وكذا اذا ادى بالقضاء او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك لوجود الرضاء منه لانه لا يقضى الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا
غصب حنطة فزرعها او نواة فغرسها ثم ان عند ابي حنيفة رح يباح الانتفاع فيهما قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام
العين منه من وجه في الحنطة رح لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما واصله ما تقدم قال وان غصب منه او دهنا فصبها في دراهم او دنانير
او ماية لم يزل ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة رح فيأخذها ولا شيء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة معتبرة تميزت
حق المالك هالكا من وجه لا ترى انه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات والمغروب يصلح لذلك وله ان العين باق
من كل وجه الا ترى ان الاسم باق ومعناه الاصلي الثمنية وكونه موزونا وانه باق حتى يجري فيه الربوا اعتبارا وصفا لا جنسية
لرأس المال من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيما غيره متقومة مطلقا لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها

ولنا انه احدث صنعة متقومة فانه معطوف تطفلا على قوله للشافعي رح ان العين باق مع انه ليس بتعليل لما علله الشافعي رح بالتاريب فالوجه في صحة العطف
في امثال ذلك كلها ان المعنى انه لنا في اثبات مذهبه كذا ولنا في اثبات مذهبنا كذا ولا محذور فيه اصلا فاحفظ هذا فانه ينفعك في مواضع شتى **قوله** بخلاف الشاة
لان اسمه باق بعد الذبح والسلخ هذا جواب عن قول الشافعي رح وصدرها اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها واريها وتقريره ان العلة حدوث الفعل من الغاصب على
وجه يتبدل به الاسم واسم الشاة بعد الذبح باق لانه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التاريب ولا يقال شاة موربة بل يقال
لحم موروب فقد حصل الفعل وتبدل اللحم ولم ينقطع حق المالك اجيب بانه كذلك الا انه لما ذبحها فقد ابقى اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمية فيها اذ معظم المقصود منها
اللحم ثم السلخ والتاريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل تحققه فلا يكون دليل تبديل العين كذا في العناية وغيرها اقول الجواب المذكور لا يدفع السؤال الوارد
على المصنف رح فيما ذكره جوابا مما استشهد الشافعي رح من مسئلة ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وتاريبها فانه علل المخالفة بينها وبين ما نحن فيه ببقاء اسم الشاة فيها بعد الذبح و
السلخ فورد عليه قطعا ان يقال الكلام في الشاة التي ذبحت ثم اربت ولا شك ان اسم الشاة لم يبق بعد التاريب فلم يتحقق المخالفة بينها وبين ما نحن فيه من حيث
تبدل الاسم وعدم تبدله فلم يصلح ما ذكره المصنف رح جوابا عما استشهد به الشافعي رح نعم يمكن ان يجاب عما استشهد به الشافعي رح راسا بما قرر في الجواب المذكور
لكنه لا يرفع تصورا ما اجاب به المصنف رح عنه ودار السؤال المزبور على ذلك فلا يتم التقريب **قوله** وكذا اذا ادى بالقضاء او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك لوجود الرضاء
منه لانه لا يقضى الا بطلبه في المعنى المراد من قوله او ضمنه الحاكم ومن قوله او ضمنه المالك نوع اشتباه وعن هذا اختلفت عبارات الشراح في تفسيرهما فقال صاحب الكفاية
في شرح قوله او ضمنه الحاكم يحتمل ان يكون المغصوب منه من كان القاضي وليا له او ان يكون المراد منه قضى بالضمان بدليل قوله انه لا يقضى الا بطلبه انتهى واختار تاج الشريعة
الاحتمال الاول حيث قال في بيان قوله او ضمنه الحاكم بان كان المغصوب مال اليتيم او الغائب وكذا اختاره صاحب العناية حيث قال في تفسير ذلك يعني اذا كان مال اليتيم
اقول يرد على الاحتمال الاول ان قول المصنف رح في التعليل لانه لا يقضى الا بطلبه غير مساعد لذلك لان من كان القاضي وليا له لا يلزم منه الطلب في قضاء القاضي له
بحقه بل قد لا يتصور منه الطلب كما اذا كان اليتيم صغيرا جدا وكما اذا كان الغائب بعيدا غير عالم بالقضية اصلا ويرد على الاحتمال الثاني ان قول المصنف رح قبيل هذا وكذا
اذا ادى بالقضاء يأبى ذلك اذ حينئذ يلزم التكرار ويمكن ان يجاب عن الاول بان طلب القاضي في حكم طلب من كان القاضي وليا له لكونه نائبا منابه فكان القضاء هنا
ايضا بطلب المغصوب منه حكما وعن الثاني بانه يجوز ان يكون المراد بالقضاء على تقدير ان يكون معنى قوله ضمنه الحاكم قضى بالضمان مجرد القضاء بالضمان بدون وقوع ادائه
من الغاصب والمراد بقوله قبيل ذلك وكذا اذا ادى بالقضاء اذا ادى البدل بالقضاء فافترقا فلا تكرار ثم قال صاحب الكفاية ومعنى قوله او ضمنه المالك اخذ الضمان او تراضيا
على مقدار من الضمان انتهى اقول يرد عليه ايضا ان قول المصنف رح فيما قبيل واذا ادى البدل يتاع يغني عن هذا المعنى لان ادا الغاصب البدل يستلزم اخذ المغصوب منه
الضمان فيلزم ان يكون قوله او ضمنه المالك مستدركا ويمكن ان يجاب عنه بانه يجوز ان يكون المراد بتضمين المالك اخذه الضمان بغير رضى الغاصب وبغير القضاء دون مطلق اخذ الضمان والمراد بقوله
فيما قبل واذا ادى البدل ادوه برضاه دون مطلق الادا لا يلزم استدراك قوله كذا اذا ادى بالقضاء وادوه بالرضاء انما يستلزم اخذ الضمان دون اخذه بغير رضاه فلا يستدرك بقي الكلام في قول
صاحب الكفاية او تراضيا على مقدار من الضمان فانه يقتضي الاستدراك اذ التراضي قد كان معتبرا في قول المصنف رح واذا ادى البدل يتاع كما يدل عليه تعليله هناك بقوله لان حق المالك صار موفى
بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي ويمكن ان يجاب عنه ايضا بان المراد هنا التراضي على مقدار من الضمان اي على بعض منه والمراد فيما تقدم التراضي على ادا كل الضمان فحصل التغاير من هذه
الحيثية وانما يرفع الاستدراك لكن لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان حمل قول المصنف رح او ضمنه المالك على التراضي على مقدار من اللفظ مما لا يساعده اللفظ جدا ولا يفهم منه
ذلك المعنى من حيث العربية اصلا وقال تاج الشريعة في تفسير قوله او ضمنه المالك اي طلب المالك من الغاصب الضمان يحل الانتفاع قبل ادا الضمان انتهى

قال ومن غصب ساحة فبنى عليها زال ملك المالك عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي رح للمالك اخذ ساحة الوجه عن الجانبين وبناه
ووجه آخر لنا فيه ان فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار
كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي والفقيه
ابو جعفر الهندواني رح انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساحة اما اذا بنى على نفس الساحة ينقض لانه حق له فيه وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح

وانتفى اثره الشارح العيني اقول فيه ايضا بعد من حيث اللفظ والمعنى كما لا يخفى فتامل **قوله** ومن غصب ساحة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب
قيمتها ذكر في الذخيرة ان ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء اكثر من قيمة الساحة واما اذا كانت قيمة الساحة اكثر من البناء فلم يزل ملك مالكها انتهى قال صاحب البناية
بعد نقل ما في الذخيرة وسيظهر لك وجه ذلك ان تاملت في قوله وجه آخر لنا فيه انتهى اقول لا يذهب على من له ذوق صحيح انه لا يظهر وجه ذلك بالتامل في قوله وجه آخر
لنا فيه لان حاصله ان ضرر الغاصب فيما ذهب اليه الشافعي رح ضرر من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة ولا ريب ان الضرر المجبور دون الضرر المحض فلا يرتكب
الضرر الاعلى عند امكان العمل بالضرر الادنى ولا يخفى على ذي فطرة سليمة انه لا فرق في هذا المعنى بين ان يكون قيمة البناء اكثر من قيمة الساحة وبين العكس
اذ لا شك ان الضرر المحض اشد واثقل من الضرر المجبور على كل حال فلا بد ان يتحمل الثاني دفع الاول على كل حال عملا باختيار اهون الشرين كما هو القاعدة
المقررة وانما كان يظهر وجه ذلك لو كان كلا الضررين مجبورين بالقيمة حينئذ يكون اخف واليسر تحملا وليس فليس ثم اقول لعل وجه ذلك
يظهر بالتامل في قوله والوجه من الجانبين فتدبره فان ما قدمه من جانبنا هو قوله ولنا انه احدث صنعة متقومة صيرها حق المالك هالكا ولا شك ان قيمة
البناء اذا كانت اكثر من قيمة الساحة كان البناء غالبا على الساحة فيصح اذ ذاك ان يقال ان الغاصب احدث صنعة متقومة صيرها حق المالك هالكا
من وجه لظهور صحة تصيير الغالب المغلوب هالكا من وجه واما اذا كانت قيمة الساحة اكثر من قيمة البناء فانما يكون الساحة غالبة على البناء فيشكل هناك
ان يقال انه احدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا من وجه اذ تصيير المغلوب الغالب هالكا غير ظاهر تامل تفهم **قوله** ووجه آخر لنا فيه ان فيما ذهب اضرارا
بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة بيانه ان فيما قاله الشافعي رح اضرارا بالغاصب لان فيه ابطال حقه
وفيما قلنا اضرار بالمالك ولكن ضرر المالك مجبور بالعوض وهو القيمة فكان فوات حقه كلا فوات وضرر الغاصب ليس بمجبور بشيء فيفوت حقه لا الى خلف
فكان قطع حق المالك اولى من قطع حق الغاصب كذا في غاية البيان اقول لقائل ان يقول يشكل هذا الوجه من التعليل بما اذا غصب ساحة بالحار
المهملة فبنى عليها فانه لا يزول ملك المالك عنها كما سياتي في الكتاب مع جريان الوجه المذكور بعينه هناك ايضا كما لا يخفى نعم يوجد هناك وجه آخر فارق
بينهما لكن الكلام في انتقاض هذا الوجه المذكور في مسئلتنا هذه بتلك المسئلة الآتية فتامل **قوله** كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته او عبده او
ادخل اللوح المغصوب في سفينته قال في العناية فان قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث ان فيه تلف الناس لا لان المالك ملك ذلك
بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط قلنا ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره وجعل حق غيره اولى لان بابطاله زيادة ضرر بالنسبة الى
ضرر المالك فكانت متساويتين انتهى ورد عليه بعض الفضلاء بان قال كيف يقاس ذلك ولو كان البناء والساحة كلاهما لشخص واحد يباح له
نقض بنائه واخراج الساحة من تحته بخلاف اللوح والسفينة والخيط والجارية فانها لو كانت لمالك واحد لا يباح له نزع الخيط واللوح فليتامل
انتهى اقول ليس ذاك بشيء اذ لا يجب في صحة القياس اشتراك المقيس والمقيس عليه في جميع الاحوال بل يكفي اشتراكهما في العلة التي هي مناط
الحكم وههنا كذلك فان العلة في المقيس عليه لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير ابطال حقه وهو متحقق في المقيس ايضا بلا ريب على انه
لو كان البناء والساحة كلاهما لشخص واحد صار بمعزل عما نحن فيه اذ لا يتحقق الغصب هناك ولا يكون صاحب البناء متصرفا في ملك الغير
حينئذ فلا يكون داخلا فيما وقع مقيسا ههنا ولا يتحقق فيه العلة المعتبرة عليه في المقيس وهي لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير ابطال حقه فلم يكن له
تعلق بما نحن فيه ولا بالقياس المذكور فيه اصلا **قوله** وجواب الكتاب يرد ذلك قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله وجواب الكتاب يرد ذلك اي

قال ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدها هذا هو ظاهر الرواية ووجه انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب فلو كانت الدابة غيرماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها فللمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف المملوك حيث يأخذه مع ارش المقطوع لان الآدمي يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف

قال ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرق خرقا كثيرا تبطل عامة منافعه فلمالكه ان يضمنه جميع قيمته لانه استهلاك من هذا الوجه فكانه احرقه قال بعض مشايخنا يترك الثوب عليه وانشاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعييب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قائم ثم اشارة الكتاب الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان عهده جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع **قال** ومن غصب ارضا فغرس فيها او بنى قيل له اقلع البناء والغرس ورد ارضا

جواب مختصر القدوري يرد ما قاله الكرخي رح نظرا لان القدوري يروي عن ابي عبد الله الجرجاني عن ابي بكر الرازي عن ابي الحسن الكرخي رح فكيف يرد مجرد جواب القدوري قول الكرخي رح وسند رواية اليه نعم يجوز رجحان قول المتاخر على المتقدم باقامة الدليل لا بمجرد الرواية فلا انتهى كلامه اقول نظره ساقط لانه ان اراد ان استناد رواية القدوري في جميع مسائل مختصره او في المسئلة التي نحن بصددها الى الكرخي رح فهو ممنوع كيف وقد صرح هذا الشارح نفسه بان القدوري قال في شرح المختصر القدوري للكرخي رح وكان ابو الحسن الكرخي رح يقول المسئلة موضوعة على انه بنى على حوالي الساحة لانه غير متعد في البناء على ملكه فلا ينقض واما اذا بنى على نفس الساحة ينقض بناؤه لانه تعدى فيه وكان الهندواني يختار هذا القول وقد ذكر في كتاب الصرف فيمن غصب درهما فجعله عروة مزادة سقط حق مالكه والفضة لا يسقط حق مالكها فيها بالصياغة وانما اسقطه لكونها تابعة للمزادة وهذا لا يكون الا بعمل يوفقه فيها على وجه التعدي فدل على ان المسئلة على اطلاقها وانه لا حق للمالك في الساحة في الوجهين وقال الى هنا لفظ القدوري ولا يذهب عليك ان ما نقله عن القدوري صريح في ان القدوري لا يقبل رواية الكرخي في هذه المسئلة على التفصيل بان من بنى على حوالي الساحة ويستدل على اطلاقها بمسئلة كتاب الصرف كما ترى فتبين ان رواية القدوري هذه المسئلة بان يقال فبنى عليها لا يستند الى الكرخي رح بل هو في هذه الرواية مخالف له ومتمسك بمسئلة كتاب الصرف وان اراد ان استناد رواية القدوري في اكثر المسائل الى الكرخي رح بالطريق المزبور فهو مسلم لكن لا يجدي ذلك ههنا شيئا فان الكلام في مسئلة الساحة وهو في روايتها يخالف الكرخي رح كما عرفت **قوله** ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وهو ما عد للذبح من الابل من الجزر وهو القطع يقع على الذكر والانثى وهي تؤنث كذا قالوا وانما ذكر الجزور بعد ما ذكر الحكم في الشاة من الخيار بين تضمين القيمة وتضمين النقصان لدفع شبهة ترد على اختيار تضمين النقصان بان يقال النقصان بالذبح في الشاة انما كان بسبب تفويت صلاحيتها للدر والنسل والجزور هي التي اعدت للذبح فلم يكن الدر والنسل مطلوبين ههنا فينبغي ان لا يضمن الغاصب النقصان بل استحق اجر المثل من حرارته على المالك لانه حق مقصود فيها فكان زيادة لا نقصانا كما اذا غصب ثوبا فصبغه احمر حيث يضمن المالك للغاصب ما زاد الصبغ اذا اختار اخذ الثوب لكون صبغ الحمرة زيادة فدفع تلك الشبهة بقوله وكذا الجزور وذلك لان نفس ازالة الحيوة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لانه يحتمل ان يكون للمالك مقصود فيها سوى الدر والنسل من الاسمان وتبقيتها الى زمان يحصل مقاصده منها كذا في النهاية ومعراج الدراية وافاد صاحب العناية خلاصة هذا المعنى بعبارة اخرى حيث قال وانما خصه لدفع ما عسى ان يتوهم ان غاصبه يجب ان يستحق اجر المثل لحرارته على المالك لانه حق مقصود فيه فكان ذلك زيادة فيه لا نقصانا حيث اعد للجزر غير مطلوب منه الدر والنسل وذلك لان نفس ازالة الحيوة عن الحيوان نقصان وكان للمالك الخيار لاحتمال ان يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الاسمان والتاخير الى وقت آخر لمصلحة له في ذلك انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء قوله وانما خصه لدفع ما عسى ان يتوهم ان غاصبه يجب ان يستحق اجر المثل حيث قال لا مجال لهذا التوهم اصلا لان فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الاجر وقال فالاولى في تخصيصه استحقاق اجر المثل من البين ويقول بدله ان ذابحه يجب ان لا يكون غاصبا انتهى اقول ان قوله لا مجال لهذا التوهم اصلا ممنوع وقوله لان فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الاجر غير مسلم فانه اذا لم يكن متبرعا لما زاده الصبغ فيما اذا اخذ ثوب غيره فصبغه احمر بل ضمنه للمالك اذا اختار اخذ الثوب كما سيأتي فلم يجوز ان لا يكون متبرعا لما زاده الذبح فيما اذا ذبح جزور غيره بل استحق اجر المثل بناء على انه حق مقصود للمالك وهذا القدر من القياس ان لم يكن مناطا للاجتهاد فلا اقل من ان يكون منشأ للتوهم فلا بد من دفع ذلك التوهم فاشار المصنف رح الى دفعه بقوله وكذا الجزور وهذا هو مراد الشارح ههنا ولا غبار عليه **قوله** ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه قال صاحب العناية قيل ليس لتقييده

قوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق

غير ماكول اللحم فائدة فان حكم ماكوله ايضا كذلك لانه عطف قوله وكذلك اذا قطع يديها على قوله ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها فدل انها في الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيهما يعني في ماكول اللحم وغير ماكوله اذا قطع طرفه وكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين احدهما انه لو كان كذلك لكفى ان يقول وكذلك اذا كانت غير ماكول اللحم والثاني ان التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف ماكول اللحم وغير ماكوله حيث قال في الاول انه اتلاف من وجه وفي الثاني لوجود الاستهلاك من كل وجه الى هنا لفظ العناية اقول القائل بعدم فائدة التقييد بغير ماكول اللحم انما هو صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية واما المراد بمن قال في قوله ومن الشارحين من قال فالظاهر انه هو صاحب غاية البيان اذ لم يقل احد من الشارحين ما يشبه القول المذكور سوى صاحب الغاية الا ان ما نقله صاحب العناية ليس عين عبارة صاحب العناية ايضا فان عين عبارته هكذا هذا الفرق بين ماكول اللحم وغير ماكول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين جميع القيمة فيهما بلا خيار وقد مر من قبل هذا انتهى ولا يخفى على ذي مسكة انه لا يرد على ما تيك العبارة شيء من وجهي نظر صاحب العناية لان مدار ورودهما على حمل مراد المصنف على تسوية ماكول اللحم وغير ماكوله في الحكم وعبارة صاحب العناية تنادي على حمل مراده على الفرق بينهما حيث قال هذا الفرق بين ماكول اللحم وغير ماكول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية بتصرف ثم قال صاحب العناية والظاهر من كلام المصنف رح نفي خيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امساك الجثة وتضمين نقصانها ويكون ذلك اختيارا منه وان كان نقل الكتب على خلافه فانه ذكر في الذخيرة والمغني فقال وفي المنتقى هشام عن محمد رحمه الله رجل قطع يد حمار او رجله وكان لما بقي قيمة فله ان يمسك ويأخذ النقصان انتهى كلامه اقول لمانع ان يمنع مخالفته ما اختاره المصنف رح لنقل الكتب المذكورة لان مارواه هشام عن محمد رحمه الله من جواز اختيار الامساك واخذ النقصان فيما اذا قطع طرفا من غير ماكول اللحم مقيد بان كان لما بقي قيمة كما ترى ويجوز ان يكون ما اختاره المصنف رح وجوب تضمين جميع القيمة فيما اذا لم يكن لما بقي بعد قطع الطرف قيمة بدلالة قوله لوجود الاستهلاك من كل وجه على ذلك لانه لا يوجد الاستهلاك من كل وجه فيما اذا كان لما بقي قطع الطرف قيمة بل يبقى فيه منفعة القيمة فيصير مالكا من وجه دون وجه وكان صاحب الكفاية تنبه لذلك حيث قال في شرح قول المصنف رح ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها اي الواجب هنا جميع القيمة اذا لم يكن للدابة منفعة بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه اما اذا كان لما بقي قيمة فله ان يمسك ويأخذ النقصان ونقل ما في المنتقى من رواية هشام عن محمد رحمه الله

قوله لقول النبي صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم حق صحح في المغرب بتنوين عرق حيث قال اي الذي غرس ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجبها ووصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجاز او قدر بالاضافة اي ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه كذا في العناية وغيرها اقول فيما ذكر في المغرب شيء وهو انه قدر المضاف اولا حيث قال اي لذي عرق ظالم وجعل وصف العرق بالظلم تجوزا ثانيا وبينهما تنافر لانه اذا قدر المضاف يصير ظالم صفة له لا للعرق كما قالوا في قول النبي صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق عليه ان قوله محرم صفة ذا وحمزة للجواز فيتم معنى الكلام على حقيقته فلا تكون للمصير الى التجوز وجه حسن هذا ذكر الزمخشري في الفائق ما ذكره المطرزي في المغرب خلا القول بوصف العرق بالظلم على سبيل التجوز اللهم الا ان يكون مراد صاحب المغرب بقوله اي لذي عرق ظالم مجرد تصوير المعنى لا ان هناك مضافا محذوفا مقدرا وقال بعض الفضلاء

ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للمالك من سبب يقوم الشاغل بتفريغها كما اذا اشتغل ظرف غيره بطعامه فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك ان يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكون له لان فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء او شجر يؤمر بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار له فتقوم الارض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر او بناء لصاحب الارض ان يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما **قال** ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وان شاء اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي رح في الثوب لصاحبه ان يمسكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة يبنى فيها لان التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق لان التمييز متعذر ولنا ما بينا ان فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل بخلاف الساحة يبنى فيها لان النقض له بعد النقض اما الصبغ فيتلاشى وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ قال ابو عصمة رح في اصل المسألة وان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته ابيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له الامتناع من الرجوع وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع وثبت في هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بهذا ذكرنا الوجه في السويق غير ان السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل المراد منه المثل وسماه قيمة لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه اسود فهو نقصان عند ابي حنيفة رح وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف ذلك في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا ينقصه الحمرة بان كانت قيمته ثلثين درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد رح انه ينظر الى ثوب تزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لان احدى الخمستين جبرت بالصبغ

فصل ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي رح لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد ينفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن **قال** والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه لان المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه

ولا مجال لكون ظالم نعتا للذي لانه معرفة انتهى اقول هذا الكلام من مثل ذلك امر عجيب فان ذا الذي بمعنى صاحب لا يكون الا مضافا ويكون نكرة ان اضيف الى نكرة ومعرفة ان اضيف الى معرفة وعن هذا قال العلامة الجوهري في صحاحه واما ذو الذي بمعنى صاحب فلا يكون الا مضافا فان وصفت به نكرة اضفته الى نكرة وان وصفت معرفة اضفته الى الالف واللام ولا يجوز ان تضيفه الى مضمر ولا الى زيد وما اشبهه انتهى ولا ريب ان المضاف اليه للذي فيما نحن فيه وهو عرق نكرة فيكون المضاف ايضا نكرة فلا معنى لقوله ولا مجال لكون ظالم نعتا للذي لانه معرفة وكان وهمه ذهب الى ذي التي هي مؤنث ذا من اسماء الاشارة التي هي من انواع المعارف ونعم ما قالوا لكل جواد كبوة ولكل صارم هفوة **قوله** ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها الى آخره اقول لمتوهم ان يتوهم ان قوله في التعليل والغصب لا يتحقق فيها ينافي وضع المسألة في الغصب بان قال ومن غصب ارضا فغرس فيها او بنى فالجواب ان المراد بالغصب المذكور في وضع المسألة هو معناه اللغوي وبالغصب المنفي حقيقته في الارض في اثناء التعليل هو معناه الشرعي على اصل ائمتنا فلا منافاة و قال صاحب غاية البيان قد مر في اوائل كتاب الغصب عند قوله الغصب فيما ينقل ويحول ان عبارات مشايخنا اختلفت في غصب الدور والعقار على مذهب ابي حنيفة رح وابي يوسف رح فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان واليه مال القدوري في قوله واذا غصب عقارا فهلك لم يضمنه عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح فعلى هذا لا يرد السوال على قوله ومن غصب ارضا وقال بعضهم لا يتحقق فيجاب عنه ان يقال لما تصور بصورة الغصب سماه غصبا كما في قوله تعالى الا ابليس لانه تصور بصورة الملائكة انتهى كلامه اقول قد مر منا ايضا هناك انه لم يقل احد من مشائخنا ان الغصب الشرعي يتحقق عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح في العقار ولو قال ذلك لما صح منه ان يقول لا على وجه يوجب الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المغصوب في يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند احد وانما اغتر صاحب الغاية باستعمال بعض المشائخ لفظ الغصب في العقار وتوجيه ذلك على طرف التمام بحمله على المعنى اللغوي كما قررناه آنفا فلا وجه لبناء عدم ورود السوال على قوله ومن غصب ارضا على القول بتحقق الغصب الشرعي في العقار على انه لو بنى عليه لورد السوال على قول المصرح في تعليل ذلك والغصب لا يتحقق فيها اذ يلزم حينئذ ان لا يطابق التعليل المعلل واما الجواب الذي ذكره صاحب الغاية على تقدير عدم القول بتحقق الغصب في العقار بانه لما كان في صورة الغصب سماه غصبا فله وجه ولكن فيما ذكرناه من الحمل على المعنى اللغوي مندوحة عنه كما لا يخفى

فصل لما فرغ من ذكر كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان ذكر في هذا الفصل مسائل متفرقة يتصل بمسائل الغصب كما هو دأب المصنفين كذا في النهاية وذكره صاحب العناية ايضا بعبارة اقصر اقول فيه كلام وهو ان المذكور في الفصل السابق ما يوجب الملك للغاصب بفعله وعمله لا بالضمان كما يشعر به هناك عنوان الفصل حيث قال فصل فيما يتغير بعمل الغاصب ويدل عليه قطعا قوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب ولو سلم ذلك كان ينبغي ان يذكر في الفصل السابق ما ذكر في صدر هذا الفصل وهو قوله ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها فانه من قبيل ما يوجب الملك للغاصب بالضمان صريحا **قوله** وقال الشافعي رح لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه قال صاحب العناية بعد شرح كلام المصنف رح وكلامه يشير الى ان سبب الملك هو الغصب والا لم يكن تعليل للشافعي رح بذلك مناسبا انتهى واورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث اذ عدم مناسبته لا يمنعنا غاية ان يكون وجها آخر لنا في الجواب انتهى اقول كيف لا يمنعنا غاية عدم مناسبة تعليله وهو خصمنا في هذه المسألة وتزييف دليل خصمنا لا يمنعنا لا محالة فلو لم يكن سبب الملك

الا ان يقيم المالك البينة بالاكثر من ثلث لانه اثبته بالحجة الملزمة **قال** وان ذهبت العين وقيمتها اكثر اخذ وقيمتها يوم الخصومة وقيمتها يوم الغصب وقيمتها يوم الخصومة هو المختار لانه يوم الرد وهو المطالب به **قال** وان كان ثمنه يعرف الغاصب بينه فهو بالخيار ان شاء امضى الشراء وان شاء اخذ العين ورد الثمن لانه رضاه بهذا المقدار حيث بذل الزيادة وقد رضي بالعدم بالحجة وان ذهبت العين وقيمتها اكثر مما دفعه او دونه في حق الغاصب الا في حق الخيار في الرواية وهو الاصح لما قلنا الكرخي رحمه الله لا خيار له لانه لم يرض حيث لم يعطه ما باعه واختار الفقيه ابو الليث الرضاء **قال** ومن غصب جارية فباعها فنقصت عند المالك ثم باعها فزادت عند الغاصب لم يضمن نقصانها لان الملك لما ثبت له تقرر كونه مستوفيا لحقه وهو الاصل في هذا الكتاب وقال الشافعي يضمن لتفويت الرضاء **قال** ومن استعمل عبدا او دابة او دارا بستانا مغصوبا ضمنه ويرد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه لان الاستعمال اتلاف الاجزاء وهو الاصل في الغصب وهو اتلاف المغصوب صورة متصلة كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما في الطبية المخرجة من اجمع اذ اليد تزيل يد المالك وقال الشافعي لا يكون ضامنا عليه ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرناه ويد المالك كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب لو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها او الظاهر عدم المنع حتى لو ضمن الولد يعد طلبه يضمنه وكذا اذا تقدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه فاكله او باعه وسلم وفي الطبية المخرجة لا يضمن لدها اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا الكتاب مستاجرا يكون اطلق الجواب فوضعا في جنايته

هو الغصب عندنا لكان ينبغي على المصنف رحمه الله بيان عدم مناسبة تعليله لما قلنا ليتم به دليله فان قيل قد استغنى المصنف رحمه الله عن تزييف دليله بهذا الوجه بما ذكره بقوله ولنا انه ملك البدل بكماله الى آخره كما اشار اليه ذلك البعض بقوله غايته ان يكون وجها آخر لنا في الجواب قلنا ما ذكره بقوله ولنا انه ملك البدل الى آخره لا يصلح جوابا عما قاله الشافعي رحمه الله الا بطريق المعارضة باقامة دليل على ما قاله الشافعي رحمه الله ولا يندفع به اشكال ان يكون ما هو عدوان محض سببا للملك كما ذكره الشافعي رحمه الله في تعليله فلو لم يكن سبب الملك عندنا هو الغصب لما ترك منع كون الغصب سببا للملك عندنا في الجواب عما قاله الخصم فهل يستغني العاقل عن مثل هذا الامر الجلي القاطع عند امكان التشبث به بمثل ما ذكره المصنف رحمه الله لما هو كثير المقدمات خفي الدلالة على دفع ما قاله الخصم كما ترى فصح ما ذهب اليه صاحب العناية من ان سوق كلام المصنف رحمه الله ههنا يشير الى ان سبب الملك عندنا هو الغصب كما صرح به القاضي ابو زيد في الاسرار حيث قال قال علماؤنا الغصب تفويت الملك في المغصوب عند التضمين بالضمان او التراضي عليه **قوله** الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك فان عجز المالك عن اقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بالقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وقال بعض مشائخنا ينبغي ان تقبل لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو اقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي ابو علي النسفي يقول هذه المسئلة عدت مشكلة وعن المشائخ من فرق بين هذه والمسئلة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه الا اليمين فاقامة البينة اسقطها وارتفع الخصومة واما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وباقامة البينة لم يسقط الا اليمين فلا يكون في معنى المودع كذا في العناية وغيرها اقول فيما ذكروا من وجه الفرق نظر فانه انما يفيد ان لا يكون الغاصب في هذه المسئلة كالمودع من جميع الوجوه حيث وجب على الغاصب اليمين والقيمة ولم يجب على المودع الا اليمين وهذا لا ينافي صحة قياس هذه المسئلة على مسئلة الوديعة في قبول البينة لاسقاط اليمين لان الاتحاد بينهما في هذه الجهة كاف في صحة القياس ولا يضر ما وجوب القيمة على الغاصب لان الواجب عليه فيما اذا عجز المالك عن اقامة البينة على الاكثر انما هو الاقل الذي كان معترفا به وليس مقصوده من اقامة البينة عليه الا مجرد اسقاط اليمين على الزيادة عن نفسه واذا حصل له هذه الفائدة صار في معنى المودع من جهة اتحاد فائدة قبول البينة فتدبر **قوله** ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب واعترض بان هذا يقتضي ان يضمن الولد اذا غصب الجارية حاملا لان اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الاسرار واجيب بان الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا في الامة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير كذا في العناية وكثير من الشروح اقول في الجواب بحث لان الحمل قبل الانفصال لو لم يكن مالا لما صح اعتاقه وتدبيره اذ الظاهر ان محل الاعتاق والتدبير لا يكون الا مالا ومملوكا وقد تقرر في محله انه يصح اعتاقه وتدبيره فيلزم ان يكون مالا ولئن سلم ان محل الاعتاق والتدبير لا يلزم ان يكون مالا بل يكفي ان يكون ملكا وان الملك يجوز ان يتحقق في غير المال ايضا فالجواب المذكور لا يصلح عبارة الكتاب لان الحاصل منه ان وجه عدم ضمان الولد فيما اذا غصب الجارية حاملا هو عدم كون الحمل قبل الانفصال مالا لا لان يد المالك ما كانت ثابتة عليه وقد قال في الكتاب ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى تزيلها الغاصب ولا شك ان هذه العبارة لا تتناول ما اذا غصب الجارية حاملا مع انه لا يضمن الزيادة في هاتيك الصورة ايضا كما ذكر في الاسرار فلم يندفع ورود الاعتراض المذكور على عبارة الكتاب كما لا يخفى **قوله** ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع قيل هذا انما يتم فيما اذا غصب الجارية غير حامل فحبلت في يد الغاصب واما فيما اذا غصبها حاملا فلا لان الولد في هذه الصورة كان جزءا من امه حين الغصب وكان ازالة يد المالك عن امه مستلزما لازالتها عنه ايضا ضرورة استلزام ازالة اليد عن الكل ازالتها عن اجزائه فلا يتصور اذ ذاك ان يقال ولو اعتبرت ثابتة على

ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فان يجب باشارته فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن
اولى ولخرت قال بما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه
عن الغاصب وقال زفر والشافعي رح لا يجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا
هلك الولد قبل الرد او ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة غيره او قطع قوائم
شجر غيره او خصى عبد غيره او علمه الحرفة فاضمناه التعليم

الولد لا يزيلها ولا يصح التعليل بان يقال اذ الظاهر عدم المنع لان منع الكل بازالة يد المالك عنه منع لجزئه ايضا وقد صرحوا بانه لا فرق بين ما اذا غصبها حاملا
وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب في كون الولد غير مضمون عندنا فكان التعليل المذكور قاصرا عن افادة تمام المسئلة قال صاحب العناية
وحورض بان الام مضمونة البتة والاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد كالحرية والرق والملك في الشراء واجيب بان الضمان ليس لصفة
قارة في الام بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا انتهى كلامه وقد سبقه الى ذكر مضمون هذا السؤال والجواب صاحب النهاية و
معراج الدراية اقول في الجواب نظر لان الضمان مصدر للفعل المتعدي يقال ضمنه ضمانا ولمثل هذا المصدر تعلق بالفاعل وهذا الاعتبار يصير وصفا له وتعلق
بالمفعول به وهذا الاعتبار يصير وصفا له ايضا وقد صرح به المحقق التفتازاني في التلويح في فصل الفاظ العام وحققه حيث قال ان الفعل المتعدي يحتاج الى
المفعول به في التعقل والوجود جميعا والى المفعول فيه في الوجود فقط وقال وله تعلق بالفاعل وبهذا الاعتبار هو وصف له وتعلق بالمفعول به وبهذا الاعتبار
هو وصف له وقال ولا امتناع في قيام الاضافيات بالمضافين ورد به قول صاحب الكشف ان الضرب قائم بالضارب فلا يقوم بالمضروب لامتناع قيام
الوصف الواحد بشخصين فقد ظهر منه ان الضمان كما يوصف به الغاصب حقيقة فيقال هو ضامن يوصف به المال ايضا حقيقة فيقال هو مضمون فقول
هؤلاء الشراح فان وصف به المال كان مجازا ممنوع جدا وقال صاحب العناية فان قيل قد وجد الضمان في مواضع ولم يتحقق العلة المذكورة فيها فكان امارة
ريفها وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل به يد المالك بل ازال يد الغاصب وكالمحفظ اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يد المودع
اذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يدا في حق الولد ويضمن الاموال بالاتلاف تسبيبا كحفر البير في غير الملك وليس ثمة ازالة يد اصلا ولا اثباتها فالجواب ان ما قلنا ان
الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة واما ان كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلتزم ذلك لجواز ان يكون الضمان حكما شرعيا يثبت كل
شخص منه بشخص من العلة فما يكون تعديا الى هنا كلامه اقول هذا الجواب ليس بتام لانه انما يفيد ان لو كان المراد بالسؤال المذكور ان قولك الغصب على التفسير
المذكور يوجب الضمان غير منعكس لتحقق وجوب الضمان في الصور المزبورة بدون تحقق الغصب على التفسير المذكور فيها واما اذا كان المراد بذلك ان تعليل مسئلتنا
بالعلة المذكورة في الكتاب منتقض بالصور المزبورة لان حاصل هذه العلة ان تفسير الغصب بما ذكرنا لم يتحقق في زوائد المغصوب فلم يجب الضمان فيها ولا شك
ان ذلك التفسير غير متحقق في الصور المزبورة ايضا مع وجوب الضمان فيها فلا يدفع ذلك الجواب المذكور ذلك السؤال كما لا يخفى على الفطن فالاولى في السؤال
والجواب ما فصل في النهاية ومعراج الدراية فان شئت فراجعها **قوله** ولهذا يتكرر بتكررها قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل اي يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية
فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم ارسله في الحرم ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان آخر كذا وجدت بخط شيخي ولكن يحتمل ان يكون معناه
يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم وهذا اولى لانه اوفق لرواية المبسوط في المناسك حيث جعل هناك ايصال صيد الحرم الى الحرم
بمنزلة ايصال المغصوب الى يد المغصوب منه في الغصب اذا وصل المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شيء ولكن يتكرر
وجوب الرد الى المالك بتكرر الغصب فكذا ههنا الى هنا لفظ النهاية واقتفى اثره اكثر الشراح في تجويز المعنيين المذكورين ههنا ولكن لم يقل احد سواه بترجيح المعنى
الثاني على الاول ومنهم صاحب العناية حيث قال في شرح هذا المحل ولهذا يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم ارسله
فيه ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز ان يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم انتهى كلامه اقول الاجوز
عندي للمعنى الثاني ههنا اصلا فضلا عن ان يكون هو الاولى كما زعمه صاحب النهاية فان قول المصنف رح ولهذا يتكرر بتكررها متفرع على قوله فهو ضمان جناية

قلنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة او العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت سنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب في يده واخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ الولادة لا تفضي اليه غالبا بخلاف ما اذا مات الولد قبل الولادة لانه لا بد من رد اصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم قال ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت فجزرها وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن في الامة ايضا لهما ان الرد قد صح

كما ترى ولا يصح هذا التفريع على تقدير حمل قوله تكرر بتكررها على المعنى الثاني لان تكرر وجوب الارسال بتكرر الاخراج من الحرم لا يكون امارة على كون ضمان ولد الظبية ضمان جناية لا ضمان غصب فان تكرر وجوب الارسال بتكرر الاخراج من الحرم ينتظم كون ضمان ولد الظبية ضمان جناية وكونه ضمان غصب على السواء كما لا يخفى بل رواية المبسوط في المناسك اوفق لكونه ضمان غصب على ما قرره صاحب النهاية حيث قال جعل هناك صيد الحرم الى الحرم بمنزلة ايصال المغصوب الى يد المغصوب منه وفي الغصب اذا وصل المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شيء ولكن بتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرر الغصب فكذا هنا انتهى تدبر تقف **قوله** ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة والعلوق على ما عرف ذهبت جماعة من الشراح وهم اصحاب النهاية والكفاية ومعراج الدراية الى ان قول المصنف رح على ما عرف اشارة الى ما يجيء في مسئلة من غصب جارية فزنى بها وذهب بعضهم وهو صاحب غاية البيان الى انه اشارة الى ما ذكر في طريقة الخلاف واختار صاحب العناية الثاني وذكر الاول ايضا بطريق النقل حيث قال معنى في طريقة الخلاف وقيل في مسئلة من غصب جارية فزنى بها على ما يجيء انتهى اقول لا مجال عندي للحمل على الاول اصلا لان المراد بالسبب ههنا سبب الزيادة والنقصان وبما يجيء في مسئلة من غصب جارية فزنى بها سبب الموت ولا شك ان ما هو سبب لاحدهما لا يصلح ان يكون سببا للآخر ايضا البتة حتى يصح حوالة معرفة احدهما على معرفة الآخر الا يرى الى قول المصنف رح فيما سيأتي وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضي اليه غالبا انتهى فان ذلك صريح في ان الولادة لا يكون سببا لموت الام ويعلم منه دلالة ان العلوق ايضا لا يكون سببا له لان افضاءه الى الموت ابعد من افضاء الولادة اليه كما لا يخفى مع انه حكم ههنا بان سبب الزيادة والنقصان هو الولادة او العلوق ثم ان المعروف في الحوالة على ما يجيء ان يقال على ما سيجيء او على ما ستعرفه بصيغة المضارع واما ان يقال في مثل ذلك على ما عرف فلم يعرف قط فالوجه هو الحمل على ما عرف في طريقة الخلاف لا غير **قوله** وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا لان السبب الواحد لما اثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالمبيع لما ازال المبيع عن ملك البائع ادخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن مالية المبيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته فقضى القاضي به ثم رجعا لم يضمنا شيئا وهذا لان الفوات الى خلف كلا فوات كذا في الشرح وهو اعترض بانه لم يخرج جواب للخصم عن اصل دليله وهو ان الولد ملك المولى فلا يصلح ان يكون جابرا للنقصان وقع في ملكه بل هو على حاله واجيب بان المصنف رح اشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا فانه اذا لم يعد نقصانا لم يحتج الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع هذا زبدة ما في النهاية والعناية اقول الجواب منظور فيه فان النقصان امر محقق لا محال للانكار وقوعه اذ وضع مسئلتنا فيما اذا انقضت الجارية بالولادة ولا يرى وجه لان لا يعد ذلك النقصان المحقق نقصانا سواء انجبر ذلك النقصان بالزيادة التي هي الولد كما يدل عليه كلام الشراح قاطبة في شرح قول المصنف رح وعند ذلك لا يعد نقصانا كما مر ويدل عليه قوله في اصل المسئلة فان كان في قيمة الولد وفاء جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب ولو كان اطلاق الجابر عليه توسعا ولم يوجد الجبر حقيقة لم يظهر وجه لان يعد نقصان المغصوب الواقع في يد الغاصب نقصانا موجبا للضمان في سائر المواضع وان لا يعد نقصانه الواقع في يد الغاصب فيما نحن فيه نقصانا موجبا للضمان عندنا بل يلزم ان يكون ذلك تحكما بحتا وحاشا لا يتحاشى من ذلك فليتأمل **قوله** وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت سنيتها ثم نبتت اقول لقائل ان يقول لا اتحاد في السبب في هاتين الصورتين اذ لا شك ان سبب النقصان وهو الهزال في الصورة الاولى وسقوط السنية في الصورة الثانية تغاير سبب الزيادة وهي السمن في الاولى ونبت السنية في الثانية وقد رد المصنف رح فيما بعد قول من يزعم على تجويز اصوف شاة وقطع قوائم شجر لعدم الاتحاد في السبب في المقيس عليه فكيف تثبت ههنا بالقياس على تينك الصورتين مع عدم الاتحاد في السبب فيهما ايضا ثم اقول في الجواب ان الفرق باتحاد السبب وعدم اتحاده انما يؤثر في قدح القياس في عدم سقوط الضمان كما هو مدعى الخصم اذ لا يلزم من عدم سقوطه عند عدم اتحاد السبب عدم سقوطه عند اتحاده اذ يمكن عند اتحاده ان لا يعد النقصان نقصانا كما ذكره بخلاف عدم

[illegible]

[illegible] قال لا يقع [illegible] الاعيان [illegible]

[illegible]

اختاروا الاوجه هذا اصلا لان ايدي الغصاب تقصانا ولا يقع ذلك الفرق في القياس سقوط الضمان كما هو مذهبه لانه اذا سقط الضمان عند اتحاد السبب مع عدم جواز
ان ايدي الغصاب هناك نقصانا فلان سقوط الضمان عند اتحاد السبب مع جواز ان ايدي الغصاب هنا نقصانا اولى كما لا يخفى فتدبر فانه به يظهر الفرق
بين القياسين ولم اسبق الى كشفه وبيانه وقال بعض الفضلاء الفرق ان الشيئية لا قيمة لها بخلاف القوائم والصوف انتهى اقول ليس هذا بشيء لان الشيئية وان لم يكن لها
قيمة الا ان سقوطها يورث نقصانا فالجارية بلا ريب والكلام في نقصان الجارية المغصوبة فلا يفيد ذلك الفرق شيئا فيما نحن فيه قوله او الهلاك بعده بسبب حادث
في يد المالك وهو الولادة اقول يرد عليه في الظاهر انه جعل الولادة هنا سببا للهلاك وقد صرح فيما مر انها ليست بسبب للموت حيث قال وتخريج الثانية ان الولادة
ليست بسبب لموت الام اذ لا يفضي اليه غالبا فكان بين الكلامين تدافع فليتامل في التوجيه قوله ولنا انها حصلت على ملك الغاصب بحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن
حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه فقائل ان يقول مقتضى هذا الدليل ان لا تجب الاجرة على المستاجر فيما اذا حدث
المنافع في يده كما في استيجار الدور والاراضي والدواب ونحوها لان الانسان كما لا يضمن ملكه لا يجب عليه الاجرة بمقابلة ملكه مع انه يجب عليه الاجرة في ذلك بالاجماع و
لم اران احدا حول هذا الاشكال مع ظهوره وورده الاصحاب غاية البيان فانه قال والجواب عن مسئلة الايجار قلنا لا تجب الاجرة عندنا بمقابلة المنافع بل بمقابلة
التمكين من جهة المالك لانه لما لم تمكن من استيفاء المنافع الا بتمكينه كان ذلك طريقا للوصول الى استيفاء المنافع فاعطى لما هو وسيلة الى المنفعة حكم المنفعة في حق
وجوب الاجرة باعتبار الحاجة انتهى اقول هذا الجواب وان كان مما يصلح ان يكون مخلصا هنا الا انه يستدعي ترك ظاهر كثير مما ذكروا في كتاب الاجارات كقولهم
الاجارة تمليك المنافع بعوض وقولهم والقياس يابى جوازها لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة وقولهم وينعقد الاجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع
لان المعاوضة يقتضي التساوي والملك في المنفعة التي هي المعقود عليه يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهو الاجرة وقولهم والدار اقيمت
مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة الى غير ذلك من الاقوال الدالة على كون
الاجرة بمقابلة المنافع ولعل تاويل كلها متعسر بل متعذر تامل تقف ثم اقول الاولى في الجواب عنه ان يقال اقتضاء الدليل المذكور عدم وجوب الاجرة على
المستاجر فيما اذا حدثت المنافع في يده ان يقال انما هو على موجب القياس وقد تقرر في اول كتاب الاجارات ان القياس يابى جوازها الا انها جوزت على خلاف القياس
بالنص استحسانا لحاجة الناس اليها وان جوزها عندنا باعتبار اقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة الايجاب و
القبول فيجوز في الاجارة ان يجب الاجرة على المستاجر بمقابلة المنافع التي حصلت على ملكه بحدوثها في يده اذا وقع التراضي عليها باعتبار اقامة العين التي هي
ملك المؤجر وسبب لوجود المنفعة مقام المنفعة على موجب الاستحسان بالنص بخلاف الغصب فانه غير جائز قياسا واستحسانا فلا يترتب فيه ما يخالف القياس
فتدبر قوله ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان اقول لقائل ان يقول هذا الدليل انما يدل على ان منافع المغصوب لا تضمن بالاعيان
لعدم المماثلة بينهما ولا يدل على انها لا تضمن بالمنافع المماثلة لما ادعى عدم مضمونيتها اصلا فلا يتم التقريب ويمكن الجواب عنه بان مبنى تقرير المصنف رح هذا الدليل على
الوجه المزبور تقرير عدم مضمونيتها بالمنافع بالاجماع وكانه لم يتعرض لنفي هذا الاحتمال لظهوره ويرشد الى ذلك تقرير صاحب الكافي هذا الدليل حيث قال ولئن سلمنا مضمونية
غصبها فلا يمكن تضمينها لانها لو صارت مضمونة على الغاصب فاما ان تضمن بالمنافع وهو باطل لم يقل به احد او بالاعيان وهو باطل ايضا لانها لا تماثل
الاعيان لان المنافع اعراض لا تبقى وقتين ما لعين تبقى اوقاتا وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم وضمان العدوان مبني على المماثلة بالنص والاجماع ويرشد
ايضا تقرير صاحب غاية البيان ذلك الدليل حيث قال ولان المنافع لو كانت مضمونة على الغاصب لا يخلو اما ان تكون مضمونة بامثالها من المنافع او بغيرها

وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولا نسلم انها مضمونة وذلك بل تقوم صورة عند وجود العقد ثم يوصل العقد الان ما اتفق كاستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين

من الاعيان كالدراهم والدنانير فلا يجوز ان تكون مضمونة بالاتفاق وبين المنافع لانه لا فاصل بذلك ولا يجوز ان يكون مضمونة بالاعيان لعدم المماثلة والمماثلة شرط في ضمان العدوان لقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم انتهى قال صاحب العناية اعترض بما اذا اتلف ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدراهم التي تبقى قبل ان المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة بما اذا استاجر الوصي للتيتيم ما يحتاج اليه بدراهم اليتيم فانه جائز لا محالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لان القربان الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن واجيب عن الاول بان المماثلة المعتبرة وهي ما يكون بين طرفي الاثمان وبقي فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الى انها تعتبر بين جوهر بين لا بين جوهر وعرض الا يرى ان بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان احدهما نقدا دون الآخر وعن الثاني بما ذكرنا ان شراء الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل ان القربان بالاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد غبنا في التصرفات انتهى كلامه اقول فيما ذكره في كل من الجوابين شيء اما في الاول فلان تنوير وبقوله الا يرى ان بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان احدهما نقدا دون الآخر ليس بصحيح لان جواز نوع من التفاوت بين الطرفين في البيع لا يدل على جواز ذلك في ضمان العدوان لان للعقد والرضا تاثيرا في تجويز كثير من التفاوت وعن هذا قالوا بجواز بيع عبد قيمته الف بالوف والمهر جوز ذلك التفاوت في ضمان العدوان قطعا الا يرى ان التفاوت بين جوهر وعرض يجوز ايضا بالعقد كما اذا استاجر منفعة دار مثلا بدراهم معينة مع ان المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان لا يتصور بين جوهر وعرض كما صرح به واما في الثاني فلان جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم لوصي لا يدل على جواز استيجار الوصي للتيتيم ما يحتاج اليه بدراهمه لان التفاوت في الاول بين جوهر وجوهر وهو تفاوت غير فاحش والتفاوت في الثاني بين جوهر وعرض وهو تفاوت فاحش ولا شك ان جواز تصرف الوصي في مال اليتيم بالتفاوت الغير الفاحش لا يدل على جواز تصرفه فيه بالتفاوت الفاحش الا يرى ان التفاوت الفاحش الذي بين جوهر وعرض يمنع المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان دون التفاوت غير الفاحش الذي بين جوهر وجوهر فلم لا يجوز ان يكون الامر في تصرف الوصي في مال اليتيم ايضا كذلك فمن اين ثبت دلالة جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي على ان القربان بالاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد غبنا في التصرفات نعم يجوز ان يكون المصرفات بالقربان بالاحسن في قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن ذلك المعنى لكنه انما يعرف بدليل آخر لا بما ذكره من جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف قال صاحب العناية في تفسير هذه المآخذ الآتي هي مناط الحكم او ما ذكره اولا بقوله لانها حصلت في ملك الغاصب وثانيا بقوله انها لا يتحقق غصبها وثالثا بقوله انها لا يماثل الاعيان الى آخره انتهى اقول فيه نوع خلل لانه قال او ما ذكره بكلمة او وهي لاحد الامرين ولا شك ان العلل التي كانت مناط الحكم ههنا واشار اليه المصنف زفر بهذه المآخذ هي ما ذكره اولا وثانيا وثالثا باقوله المذكورة لا امر آخر فكيف يصح العطف بكلمة او وقال صاحب النهاية ههنا اراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم واراد بالمآخذ ما ذكره اولا بقوله انها حصلت في ملك الغاصب وثانيا انها لا يتحقق غصبها وثالثا انها لا تماثل الاعيان والشرط في ضمان العدوان المماثلة بالنص انتهى اقول يرد على ظاهره ان العلل التي هي مناط الحكم ههنا هي ما ذكره المصنف اولا وثانيا وثالثا بعينه كما حققنا آنفا فما معنى قول هذا الشارح اراد بالمآخذ هذا واراد بها ذلك والعطف يقتضي التغاير بين المعطوفين لكن يمكن توجيهه بان يكون مقصوده بقوله اراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم تفسير معنى المآخذ ههنا وتبيينه وكانه قال اراد بمعنى المآخذ ههنا هذا واراد بما صدق عليه المآخذ ههنا ذلك والمغايرة بين المفهوم وما صدق عليه ظاهرة فيصح العطف الا انه لو قال في الثاني واراد بهذه المآخذ ما ذكره الى آخره لكان احسن لكونه ادل على ارادة ما صدق عليه المآخذ كما لا يخفى على الفطن ثم اقول انتهى في هذا المقام بحث قوي وهو انه قد صرح في معتبرات الفتاوى بان منافع الغصب مضمونة عندنا ايضا في الوقف ومال اليتيم وما كان معدا للاجارة مع ان العلل المذكورة التي هي مناط الحكم لعدم ضمان منافع الغصب جارية بعينها في تلك الصور ايضا فان قلت العلل المذكورة على وفق القياس والقول بضمان المنافع في تلك الصور موجب الاستحسان نظرا للوقف ومال اليتيم ونحو ذلك مما يجوز ترك القياس بالاستحسان قلت ذلك فيما يتصور ويمكن وتلك العلل بعضها يدل على عدم تصور الغصب والعدوان في المنافع وبعضها يدل على عدم امكان تضمين المنافع بالاعيان لعدم المماثلة بينهما وبناء ضمان العدوان على المماثلة بالنص والاجماع فاجرى الاستحسان في خلاف ذلك مشكل جدا

فصل في غصب ما لا يتقوم **قال** ومن اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن قال الشافعي رحمه الله لا يضمن لان الذمي يباشرها على الخلاف اذا اتلفها ذمي على ذمي لانها عين الذمي من الذمي له انه سقط تقومها في حق المسلم فكذا في حق الذمي كالدم ولنا ان حق الاحكام فلا يجب به تلافها اما ان متقوم وهو الضمان ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة لنا

فصل في غصب ما لا يتقوم قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان احكام غصب ما يتقوم وهو الاصل لان الغصب يجد الذي ذكرنا انما يتحقق فيه شرع في بيان احكام غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضية ان يصير متقوما اما باعتبار ديانة المغصوب منه انه متقوم او بتغيير في نفسه الى التقوم انتهى كلامه وقد اقتفى اثره صاحب العناية اقول لا يذهب عليك ان الحاجة هنا الى المصير الى اعتبار عرضية ان يصير ما لا يتقوم متقوما باحد الاعتبارين المذكورين بل لا وجه له عند النظر الدقيق لان المبين في هذا الفصل ضمان ما لا يتقوم في بعض المسائل وعدم ضمانه في بعضها نفي ما لا ضمان فيه كاتلاف خمر المسلم وخنزيره ولا وجه لاعتبار عرضية ان يصير متقوما باعتباره اصلا فان اعتبار عرضية ان يصير متقوما مما لا تاثير له في حكم عدم الضمان قطعا بل له نوع اباحة ولعل بعض الشراح منهم الهداية ترك حديث اعتبار عرضية ان يصير متقوما منهم الشارح الاكمل حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم وهو الاصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم انتهى ومنهم الشارح الاتقاني حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم وهو الاصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم كالخمر والخنزير حق المسلم بل بحث الضمان ام لا انتهى قوله ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة اقول فيه اشكال من وجهين احدهما ان الخصم قال انهم اتباع لنا في الاحكام تمسكا بقوله عليه الصلوة والسلام اذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين كما صرح به في الكافي وعامة الشروح فكيف يتم التعليل بان التقوم باق في حقهم في مقابلة ذلك الحديث الدال على كونهم اتباعا لنا في الاحكام والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف في علم الاصول فان قلت نحن نرى ان سترهم وما يدينون كما ذكر في اثناء التعليل من قبلنا فيدل النص المتضمن لهذا الامر وهو قوله عليه الصلوة والسلام اتركهم وما يدينون على مدعانا هنا قلت للخصم ان يقول المراد بما يدينون الديانات دون المعاملات وما نحن فيه من المعاملات ولئن سلم العموم للمعاملات ايضا فيتحقق التعارض بين النصين فمن اين يثبت الرجحان والثاني انه قد تقرر في علم الاصول انه لا خلاف في ان الكفار مخاطبون بالايمان والعقوبات والمعاملات وبالعبادات ايضا في حق المواخذة في الآخرة واما في حق وجوب الاداء في الدنيا فمختلف فيه وما نحن فيه من المعاملات فينبغي ان يكونوا مخاطبين بالخطاب الدال على عدم تقوم الخمر والخنزير ايضا ثم اقول يمكن الجواب عن كل واحد منهما اما عن الاول فبان يقال ما نحن فيه مخصص بالاجماع من عموم النص الدال على كونهم اتباعا لنا في الاحكام فان عمر رضي الله عنه لما سأل عماله اذا تصنعون بما يمر به اهل الذمة من الخمر قالوا نعشرها قال لا تفعلوا ولو هم بيعها وخذوا العشر من اثمانها فقد جعلها مالا متقوما في حقهم حيث جوز بيعها وامر باخذ العشر من ثمنها ولم ينكره احد فجعل محل الاجماع وقد صرح به بعض الشراح واما عن الثاني فبان يقال كون الكفار مخاطبين بالمعاملات ونحوها فيما يحتمل الخطاب التعميم لهم ايضا واما فيما لا يحتمله فلا يكونون مخاطبين بالمعاملات بذلك قطعا وما نحن فيه من قبيل الثاني لان الخمر كانت متقومة في شريعة من قبلنا وفي صدر شريعتنا والاصل ان ما ثبت يبقى الى ان يوجد المزيل وهو قوله تعالى رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه وبعد في حقنا بدليل السياق والسباق فبقي في حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب على ما كان من قبل كما صرح به في الكافي والكفاية فلم يبق مجال للتعميم للكفاية ايضا وكذا الحال في الخنزير على ما حققه صاحب غاية البيان حيث قال تحقيق ذلك ان الخمر والخنزير كانا مالا لهم في الامم الماضية وكذلك في حق هذه الامة في ابتداء الاسلام ثم ورد الخطاب بالحرمة فاما في حق المسلمين فكانا حراما عليهم وبقيا حلالا على الكفار كنكاح المشركات كان حلالا في حق الناس كافة ثم ورد التحريم فاما في حق المسلمين فبقي حلالا في حق الكفار وكذا ههنا الا ترى الى خطاب الله تعالى المؤمنين في سورة المائدة بقوله يا ايها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون والمؤمن هو الذي يفلح اذا اجتنب الخمر وقال تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الى هنا لفظ غاية البيان ثم ان التحقيق الذي لا محيد عنه ههنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال واما الكلام في المسألة من حيث المعنى فبعض مشايخنا قالوا الخمر مباح في حق اهل الذمة وكذلك الخنزير والخمر في حقهم كالخل في حقنا والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا في حق الاباحة شرعا فكان كل واحد منهما مالا متقوما في حقهم ودليل الاباحة في حقهم ان كل واحد منهما ينتفع به حقيقة صالح لاقامة مصالح البقاء

ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الالزام واذا بقي التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين تقومهما الا انه يجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكها لكونه اعزازا لها بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وهذا بخلاف الربوا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين

والاصل في اسباب البقاء هو الاطلاق الا ان الحرمة في حق المسلم تثبت نصا غير معقول المعنى او معقول المعنى لا يوجد ههنا او يوجد لكنه يقتضي الحل لا الحرمة وهو قوله تعالى انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلوة لان الصد لا يوجد في الكفرة والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع لانها سبب المنازعة والمنازعة سبب الهلاك وهذا يوجب الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة في حقهم وبعضهم قالوا ان الحرمة ثابتة في حقهم كما هي ثابتة في حق المسلمين لان الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمات عندنا هو الصحيح من الاقوال على ما عرف في اصول الفقه وعلى هذا الطريق الضمان وجهان احدهما ان الخمر وان لم تكن مالا متقوما في الحال فهي يعرض ان يصير مالا متقوما في الثاني بالتخلل والتخليل ووجوب ضمان الغصب والاتلاف يعتمد كون المحل المغصوب والمتلف مالا متقوما في الجملة ولا يقف على ذلك الحال الا يرى ان الحر والحشيش وما لا منفعة له في الحال مضمون بالغصب والاتلاف والثاني ان الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع عن شرب الخمر واكل الخنزير لما روي عن علي رضي الله عنه انه قال امرنا ان نتركهم وما يدينون ومثله لا يكذب وقد اتوا شرب الخمر واكل الخنزير فلزمنا ترك التعرض لهم في ذلك ونفي الضمان بالغصب والاتلاف يفضي الى التعرض لان الشفيعة اذا علم انه اذا غصب او اتلف لا يؤاخذ بالضمان يقدم على ذلك وفي ذلك منعهم والتعرض لهم من حيث المعنى والله اعلم الى هنا عبارة البدائع **قوله** ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون اقول القائل ان يقول فلم لم نتركهم وما يدينون في بعض الامور كاحداث البيعة والكنيسة وركوب الخيل وحمل السلاح فانهم يمنعون منها على ما مر في كتاب السير والجواب ان امثالها مستثنى مما يدينون بدلائل ذكرت في موضعها كما ان الربوا مستثنى من عقودهم بقوله عليه الصلوة والسلام لا امن ابي فليس منا وبينه عهد على ما سيأتي بيانه عن قريب قال صاحب العناية اخذا من النهاية ونوقض بما اذا مات المجوسي عن ابنتين احدهما امرأته فانها لا تستحق بالزوجية شيئا من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها في جميع الاديان اذا لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم نتركهم وما يدينون واجيب بانا لا نسلم انهم يعتقدون التوريث بالنكحة المحارم فلا بد له من بيان انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه ان مراد الناقض انا اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام يطلبهم ذلك لا نورثها انتهى اقول ليس فيما ذكره كثير حاصل اذ مراد المجيب ايضا ان عدم توريثنا اياها اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام يطلبهم ذلك لعدم ثبوت اعتقادهم التوريث بالنكحة المحارم نعم يعتقد المجوس صحة نكاح المحارم وليس من ضرورة اعتقاد صحة النكاح اعتقاد استحقاق الميراث الا يرى ان الميراث يمتنع بالرق واختلاف الدين مع صحة النكاح وقد صرح بهذا التفصيل في النهاية وان اراد ذلك القائل انهم لو اعتقدوا التوريث بالنكحة المحارم وطلبوا ذلك لم نحكم بينهم بذلك ايضا على شرع الاسلام فلا فائدة فيه لان ما يفرض انما هو النقض بما هو امر واقع لا بما هو فرض محض ثم اقول بقي ههنا كلام آخر وهو ان المسائل ان يورد النقض حينئذ بمسلم مات عن زوجة كافرة فانها لا تستحق شيئا من ميراثه عندنا لاختلاف الدينين مع ان وجوب توريث الزوجة من زوجها مقرر في جميع الاديان اذا لم يوجد مانع والظاهر ان الكفر ليس بمانع عن الارث في اعتقادهم وما يدينون هناك فتأمل في الجواب **قوله** وهذا بخلاف الربوا متعلق بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها كذا قاله جماعة من الشراح وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك والاولى ان يتعلق بقوله ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون الخ لاتساق ما بعده من عطف حينئذ انتهى اقول تعلقه بما ذكره صاحب العناية غير ظاهر السداد لان كلمة هذا مع كونها ناشئة عن ذلك جدا لا يستقيم ان يكون الربوا في خلاف قوله ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون لان الربوا لما كان مستثنى من عقودهم وكان ذلك فسقا منهم لا تدينا لثبوت حرمة الربوا في دينهم بقوله تعالى واخذهم الربوا وقد نهوا عنه كما صرح به قاطبة حتى صاحب العناية نفسه لم يكن منعنا اياهم عن الربوا مخالفا لقوله ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون كما لا يخفى على ذي مسكة وعلى تقدير ان يكون قول المصنف رح وهذا بخلاف الربوا متعلقا بقوله ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون بعيد المعنى وهذا اي قوله ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون ملتبس بخلاف الربوا وليس هذا المعنى بسديد لعدم الالتباس الخلاف بينهما كما بينا آنفا واما على تقدير ان يكون قوله وهذا بخلاف الربوا متعلقا بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها كذا ذهب اليه جماعة من الشراح فبعيد المعنى اذ هذا اي وعدم كون الذمي ممنوعا عن تمليك الخمر وتملكها ملتبس بخلاف الربوا لكونهم ممنوعين عن الربوا كما لا يخفى

وبخلاف متروك التسمية عامدا اذ ان لمن يبيعه لان ولاية الحاجة ثابتة **قال** وان غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان يأخذ الخل بغير شيء وياخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا يثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه ان ينظر الى قيمته كيف غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع **قال** وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عن ابي حنيفة رح وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع اما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه

ان هذا المعنى سديد وان كلمة هذا التي يشار بها الى القريب في محلها حينئذ وقال بعض الفضلاء بل الاولى ان يتعلق بقوله فيضمنه والاشارة الى ما ذكره من الخمر والخنزير انتهى اقول هذا اقبح مما قاله صاحب العناية لانه ان كانت الاشارة بهذا الى الخمر والخنزير بتاويل ما ذكر كما مر منه يصير المعنى وهذا الذي اي ما ذكر من الخمر والخنزير يتبين بخلاف الربوا فلا يبقى لتعلق قوله وهذا بخلاف الربوا بقوله فيضمنه معنى وان صير الى التقرير بان يقال المراد وهذا بخلاف الربوا في الضمان لتحصيل نوع تعلق بقوله فيضمنه فلا يكون سديدا ايضا لان الضمان انما يتصور في الاتلاف ومسئلة الربوا مما لا اساس بذلك تدبر تفهم **قوله** وبخلاف متروك التسمية لمن يبيعه لان ولاية الحاجة ثابتة قال في العناية يعني لما امرنا ان نترك اهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا ان نترك اهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى وحينئذ يجب ان يقول بموجب الضمان على من اتلف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي رح ووجه الجواب ما قاله ان ولاية الحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمته قائم فلم يصر اعتقادهم في ايجاب الضمان هذا ما قالوه ولقائل ان يقول لا نسلم ان ولاية الحاجة ثابتة لان الدليل الدال على ترك الحاجة مع اهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى على ما قررتم والجواب ان الدليل هو قوله عليه السلام اتركوهم وما يدينون وكان ذلك بعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين الى هنا لفظ العناية واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور في الآخر حيث قال فيه بحث فان القاضي ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه انتهى اقول هذا ساقط جدا اما اولا فلان القاضي انما ينفذ ما حكم به قاض آخر اذا لم يكن ما حكم به مما يخالف الكتاب والسنة المشهورة او الاجماع واما اذا كان ما حكم به مما يخالف شيئا من هاتيك الثلاثة فلا يصح ان ينفذه القاضي اصلا كما صرحوا بذلك كله في كتاب القضاء ومثله ما يخالف الكتاب بالحكم بحل متروك التسمية عامدا فانه مخالف لقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه والكلام هنا في متروك التسمية عامدا فكيف يتصور فيه التنفيذ واما ثانيا فلان حاصل الجواب المذكور ان علة الامر بالترك في قوله عليه الصلاة والسلام اتركوهم وما يدينون هي عقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين فلا يتصور الحاق المجتهدين باهل الذمة في ترك الحاجة لا دلالة ولا قياسا ولا يخفى ان هذا يدفع السؤال بان الدليل الدال على ترك الحاجة مع اهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى وان حديث تنفيذ القاضي ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه لا يندرج في دفع الجواب المذكور السؤال المزبور بل هو كلام آخر معلوم وجهه في محله **قوله** ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع قال صاحب العناية والجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكره المصنف رح انتهى اقول ليس هذا بسديد لان الذي لا يحتاج الى دليل ما اجمع عليه الامة بالاجماع الذي هو احد الادلة الاربعة الشرعية فان الاجماع عليه بالمعنى المذكور يكفي دليلا عليه والظاهر ان مراد المصنف رح بالاجماع هنا هو اجماع ائمتنا الثلاثة الذين وقع الخلاف بين اعظمهم وبين صاحبيه فيما ذكر آنفا من مسئلة الاستهلاك لا اجماع الامة الذي هو من الادلة لان هذا الاجماع انما يتحقق باتفاق جميع المجتهدين الموجودين في عصر من امة محمد صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي وهو غير ثابت فيما نحن فيه كيف وقد قال في معراج الدراية هنا وعند الائمة الثلاثة يعني مالكا والشافعي رح واحمد رح لو تخللت الخمر بنفسها او هلكت في يد الغاصب يضمن واما اذا تخللت بفعل الغاصب لا يضمن وفي الجلد المدبوغ على قول لا يلزمه رده لا يضمن وفي قول وجب رده يضمن انتهى فظهر منه مخالفة هؤلاء الائمة الثلاثة لائمتنا في بعض صور الهلاك فيما نحن فيه مع ان مالكا من معاصري ابي حنيفة رح والشافعي رح من معاصري محمد رح فلم يتحقق اجماع الامة في زمنهم على عدم الضمان في بعض صور هذه المسئلة قطعا ولم ينقل اجماع امة اخرى من قبل فلم يكن حمل الاجماع المذكور على اجماع الامة كما لا يخفى وقال صاحب النهاية هنا ولم يذكر الدليل لقوله ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع لان دليله ظاهر وهو انه لو ضمن لا يخلو اما ان يضمن قيمته يوم الغصب او يوم الهلاك ولا وجه لضمان قيمته يوم الغصب لانه لم يكن لكل واحد من الخمر وجلد الميتة قيمة يوم الغصب ولا وجه لضمان قيمته يوم الهلاك ايضا لانه لم يوجد منه فعل في هلاكه والضمان لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي انتهى كلامه اقول ظهور هذا الدليل المفصل الدائر على الترديد غير مسلم لو سلم فكونه اظهر من سائر الادلة التي ذكرها لسائر المسائل سيما دليل وجوب الضمان

كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه وكذا يجب رده فوقه عليه بخلفه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق اهلاك الثوب
وقولهما يعني ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس اما عند اتحاده يطرح عنه ذلك القدر ويأخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم الرد عليه وله
ان التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه وهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع
له في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعة بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد
غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكي والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة

في استهلاك الخل ممنوع ولو سلم فليس من دأب المصنف رح ترك ذكر الدليل بالكلية في شيء من المسائل ثم القول لعل وجه عدم ذكر المصنف رح دليل هذه المسئلة
ههنا انفهامه مما ذكر في دليل مسئلة الاستهلاك يرشدك اليه قطعا قوله في اثناء دليل وبهذا فارق الهلاك بنفسه تبصر ترشد **قوله** كما اذا غصب ثوبا فصبغه
ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه قال صاحب العناية فيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه انتهى
اقول هذا النظر ساقط جدا اذ لا نسلم اولا ان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان فان نفس الغصب انما يوجب رد العين على ما عرف في صدر كتاب
الغصب وانما يجب ضمان المثل او القيمة بالهلاك او الاستهلاك ولئن سلم ذلك فكون نفس الغصب سببا للضمان لا ينافي كون الاستهلاك
ايضا سببا له ومقصود المصنف رح قياس المتنازع فيه على تلك الصورة في كون التعدي بالاستهلاك سببا لضمان المتعدي ما استهلكه و
اعطاء المالك ما زاده الصنعة وهذا المعنى متحقق بين المقيس والمقيس عليه غاية الامر ان في جانب المقيس عليه سببا آخر للضمان وهذا لا ينافي صحة
القياس عليه في السبب المشترك وقد اشار اليه صاحب النهاية حيث قال في حل هذا المحل ان الاستهلاك جناية موجبة للضمان في محل هو مال متقوم
وقد وجد ذلك لما بقي الجلد على ملك صاحبه بعد ما صار مالا متقوما كما في الثوب الا ان هناك السبب الاول وهو الغصب موجب للضمان ايضا فله ان يضمنه
باي السببين شاء وههنا السبب الاول وهو الغصب غير موجب للضمان فتعين التضمين بالسبب الثاني فكان هو في هذا السبب كغيره ولو استهلك
غيره كان للمغصوب منه ان يضمن المستهلك ويعطي الغاصب ما زاد الدباغ فيه الى هنا كلامه **قوله** ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا
هلك من غير صنعة قال صاحب العناية في شرح قوله كما اذا هلك من غير صنعة فان عدم الضمان هناك باعتبار ان الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك
الجلد والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك انتهى كلامه وافقه في اثره الشارح العيني اقول فيه نظر اذ لا شك ان عدم الضمان في صورة
الهلاك من غير صنعة لا يجب ان يكون باعتبار ان الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد كما يقتضيه قول الشارحين المزبورين والا فالغصب
موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك بل الظاهر ان عدم الضمان هناك باعتبار عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي هناك كتحققه في صورة الاستهلاك
على ما اشار اليه صاحب النهاية وصاحب العناية ايضا في تعليل تلك المسئلة فيما مر وكون الغصب موجبا للضمان في كل من صورتي الهلاك و
الاستهلاك انما هو عند تحقق الغصب الشرعي وفيما نحن فيه لم يتحقق ذلك لان كون المأخوذ مالا متقوما معتبر في حقيقة الغصب الشرعي كما تقرر في صدر الكتاب
وجلد الميتة ليس بمال متقوم قبل الدباغ قطعا وانما يصير متقوما بالدباغ وكلامنا فيما اذا غصب جلد الميتة فدبغه فحين الاخذ لم يتحقق الغصب الشرعي الموجب
للضمان فيما نحن فيه بلا ريب ويؤيد ما قلنا ان الخمر المتخللة بنفسها ايضا غير مضمونة في صورة الهلاك بالاجماع كما مر وليس فيها صنعة متقومة بيعها تقومها فلو كان
مجرد صورة الغصب وهي الاخذ جبرا بدون تحقق الغصب الشرعي موجبا للضمان في الهلاك والاستهلاك او كان مجرد حصول التقوم للمأخوذ بعد الاخذ كافيا
في تحقق الغصب الشرعي لوجب الضمان في صورة هلاك الخمر المتخللة بنفسها في يد الاخذ جبرا مع انه خلاف ما عليه الاجماع ثم اقول لما ظهر مما بيناه ان كون
مراد المصنف رح بقوله كما اذا هلك من غير صنعة ما ذكره الشارحان المزبوران مما لا يليق بقدره الجليل وان كان في ظاهر لفظه مساعدة لذلك كان حقا
علينا ان نحمل كلامه على خلاف ذلك فنقول يجوز ان يكون مراده بقوله كما اذا هلك من غير صنعة هو التشبيه والتنظير في مجرد عدم وجوب الضمان وان كان
السبب مختلفا في الصورتين ويجوز ان يكون مراده بقوله المذكور هو القياس على تلك الصورة في خصوص السبب وهو كون الاصل الذي هو الصنعة
غير مضمون فكذا التابع لكن من حيث جواز ان يكون هذا السبب سببا ايضا في صورة هلاك المدبوغ في يده من غير صنعة لا من حيث وجوب ان يكون هذا

[illegible]

هذا السبب هو السبب في تلك الصورة كما يقتضيه قولهما والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك فانه اذا لم يجب ان يكون هذا السبب هو السبب لعدم الضمان في صورة الهلاك بل جاز ان يكون له فيها سبب آخر وهو عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي كما مر بيانه لم يجب الضمان هناك بانتفاء هذا السبب لان انتفاء احد السببين المستقلين لا يوجب انتفاء السبب فيلزم ان لا يصح قولهما والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك تامل تقف **قوله** ولو كان قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة قال الشراح في تفسير قوله قيل ليس له ذلك مطلقا بالاتفاق ويقتضي هذا التفسير مقابلته بقوله وقيل ليس له عند ابي حنيفة رح عن هما الذي كما لا يخفى اقول تعليل هذا القول الثاني في قوله لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة مشكل عندي فانه لا يتمشى على اصل الامامين اذ قد مر ان اصلهما ان الجلد باق على ملك المالك وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه والتعليل المذكور هنا صريح في خلاف ذلك كما ترى لا يقال المراد هنا ان الجلد لا قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فان له قيمة ويقيد والمراد هنا مر ان الجلد مال متقوم بعد الدباغ فصار كالثوب بعده فلا منافاة لانا نقول الكلام فيما اذا اراد المالك ان يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته بعد ان صار مالا متقوما بالدباغ كما اشار اليه المصنف رح بقوله في هذا الوجه فلا وجه لتعليل ما قيل ليس له ذلك بلا خلاف بان الجلد لا قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فان عدم تقوم جلد الميتة وقت الغصب لا ينافي عندهما كونه مضمونا على الغاصب بعد ان صار مالا متقوما بالدباغ ولهذا يجب عليه الضمان عندهما بالاستهلاك في هذه الصورة بناء على كونه مالا متقوما بالدباغ باقيا على ملك المالك كما مر على انه لو كان المراد هنا ان الجلد لا قيمة له وقت الغصب لقال المصنف رح بخلاف الثوب دون ان يقول بخلاف الصبغ الثوب لان الصبغ في الثوب باق والدباغ في الجلد تامل **قوله** لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه قال صاحب العناية فيه نظر لان العجز في الاستهلاك لما مر من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز التضمين في صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك انتهى اقول يمكن ان يجاب عن هذا النظر بان العجز في الاستهلاك لما كان الامر من جهة الغاصب لذلك العجز فيما تركه المالك على الغاصب وضمنه القيمة كان الامر من جهة الغاصب فان المالك انما تركه عليه وضمنه القيمة بسبب ان الغاصب زاد عليه بالقيمة فوجب على المالك على تقدير اخذه اعطاء ما يقابل ذلك الزائد وهو لا يقدر على اعطائه ولا يمنعه ذلك فكان السبب الاصلي لعجز الغاصب عن رده فعل نفسه الا يرى انه لو دبغه بما لا قيمة له وكان هو لمالكه بلا شيء كما سيجيء لم يكن للمالك تركه عليه ويضمنه القيمة عندهما اصلا **قوله** ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ يعني اختلفت المشايخ في كيفية التضمين على قولهما فقال بعضهم يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في صورة الاستهلاك وقال بعضهم يضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ كذا في الشروح اقول ثمرة هذا الاختلاف غير ظاهرة عندي فان قيمة جلد مدبوغ بعد ان يطرح عنها قدر ما زاد الدباغ فيه هي قيمة جلد ذكي غير مدبوغ بعينها اذ قال المصنف رح فيما مر في بيان اخذ الجلد واعطاء ما زاد الدباغ فيه انه ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن ما بينهما وذلك صريح في ان ما بقي من قيمة جلد مدبوغ بعد اعطاء ما زاد الدباغ فيه هو قيمة جلد ذكي بعينها فما فائدة الاختلاف المذكور للمآل والله تعالى اعلم والحكم

قد تم التكملة للمجلد الثالث من فتح القدير الشهير بنتائج الافكار ويتلوه التكملة للمجلد الرابع بمشيئة الله العزيز القدير

فهرس المجلد الرابع من نتائج الافكار تكملة فتح القدير

تمت

فهرست کتب دینیه سنت وجماعت موجوده مطبع

نحمده ونصلی بر خواطر دریا مقاطر ارباب الباب مخفی مباد که فهرست کتب موجوده کارخانه اوده اخبار اگرچه بذریعه فهرستهای جداگانه پیوسته اشتهای پذیرد مگر مناسب وقت چنین می نماید که اسامی بعضی کتب دینیه سنت وجماعت از فقه واصول وتفسیر وکلام وحدیث که مناسبت تام باین کتاب داشته باشد بنابر اطلاع علما وفضلا وشائقین وماهرین این علوم که اطلاع موجود بودنش از ذریعه رفیعه باشد نقل نموده میشود وآن اینست

کتب فقه عربی و اصول فقه

فتاوای عالمگیری تمام وکامل
شرح الیاس شرح مختصر الوقایه
هدایه شریف کامل مع ترجمه فارسی
هدیة المختار شرح رساله عضدیه
احیاء العلوم عربی هر چهار جلد
مختصر الوقایه
جامع الرموز
شرح وقایه محشی بحواشی مختلفه
شرح وقایه مع چلپی
فتاوای کنز الدقائق عربی
فرائض شریف شرح سراجیه
نور الانوار مع قمر الاقمار
مجموعه تنقیح وتوضیح
وتلویح وچلپی
شیخ الاسلام حاشیه تلویح
ملا خسرو حاشیه تلویح
کفایه حاشیه هدایه مع هدایه محشی بحواشی مختلفه
عینی شرح هدایه تمام وکامل

کتب فقه فارسی و اردو

ترجمه اردو درمختار هر چهار جلد
حقیقة الصلوة
سبیل الجنان
فتاوای برهنه تمام وکامل
مالابد منه فارسی
کشف الحاجات یعنی مالابد اردو
مذاق العارفین ترجمه احیاء العلوم کامل
شرح وقایه فارسی

نور الهدایه ترجمه اردو شرح وقایه
ترجمه اردو وکنز الدقائق
حج الحج مسمی بغایة المقصود
فتاوی المیراث
رساله فرائض
مسلک المتقین
عمدة البضاعت فی مسائل الرضاعت
تذکرة الحجیه
احکام العیدین
موضح الحق
هزار مسئله
شرع محمدی
رساله کلید باب الحج
سراج السالکین
فضائل الشهور والایام
حیرت الفقه
ضمان الفردوس

کتب تفسیر ومثل آن

تفسیر کشاف
خلاصة الکشاف
بیضاوی شریف
تفسیر اتقان
تفسیر جلیل القدر سراج المنیر
جلالین حاشیه جلالین
جواهر القرآن مترجم
مجموعه زینت القاری
تفسیر سوره یوسف منظوم
تفسیر زاد الآخرت

تفسیر حسینی تمام وکامل
تفسیر سوره فاتحه
رموز القرآن
فضائل القرآن
تفسیر القلندر فی تحریر الانوار
میزان الفرقان

کتب احادیث واوراد

قسطلانی شریف شرح صحیح بخاری شریف کامل
صحیح مسلم مع نووی شریف
شرح حصن حصین
مجربات دیربی
شرح سفر السعادت
تعبیر الرؤیا
تحفة الاخیار ترجمه مشارق الانوار
سنن ابی داؤد
اوراد نقشبندی
سید الاوراد
ترجمه مجربات دیربی
ترجمه تعبیر الرؤیا مسمی بتاویل المنام
مصباح الهدایت ترجمه عوارف المعارف
کیمیای سعادت
اکسیر هدایت ترجمه کیمیای سعادت
شرح مثنوی شریف تصنیف مولانا
بحر العلوم رح
انوار محمدی
تحقیق الانساب

تمت

إن الله على كل شيء قدير

قد طبع الكتاب الكاشف لاسرار الهداية المجلد الرابع من امداد الذي نيرى بزهوها على الانوار الربعية الكاشف
لمعضلات الهداية الحاوي لمسائل الفقه الحنفية المستجمع لحقائق الرواية والمستكمل لدقائق الدراية

التصحيح

فتح العلي المالك

تكملة

فتح العزيز

مع الهداية

للعلامة النحرير امام العلماء سيد الفقهاء عالم بلاد الروم وقاضي عسكرها ومفتيها مولانا زين الملة والدين الاسحاقي
الافندي القاضي زاده سكنه الله بحبوحة دار السلام بتصحيح وتصحيح الصدر فريد الدهر مولوي محمد عالم حسين البيرآبادي حفظه الله وذويه الايادي

في المطبع الممتاز مطابع الدوراني نولكشور الواقع في لكهنؤ

في المطبع بمدينة الدار المغربي مشى الواقع في مصر

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع قال الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب

كتاب الشفعة وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الانسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما والحق تقديمها عليها لكونها مشروعة دونه لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة اسبابه من الاستحقاق في البياعات والاشربة والاجارات والشركات والمزارعات اوجب تقديمه كذا في العناية وكثير من الشروح اقول لا يذهب عليك ان الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما مر بيانها قد سافت ذكر كتاب الشفعة الى ههنا فلا حاجة الى الاعتذار عن تقديم الغصب على الشفعة بقوله لكن توفر الحاجة الى معرفته الخ بل لا وجه لقوله والحق تقديمها عليه عند ملاحظة تلك الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة قال بعض الفضلاء بعد ان تنبه لبعض ما قلناه ثم يمكن ان يقال في وجه التقديم ان الغصب يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة والاعم يستحق التقديم انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ الغصب لا يعم العقار عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله بل الغصب عندهما انما يتصور في المنقول دون العقار كما مر في اوائل كتاب الغصب مفصلا ومشروحا فلا تتأتى عموم الغصب العقار والمنقول على اصل محمد والشافعي كما مر ايضا ثمه ولا وجه لبناء وجه التقديم على خلاف ما ذهب اليه امامنا الاعظم وامامنا الثاني اذ لو كفى مجرد كون العموم محل اجتهاد مجتهد لم يتم قوله بخلاف الشفعة فان الشفعة ايضا تعم العقار والمنقول عند مالك فانها واجبة في السفن ايضا عنده على ما صرحوا به وسياتي في الكتاب ثم ان من محاسن الشفعة دفع ضرر الجوار وهو مادة المضار قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ولا شك لاحد في حسن دفع ضرر التاذي بسبب سوء المجاورة على الدوام وقد جاء في تفسير قوله تعالى لاعذبه عذابا شديدا اي لازمنه صحبة الاضداد كذا في النهاية ومعراج الدراية ثم ان الشفعة في اللغة ماخوذة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتري الى ملك الشفيع ومنه شفاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم للمذنبين لانه يضمهم بها الى الفائزين وفي الشريعة هي تملك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه كذا في عامة الشروح والمتون الا انه وقع في بعضها تملك العقار بدل تملك البقعة وصرح في بعض الشروح بزيادة قيد في آخر التعريف وهو قوله بشركة او جوار وترك ذكره في الاكثر بناء على ظهوره اقول في الكل اشكال وهو انه ان كانت حقيقة الشفعة في الشريعة

اما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم

بحق التملك المذكور في عامة الكتب يلزم ان لا يصح ما تقرر عندهم ويجيء في الكتاب من ان الشفعة يجب ان يثبت بعقد البيع ويستقر بالاشهاد ويملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم لان ذلك صريح في ان تحقق التملك في الشفعة عند اخذ البقعة المشفوعة بالتراضي او قضاء القاضي فان كانت حقيقة الشفعة في الشريعة نفس ذلك التملك لزم ان لا يكون لتولهم الشفعة تثبت بعقد البيع ويستقر بالاشهاد صحة اذ الثبوت والاستقرار لا يتصور بدون التحقيق وحين عقد البيع والاشهاد ولم يوجد الاخذ بالتراضي ولا قضاء القاضي لامحالة فلم يوجد التملك ايضا فعلى تقدير ان يكون الشفعة نفس ذلك التملك كيف يتصور ثبوتها بعقد البيع واستقرارها بالاشهاد وايضا قد صرحوا بان حكم الشفعة جواز طلب الشفعة وثبوت الملك بالقضاء او الرضا فلو كانت الشفعة نفس التملك لما صح شيء من جواز طلب الشفعة وثبوت الملك لان يكون حكما للشفعة اما الاول فلانه لاشك ان المقصود من طلب الشفعة انما هو الوصول الى تملك البقعة المشفوعة وعند حصول تملكها الذي هو الشفعة على الفرض المذكور لا يبقى محل حق طلب الشفعة ضرورة بطلان طلب الحاصل و حكم الشيء يقارن ذلك الشيء او يعقبه ولا يتقدم عليه فلم لا يصلح جواز طلب الشفعة لان يكون حكما للشفعة على تقدير ان تكون الشفعة نفس التملك واما الثاني فلان ثبوت الملك هو نوع التملك في المعنى وحكم الشيء ما يغايره ويترتب عليه فلم لا يصلح ثبوت الملك ايضا بان يكون حكما للشفعة على تقدير كون الشفعة نفس التملك فالاظهر عندي في تعريف الشفعة في الشريعة ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال ثم الشفعة عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار انتهى فانه اذا كانت حقيقة الشفعة في الشريعة مجرد حق التملك دون حقيقة التملك يندفع الاشكال الذي ذكره بخلافه يظهر ذلك بالتامل الصادق ولعل مراد عامة العلماء ايضا ذلك ولكنهم تسامحوا في العبارة ثم ان سبب الشفعة عند عامة المشائخ اتصال تملك الشفيع بملك البائع لان الشفعة انما تجب ضرر الدخيل عن الاصل وهو ضرر سوء المعاملة والمعاشرة وانما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفيع بالمبيع وكان الخصاف رحمه الله يقول الشفعة يجب بالبيع ثم تجب بالطلب فهو اشارة منه الى ان كليهما سبب على التعاقب وانه غير صحيح لان الشفعة اذا وجبت بالبيع لا يتصور وجوبها ثانيا بالطلب وذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان الشركة مع البيع علة لوجوب الشفعة لان حق الشفعة لا يثبت الا بهما قال ولا يجوز ان يقال بان الشركة شرط والشركة علة وسبب فان الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح ولو سلم بعد البيع يصح ولو كان سبب وجوب الشفعة الشركة وحدها لصح التسليم قبل البيع لانه حصل بعد وجود سبب الوجوب الا يرى ان الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب جائز ولما لم يصح تسليم الشفعة قبل البيع عرفنا ان الشركة وحدها ليست بعلة والحاصل ان استحقاق الشفعة بالشركة عند البيع او بالشركة والبيع وتاكدها بالطلب وثبوت الملك في الشفعة المشفوعة بالقضاء او الرضا كذا في الذخيرة وذكره صاحب النهاية مغريا الى المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها اقول يجوز ان يكون مراد الخصاف بقوله الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب انها تجب بالبيع ثم يتاكد وجوبها ويستقر بالطلب فيؤول الى ما ذكره غيره من القول الصحيح المختار ويكون معنى قوله ثم تجب بالطلب نظير ما ذكره المفسرون في قوله تعالى اهدنا الصراط المستقيم من ان معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم لكون نفس الهدى متحققة قبل الطلب ولعل نظائر هذا في كلام البلغاء اكثر من ان تحصى والعجب ان عامة ثقات المشائخ حملوا كلام ذلك العام الذي له يد طولى في الفقه الذي هو بين البطلان ولم يحمله احد على المعنى الصحيح مع كونه على طرف الثمام قوله اما الثبوت فلقوله عليه الصلوة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم اقول لقائل ان يقول هذا الحديث وان دل على بعض المدعى وهو ثبوت حق الشفعة للشريك الا انه ينفي بعضه الاخر وهو ثبوته لغير الشريك ايضا كالجار الملاصق لان اللام في الشفعة المذكورة للجنس لعدم العهد وتعريف المسند اليه باللام الجنس بعد قصر المسند اليه على المسند كما تقرر في علم الادب

ولقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه السلام الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته ويروى الجار احق بشفعته وقال الشافعي رح لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه

ومثل بنحو قوله عليه السلام الائمة من قريش وسيما وقد دخل على المسند ههنا لام الاختصاص كما ترى وكان عريقا في افادة القصر كما في الحمد لله على ما قالوا فاقتضى اقتصار حق الشفعة من غير الشريك وهو مذهب الشافعي فليتامل في الجواب قال صاحب العناية بعد ذكر الحديث المذبور اي تثبت الشفعة للشريك اذا كانت الدار مشتركة فباع احد الشريكين نصيبه قبل القسمة اما اذا باع بعدها فلم يبق الشريك الآخر الا في المدخل ولا في نفس الدار فحينئذ لا شفعة انتهى واعترض بعض الفضلاء على قوله اما اذا باع بعدها الخ ثم وجه حيث قال هذا قول يفهم الصفة ونحن لا نقول به الا ان يقال التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية انتهى اقول كل من اعتراضه وتوجيهه ساقط اما الاول فلان قول صاحب العناية واما اذا باع بعدها الخ ليس مدخل في تفسير معنى الحديث المذبور حتى يتجه عليه ان يقال هذا قوله بمفهوم الصفة ونحن لا نقول به بل هو كلام تفسد ذكره بطريق الاستطراد بيانا للواقع واما الثاني فلانه لو كانت اللام الاختصاصية مدارا للتخصيص بمعنى القصر لزم ان يدل الحديث المذكور على عدم ثبوت حق الشفعة للجار الملاصق ايضا لكونه غير شريك لم يقاسم فيلزم ان يكون حجة علينا لا لنا قوله ولقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا اي جار الدار احق بالدار وجار الارض احق بالارض قوله ينتظر له وان كان غائبا اي الشفيع يكون على شفعته وان غاب اذ لا تاثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه كذا قال تاج الشريعة ويقرب منه قول صاحب العناية يعني يكون على شفعته مدة غيبته اذ لا تاثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه انتهى قال في النهاية وفي رواية الاسرار ينتظر بها اذا كان غائبا ثم قال في الاسرار فان قيل المراد به احق بها عرضا عليه للبيع الا يرى انه قيده بالانتظار اذا كان غائبا قلنا ان النبي صلى الله عليه وسلم جعله احق بالاطلاق فيكون احق بها قبل البيع وبعده وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة احق ولان ما روي عن عمرو بن الشريد عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سئل عن ارض بيعت ليس لاحد فيها شرك ولا نصيب فقال الجار احق بشفعته فبهذا يبطل ذلك التاويل انتهى وقال بعض الفضلاء على قوله وان كان غائبا مقتضى كلمة ان الوصلية انه اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى ففي كلامه بحث تامله انتهى اقول المذكور في كثير من نسخ الهداية ان كان غائبا بدون الواو والذي ذكر في حاشية ذلك التامل ايضا تلك النسخة فحينئذ لا يظهر كون كلمة ان وصلية بل المتبادر ان يكون شرطية ويؤيده رواية الاسرار حيث وقع فيها اذا كان غائبا فعلى هذا لا يتوهم ان يكون المعنى اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى واما على الرواية بالواو وهي الاكثر وقوعا في الشروح فلا محذور فيها ايضا لان معنى قوله ينتظر له وان كان غائبا على ما بينوا انه يكون على شفعته وان غاب ولا شك انه كان على شفعته حال غيبته فلان يكون على شفعته حال حضوره اولى بالطريق وان ترك الانتظار على معناه الاصلي وهو التوقف في مسئلة وكان المعنى ينتظر له الا ان يجيء ليفرغ من شفعته تحققت الاولوية ايضا فيما اذا لم يكن غائبا لانه اذا وجب الانتظار له الى ان يجيء ويفرغ من شفعته مع بعد زمان الانتظار فلان يجب الانتظار الى فراغه من شفعته عند حضوره اولى لحصول الانفصال بينهما في زمان قليل تامل تفهم قوله وقال الشافعي لا شفعة للجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة قال صاحب العناية وجه الاستدلال ان اللام للجنس كقوله عليه السلام الائمة من قريش فينحصر الشفعة فيما لم يقسم يعني اذا كان قابلا للقسمة واما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده وانه قال اذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه الى هنا كلامه اقول في تقريره نوع خلل لان قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم يناقض اوله آخره فان معنى الشريك في حق المبيع من لم يكن حقه مقسوما بل كان حق المبيع مشاعا بينه وبين الآخر وقد حكم عليه بكون حقه مقسوما وذلك تناقض لا يخفى وقصد بعض الفضلاء رفع ذلك حيث قال

وقد ورد الشرع بيد فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولانا ما بينا
ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تابيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة
بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه
لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة الفساد على ما عرف وقطع هذه المادة بتلك الاحيل اولى

فان قيل كيف يكون حق الشريك في حق المبيع مقسوما فلا ارادة حق كل منهما من الملك انتهى اقول فحينئذ يحتمل تفريع قوله فلا شفعة فيه على قوله والشريك في
حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم لا يلزم من كون حق كل منهما من الملك فقط مقسوما ان لا يثبت فيه شفعة على مقتضى دلالة قوله فاذا وقعت الحدود
وصرفت الطرق فلا شفعة فان دلالته على عدم الشفعة في المقسوم من جهتين معا اي من جهة حق المبيع وهو الطريق كما دل عليه قوله وصرفت الطرق
والاولى في تقرير المقام ان يقال وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم من جهة
وقوع الحدود ومن جهة صرف الطريق والجار الملاصق حقه مقسوم من تينك الجهتين معا فلا شفعة فيه او على هذا التقرير يرتفع الاختلال بالكلية
ويطابق الشرح المشروح فان المصنف قال وقال الشافعي لا شفعة بالجوار وذكر الحديث المذكور دليلا عليه ولم يتعرض لغير الجوار نعم طعن
صاحب النهاية في تخصيصه بالجوار بالذكر حيث قال ليس لتخصيص هذا زيادة فائدة لان الشافعي كما لا يقول بالشفعة بالجوار فكذلك لا يقول
بالشفعة بالشركة في الحقوق ايضا وكذلك لا يقول بالشفعة فيما لا يحتمل القسمة كالبئر والنهر انتهى ولكن يمكن ان يقال وجه تخصيصه ذلك بالذكر عدم
مساعدة دليل الشافعي لعدم ثبوت الشفعة الا في حق الجار تدبر قوله وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزم
في الاصل دون الفرع فسر صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والشارح العيني المشار اليه بهذا في قول المصنف وهذا ليس في معناه
بالجار حيث قالوا وهذا اي الجار وقال صاحب العناية وحده بعد ان قال اي الجار يعني شفعة الدار وسكت غيره هؤلاء الشراح عن تفسير هذا هنا
وفسرها متمم الشرح في قوله دون الفرع بالجار ايضا وفسره صاحب العناية بالمقسوم وتبعه العيني واجبوا على تفسير الاصل بما لم يقسم اقول الحق
الواضح عندي ان المراد بهذا والفرع كلاهما هو المقسوم لا غير لانه لا حاصل لان يقال الجار ليس في معنى ما لم يقسم اذا لم يقل احد بان الجار
في حكم ما لم يقسم وانما قلنا ان المقسوم في حكم ما لم يقسم اذا وجد الاتصال بملك البائع ولا صحة لان يقال الجار فرع لما لم يقسم لان الذي في حكم ما
لم يقسم انما هو المقسوم لا الجار نفسه وهذا مما لا يشتبه به فعامة الشراح خرجوا في تفسير كل من الموضعين عن سنن الصواب واما صاحب العناية فقد اصاب
في تفسير الفرع حيث قال فيه وهو المقسوم ولم يصب في تفسير هذا حيث قال فيه اي الجار الا انه لما ذاق اشتباه هذا التفسير قال بقوله يعني شفعة
الجار لكنه ليس بتام ايضا اذ لم يقل احد ايضا بان شفعة الجار في معنى نفس ما لم يقسم الا ان يقدر مضاف اخر في قوله معناه ايضا فيصير المعنى ليس
في معنى شفعة اي شفعة ما لم يقسم لكن لا يخفى انه تحمل بعد تحمل بلا ضرورة داعية الى شيء منهما فالحق ما قلناه قوله ولان ملكه متصل بملك الدخيل
اتصال تابيد وقرار قال تاج الشريعة ذكر التابيد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وذكر القرار احتراز عن المشتري شراء فاسدا فانه لا قرار له
اذا النقض واجب دفعا للفساد واقتفى اثره صاحب العناية ورد بعض الفضلاء قوله والسكنى بالعارية حيث قال ليس للمستعير ملك حتى يحترز عنه
انتهى اقول ان لم يكن له ملك من حيث الرقبة فله ملك من حيث المنفعة لان الاعارة تمليك المنافع بلا عوض على ما عرف في كتاب العارية فكان
قوله لان ملكه متصل بملك الدخيل متناولا لدار المسكونة بالعارية ايضا فجعل لقوله اتصال تابيد الاحتراز عن مثل ذلك قوله فيثبت له حق الشفعة
عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع قال تاج الشريعة قوله عند وجود المعاوضة بالمال احتراز عن الاجارة والدار الموهوبة والمجعولة
مهرا وقال صاحب العناية وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة مهرا انتهى وتبعه الشارح العيني اقول فيه بحث لان المستاجر ان كان له
ملك في الدار المستاجرة من حيث الشفعة لان الاجارة تمليك المنافع بعوض فيثبت له فيها نوع ملك كما في المستعير على ما مر آنفا الا ان كل منهما خرجا بقوله

لان الضرر فى حقه بازعاجه عن خطة آبائه اقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره

اتصال تابيد فيما قبل فما معنى الاحتراز عن الاجارة مرة اخرى بقوله ههنا عند وجود المعاوضة بالمال واما المرتهن فلا ملك له فى الدار المرهونة لا من حيث الرقبة ولا من حيث المنفعة فقد خرج بالملك المذكور من قبل قطعا مع قطع النظر عن قيد التابيد فلا معنى للاحتراز عن الدار المرهونة بالقيد المذكور ههنا اصلا والحق ان هذا القيد للاحتراز عن مثل الدار الموروثة والموهوبة والموصى بها والمجعولة مهرا فان فى كل منها تحقق الملك والتابيد والقرار لكن لا شفعة فيها لعدم تحقق المعاوضة المالية فى شئ منها قوله لان الضرر فى حقه بازعاجه عن خطة آبائه اقوى قال بعض الفضلاء الدليل اخص من المدعى فان الشفيع لا يلزم ان يكون فى خطة آبائه بل قد يكون مالكا بالشرى او الهبة انتهى اقول المعنى المقصود من هذا الدليل ان الضرر فى حقه بازعاجه من خطته الاصلية المتقررة اقوى فيعم ما كان تملكه بالشرى او الهبة الا انه غير عن اصالة خطته وتقررها باضافتها الى آبائه مبالغة فى بيان اصالتها وتقررها وبناء على ما هو الاكثر وقوعا فى العادة فاخصية الدليل المذكور بالنظر الى ظاهر اللفظ دون المعنى المقصود منه فلا محذور فيه قوله وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره هذا جواب عن قول الشافعى لان مؤنة القسمة تلزمه فى الاصل دون الفرع يعنى ان التعليل بذلك غير صحيح لان مؤنة القسمة امر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غير مشروع وهو تملك مال الغير بدون رضاه كذا فى الشروح قال صاحب العناية بعد بيان ذلك ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه فى حيز التعارض انتهى اقول هذا عذر بارد بل كاسد لان كون الحديث الذى استدل به الخصم فى حيز التعارض بالحديث الذى رويناه لا يسوغ الاستغناء عن ذكر الجواب فان حكم التعارض هو التساقط ان لم يظهر الرجحان فى احد الجانبين ولم يتيسر الخاص الجامع بينهما عند الطلب كما عرف فى علم اصول الفقه وعلى تقدير التساقط ههنا يلزم ان لا يثبت مدعانا كما لا يثبت مدعاه وذلك يخل بمطلوبنا لا محالة فلا بد من الجواب اما ببيان الرجحان فيما رويناه او ببيان الخلص على وفق قاعدة الاصول اللهم الا ان يقال يكفينا دليلنا العقلى عند تحقق حكم التعارض بين الاحاديث لكن فيه ما فيه وقال صاحب العناية وقد اجاب بعضهم بان قوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشئ بالذكر وهو لا يدل على نفى ما عداه او بان قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الالزام لانه عليه السلام علق عدم الشفعة بالامرين وذلك يقتضى انه اذا وقعت الحدود ولم يصرف الطرق بان كان الطريق واحدا يجب الشفعة انتهى اقول فى كل من هذين الجوابين نظر اما فى الاول وهو الذى ذكر فى الكافى وعامة الشروح فلان مدار استدلال الشافعى بقوله عليه الصلوة والسلام الشفعة فيما لم يقسم ليس على مجرد تخصيص كون الشفعة فيما لم يقسم بالذكر حتى يتم الجواب عنه بان تخصيص الشئ بالذكر لا يدل على نفى ما عداه بل مدار استدلاله على ان اللام فى الشفعة للجنس لعدم المعهود فيقتضى قصر الشفعة على ما لم يقسم كما فى قوله عليه السلام الائمة من قريش وقد صرحوا به فى اثناء تقرير وجه استدلاله بذلك ولا ريب ان ارادة القصر تدل على نفى ما عدا المذكور فالاولى فى الجواب عنه ما ذكره تاج الشريعة وهو ان الالف واللام كما تدخلان فى الاسم للاستغراق تدخلان فيه للمبالغة كما يقال العالم فى البلد فلان وان كان فيه علماء واذا كان كذلك يكون المراد بما فى ذلك الحديث اقوى الاسباب ونحن نقول ان حق الشفعة فيما لم يقسم اقوى ولهذا قدمناه على غيره انتهى واما فى الثانى فلان حصول الالزام للشافعى بقوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق على الوجه المذكور فى الجواب المذكور ممنوع فان الشافعى وان قال بمفهوم المخالفة الا ان له شرائط عنده منها ان لا يخرج الكلام مخرج العادة كما فى قوله تعالى وربائبكم اللاتى فى حجوركم على ما عرف فى الاصول فله ان يقول فيما نحن فيه ان قوله وصرفت الطرق خرج مخرج العادة لكون صرف الطرق عند القسمة غالب الوقوع فلا يدل على انه اذا كان الطريق واحدا يجب الشفعة ولئن سلم حصول الالزام له بذلك فلا ينبغى ان يقال انه مشترك الالزام لان فيه اعترافا بكونه ملزما ايانا ايضا ولو كنا ملتزمين بذلك فى هذه المسئلة مخالفا

واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع اقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا انه مقدم قال فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى وعن ابي يوسف ان مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر ان السبب قد تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض

فنافى كون الشافعي ايضا لمذهبه وتلك المقدمة انما يصار اليها في العلوم العقلية عند الضرورة وعن هذا لم يقع التعبير بانه مشترك الالزام في غير كلام صاحب العناية فالاولى في الجواب عن اخر ذلك الحديث وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ما اشير اليه في الكافي وذكر في كثير من الشروح من انه لم يثبت كون ذلك من نفس الحديث بل يجوز ان يكون من كلام الراوي فلا يكون حجة للخصم في عدم استحقاق الشفعة في الجار مع ما صح من الاحاديث الدالة على ثبوت الشفعة للجار ولئن ثبت كونه من نفس الحديث فالمراد نفي الشفعة الثابتة بسبب الشركة عملا بما رويناه اي جمعا بين ذلك الحديث وبين ما رويناه او معناه فلا شفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق وانما قال هذا لان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كانت موضع ان يتوهم استحقاق الشفعة بها كالبيع فبين النبي صلى الله عليه وسلم عدم ثبوت الشفعة بها ازالة لذلك الوهم واورد علينا من قبل الشافعي انه عليه السلام قال في رواية انما الشفعة فيما لم يقسم فدل على اثبات المذكور ونفي ما عداه واجيب عنه بعباراة مختلفة قال في الكافي في الكفاية انما قد يقتضي تاكيد المذكور لا نفي غير المذكور قال الله تعالى انما انت منذر انتهى وقال في النهاية وكلمة انما قد يجيء للاثبات بطريق الكمال كما يقال انما العلم في البلد زيد اي الكامل فيه والمشهور به زيد ولم يرد به نفي تعلم عن غيره وههنا كذلك فان الشريك الذي لم يقاسم هو الشريك في البقعة وهو كامل في سبب استحقاق الشفعة حتى لا يزاحمه غيره وكان محمولا على اثبات المذكور بطريق الكمال دون نفي غيره انتهى وقال في البدائع اما الحديث فليس في صدره نفي الشفعة عن المقسوم لان كلمة انما لا يقتضي نفي غير المذكور قال الله تعالى انما انا بشر مثلكم وهذا لا ينفي ان يكون غيره صلى الله عليه وسلم بشرا مثلهم انتهى اقول فيما ذكر في البدائع خلل بين اذ قد تقرر في علم الادب انه يؤخر المقصور عليه في انما ولا يجوز تقديمه على غيره فالمقصور في قوله تعالى قل انما انا بشر مثلكم مدلول انا والمقصور عليه هو البشرية ولا شك ان المراد بالمذكور في قولهم انما لاثبات المذكور ونفي غير المذكور هو المقصور عليه اذ باثبات ذلك ونفي غيره يحصل معنى القصر عليه كما لا يخفى قوله وهذا لا ينفي ان يكون غيره عليه السلام بشرا مثلهم لا يدل على ان لا يقتضي كلمة انما نفي غير المذكور الذي هو المقصور عليه لان غير المقصور عليه في قوله تعالى قل انما انا بشر مثلكم انما هو غير البشرية لا غيره عليه السلام والحاصل ان كلمة انما في الآية المذكورة لقصر المسند اليه على المسند دون العكس لا محالة وقوله وهذا لا ينفي ان يكون غيره عليه السلام بشرا مثلهم يبتني على ان يكون المراد هو العكس فليس بصحيح قطعا قوله واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس البيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار قال صاحب غاية البيان فسر صاحب الهداية الشريك بمن كان شريكا في نفس البيع والخليط بمن كان شريكا في حقوق المبيع وهما في اللغة سواء واقتفى اثره الشارح العيني اقول ان كان مرادهما ما اخذه المصنف بتفسيره المذكور كما هو المتبادر من ظاهر لفظهما فالجواب بين فانه لما وقع في الحديث الشريك احق من الخليط علم ان المراد بالشريك هناك غير الخليط اذ لا معنى لكون الشيء احق من نفسه فلا بد ان يحمل احدهما على نوع مما اطلق عليه في اللغة والاخر على نوع اخر منه ثم لما كانت مرتبة الشريك في نفس المبيع اظهر واجلى فسر المفضل بالاول والمفضل عليه بالثاني ولم يعكس فلا غبار عليه في اللغة والاخر على نوع اخر منه ثم لما كانت مرتبة الشريك في نفس المبيع على الشريك في حقوق المبيع اظهر واعلى فسر المفضل بالاول والمفضل عليه بالثاني ولم يعكس فلا غبار عليه قوله قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة اقول لا يرى لقوله هذا فائدة سوى الايضاح والتاكيد بعد ان قال قبيله الشفعة واجبة مع الخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار فان ذلك كما افاد ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء افاد ترتيب ايضا كما صرح به

والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار او جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف رح لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة ثم لا بد ان يكون الطريق والشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وعن ابي يوسف رح ان الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام فان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا وان بيعت في العليا فلاهل السكتين والمعنى ما ذكرنا في كتاب ادب القاضي ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه **قال** ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار الا انه جار ملازق **قال** والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار لما بينا **قال** واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال الشافعي رح هي على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك الا يرى انها لتكميل منفعته فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق الا يرى انه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح يقع بقوة الدليل لا بكثرته ولا قوة هنا لظهور الاخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة واشباهها ولو اسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم لان الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب وان قضي لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقا للتسوية فلو سلم الحاضر بعدما قضي له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء **قال** والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده لا انه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه

فصاحب الهداية كيف اتى بكلمة ثم صريحة في افادة ان ليس للمتاخر في الاستحقاق حق عند وجود المقدم فيه بلا ريب اقول تعليل هذه المسألة بقوله لما بينا من الترتيب غير تام لان ما بيناه من الترتيب لا يقتضي ان يستحق المتاخر عند وجود المتقدم وتسليمه لجواز ان يكون المتاخر محجوبا بالمتقدم كما في الميراث على ما قال به ابو يوسف في غير ظاهر الرواية اذ حينئذ لا يستحق المتاخر شيئا عند وجود المتقدم سلم او استوفى مع بقاء الترتيب على حاله باتفاق الروايات وانما يكون التعليل المذكور تاما لو كانت المسألة هكذا فان لم يوجد الخليط في الرقبة فالشفعة للشريك في الطريق او الشرب فان لم يوجد هذا ايضا اخذها الجار لان الترتيب يقتضي هذا المعنى لا محالة فالمناسب ان يترك التعليل المذكور ههنا ويكتفى بما سيأتي من قوله ووجه الظاهر ان السبب تقرر في حق الكل الى آخره **قوله** والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار قال في العناية آخذا من النهاية مثل ان يكون في دار كبيرة بيوت في بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار انتهى اقول في هذا التمثيل قصور لان المنزل عند الفقهاء دون الدار وفوق البيت واقله بيتان او ثلاثة نص عليه في المغرب وعلم ذلك فيما مر في باب الحقوق من كتاب البيوع فتمثيل الشركة في المنزل بالشركة في بيت يخالف اصطلاح هذا الفن ولا ضرورة تدعو اليه في كلام المصنف فلا وجه لارتكابه **قوله** والبقعة واحدة يعني بقعة الدار المبيعة واحدة فاذا صار الشفيع احق ببعضها كمنزل معين منها او جدار معين منها صار احق بجميعها قال صاحب العناية في شرح قوله والبقعة واحدة اراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك في حكم شيء واحد فاذا صار احق بالبعض كان احق بالجميع انتهى اقول فيه خلل لان الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع في مسئلتنا هو منزل معين من الدار او جدار معين منها ووحدة ذلك لا توثر في استحقاق الشفيع جميع الدار وانما الموثر فيه وحدة مجموع الدار وهي لا تلزم من تفسير الشارح المذكور وايضا قوله فاذا صار احق بالبعض كان احق بالجميع انما يتعلق بوحدة مجموع الدار المبيعة لا بوحدة الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع فكان بين اول كلامه وآخره تنافر لا يخفى **قوله** قال والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده اقول كون معناه بعده محل كلام من حيث العربية فان مجيء الباء بمعنى بعد لم يذكر في مشاهير كتب العربية فالاظهر ان يكون الباء في قوله تجب بعقد البيع بمعنى مع للمصاحبة والمقارنة فانه كثير شائع مذكور في عامة معتبرات كتب الادب والمعنى المقصود ههنا يحصل به بلا كلفة كما لا يخفى على الفطن المتامل فلا يقتضي المعدول عنه **قوله** لا انه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه يعني في قوله ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال كما ذكر في العناية وكثير من الشروح او في قوله لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار كما ذكر في الكفاية قال صاحب العناية وهذا قول عامة المشايخ لانها انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل لسوء المعاملة والمعاشرة والضرر انما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ولهذا اعتبرنا ثبوتها للشريك في حقوق المبيع وللجار الملاصق لتحقق ذلك انتهى اقول في قولهم والضرر انما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع مناقشة لانهم ان ارادوا بذلك ان الضرر انما يتحقق بمجرد اتصال ملك البائع بملك الشفيع يلزمهم ان يتحقق الضرر للشفيع قبل ان يبيع البائع ملكه لتحقق اتصال ملكه بملك الشفيع قبل البيع فيلزمهم ان تجب الشفعة قبله ايضا لدفع ذلك الضرر وليس كذلك قطعا وان ارادوا به ان الضرر انما يتحقق بمدخلية اتصال البائع بملك الشفيع فهذا لا ينافي مدخلية البيع ايضا فلا يلزم ان يكون سببها هو الاتصال كما ادعوا فليتامل ثم قال صاحب العناية ورد بانه لو كان الاتصال هو السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب الا يرى ان الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح واجيب بان البيع شرط ولا وجود للشرط قبله ورد بانه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كاداء الزكوة قبل الحول واسقاط الدين الموجل قبل حلول الاجل والجواب ان ذلك لشرط الوجوب

والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه **قال** وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد

والكلام فيه وانما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على احد انتهى كلامه اقول لقائل ان يقول امتناع تحقق المشروط قبل تحقق الشرط ضروري سواء كان المشروط هو الجواب او الوجوب مجازا كان عدم تحقق شرط الجواز مانعا عن اتصال السبب بالمحل كما قالوا لزم ان يكون عدم تحقق شرط الوجوب ايضا مانعا عن ذلك فلزم ان لا يكون الواجب متاديا باداء الزكوة قبل الحول لعدم تحقق شرط الوجوب قبله وكذا الحال في اسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل مع ان المصرح به في موضعه خلاف ذلك ثم اقول يمكن ان يجاب بان المراد بالوجوب في قوله ان ذلك شرط الوجوب هو وجوب الاداء دون نفس الوجوب فان نفس وجوب الزكوة يتحقق بملك النصاب الثاني وحولان الحول انما هو شرط وجوب اداءها كما صرحوا به في كتاب الزكوة وكذا حلول الاجل في الديون المؤجلة انما هو شرط وجوب اداءها لا شرط نفس وجوبها فاللازم ان لا يتحقق وجوب الاداء قبل الحول وقبل حلول الاجل ولا يلزم منه ان لا يكون الواجب بنفس الوجوب متاديا باداء الزكوة قبل حلول الحول وباداء الدين قبل حلول الاجل والمصرح به في موضعه انما هو تادي الواجب بنفس الوجوب لا غير **قوله** والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها اي يعرف رغبة البائع عن ملك الدار وفسر صاحب العناية ضمير فيه في قوله والوجه فيه بهذا التاويل حيث قال والوجه فيه اي في هذا التاويل وتبعه العيني اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة انه لا مدخل للتاويل الذي ذكره المصنف لقوله معناه بعده لا انه هو السبب في جريان هذا الوجه اذ هو جار بعينه على تقدير ان يكون معنى كلام القدوري ان البيع هو السبب كما لا يخفى على الفطن فلا حاجة الى بناء هذا الوجه على ذلك التاويل بارجاع ضمير فيه اليه بل لا وجه له عند التحقيق لان المصنف علل تاويله المذكور بقوله لان سببها الاتصال على ما بيناه فما معنى ان يكون قوله والوجه فيه تعليلا له بعد ذلك فالحق ان قوله والوجه فيه الى آخره متصل باول الكلام وهو قوله والشفعة تجب بعقد البيع ومن عادة المصنف انه اذا كان في عبارة المسئلة عقدة يحلها ثم يذكر دليل المسئلة وههنا ايضا فعل كذلك **قوله** ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه اقول فيه تامل اذ قد يقرر فيما ان علة ثبوت حق الشفعة عندنا انما هي دفع ضرر الدخيل عن الاصيل لسوء المعاملة والمعاشرة والظاهر ان ذلك الضرر انما يتحقق عند ثبوت البيع في حق المشتري لانه هو الدخيل لا عند ثبوته في حق البائع مع تكذيبه المشتري لان البائع اصيل كالشفيع فمن اين يتحقق ضرر الدخيل عند عدم ثبوت البيع في حق المشتري حتى يثبت حق الشفعة لدفع ذلك الضرر تفكر قال في العناية ونوقض بما اذا باع بشرط الخيار له او وهب وسلم فان الرغبة عينه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة واجيب بان في ذلك تردد البقاء الخيار بخلاف الخيار فانه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعول به كما زعمه والهبة لا تدل على ذلك لان غرض الواهب المكافاة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية انتهى اقول في الجواب عن النقض بصورة الهبة بحث لانه ان كان مداره على مجرد كون غرض الواهب المكافاة لا يستقيم اصلا فان كون غرضه المكافاة لا ينافي رغبته عن ملكه الا يرى ان غرض البائع ايضا المكافاة بالثمن مع انه لا ينافي رغبته عن البيع بل يدل عليها كما ذكروا وان كان مداره على صحة الرجوع للواهب وعدم انقطاع حقه عن الموهوب بالكلية لا يندفع النقض بالهبة التي لا يصح الرجوع فيها كما اذا وهب لقريبه المحرم او لزوجته او اخذ العوض عنها بغير شرط في العقد او غير ذلك مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع فان في هذه الصورة لا يصح رجوع الواهب وينقطع حقه عن الموهوب بالكلية كانقطاع حق البائع عن المبيع مع انه لا شفعة فيها فبقي النقض بها **قوله** ولا يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد اقول فيه شيء وهو ان احتياجه الى اثبات طلبه عند القاضي انما هو اذا انكر المشتري طلبه واما اذا لم ينكره فلا احتياج الى ذلك فعلى مقتضى هذا التعليل ينبغي ان لا يبطل الشفعة بترك الاشهاد فيما اذا لم ينكر الخصم طلبه مع ان الظاهر من كلماتهم

قال [illegible] المشتري [illegible] القاضي كما في الوجيز في الهبة ونظم نثرة هذا في الزامات
الشفيع [illegible] دار المشتري بالشفعة [illegible] دار الشفعة [illegible] الحاكم وتسليم الخاصم لا يورث شبهة في الصورة الاولى ويبطل شفعته في الثانية
[illegible] الله سبحانه اعلم بالصواب

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال وان اراد الشفيع [illegible] التعدي في خصومته ذلك على ثلاثة اعلم ان الطلب على ثلثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها اذا علم حتى لو بلغه الشفيع البيع ولم يطلب شفعته بطلت شفعته وهو المراد بقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها ولو اضمر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته وعلى هذا نقله الشارح وهو رواية عن محمد رحمه الله وعنه ان له مجلس العلم والرواية بالثانية اخذ الكرخي لانه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمن [illegible] كما في تقرير الدروس من [illegible] لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول [illegible] من جوابه والثاني [illegible] منه [illegible] والثالث لا فتنام [illegible] فلا بد له شيء عند الاعراض كما اذا قال من اشتريت او بايعت لانه يرغب فيما يثمن دون ثمن يرغب عن مجاورة بعض من بعض

بالاشهاد ترك ذلك مطلقا فان قلت وقت الاشهاد مقدم على وقت الخصومة ففي وقت الاشهاد انكار الخصم طلبه وعدم المكاره اياه غير معلوم فاذا ترك الاشهاد في ذلك الوقت لم يعلم رغبته فيه بل يحتمل اعراضه عنه فلهذا يبطل الشفعة بترك الاشهاد مطلقا قلت هذا مصير الى التعليل الاول ولا كلام فيه وانما الكلام في ان التعليل الثاني هل يصلح ان يكون دليلا مستقلا ههنا كما يقتضيه قول المصنف ولا يحتاج اليه الخ قوله وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم عطف على سلمها المشتري وقد وقع المعطوف عليه في حيز الاخذ وكان الاخذ معبرا في التسليم فلزم ان يكون معبرا في حكم الحاكم ايضا على مقتضى العطف اذ قد تقرر في علم الادب ان المعطوف في حكم المعطوف عليه في كل امر يجب للمعطوف عليه بالنظر الى ما قبله مع ان المالك يثبت للشفيع بحكم الحاكم قبل اخذه الدار على ما نصوا عليه حيث قال في الكافي بعد قوله او حكم بها حاكم فانه يثبت الملك بحكمه وان لم يأخذ الدار وقال في شرح الكنز للزيلعي اي تملك الدار المشفوعة باحد امرين اما بالاخذ اذا سلمها المشتري برضاه او بحكم الحاكم من غير اخذ وقال صدر الشريعة في شرح قول صاحب الوقاية وتملكه بالاخذ بالتراضي او بقضاء القاضي قوله بقضاء القاضي عطف على الاخذ لا على التراضي لان القاضي اذا حكم يثبت الملك للشفيع قبل اخذه انتهى وكان صاحب العناية غافل عن ذلك وهو اي التملك انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشتري او بقضاء القاضي فانه صريح في اعتبار الاخذ في قضاء القاضي ايضا وثانيهما ان تسليم الدار المشفوعة ليس توصيفه المشتري وانما فان المصنف صرح فيما مر انه لا يكتفى بثبوت البيع في حق البائع حتى يأخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه ففي هذه الصورة انما سلمها البائع دون المشتري فكان الاحق بالمقام ان يقال اذا سلمها الخصم بدل قوله اذا سلمها المشتري ليشمل تسليم المشتري وتسليم البائع كما قال المصنف فيما سبق حكم الحاكم او تسليم الخاصم تبصر

باب الشفعة والخصومة فيها لما لم يثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه كذا في عامة الشروح اقول هذا بيان من الشراح لوجه ذكر الشطر الاول من شطري عنوان الباب وهو طلب الشفعة ولم يتعرض احد منهم لوجه ذكر الشطر الثاني منها وهو قوله والخصومة فيها ولعل وجهه انه لما كان للخصومة في الشفعة شان مخصوص وتفاصيل زائدة على سائر الخصومات كما ستظهر شرع في بيانها ايضا اصالة قوله اعلم ان الطلب على ثلثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب شفعته لما ذكرنا قال الشارح قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله قبل لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه ودون اعراضه عنه اقول فلقائل ان يقول ما ذكره هناك كما يدل على لزوم طلب المواثبة يدل ايضا على لزوم الاشهاد فيه حيث قال فلا بد من الاشهاد والطلب وسياتي التصريح منه بان الاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والجواب ان المراد بالاشهاد المذكور هناك هو الذي في طلب التقرير دون طلب المواثبة يرشد اليه تقديم الاشهاد على الطلب في قوله فلا بد من الاشهاد والطلب اذ لو كان المراد بالاشهاد هناك هو الاشهاد على طلب المواثبة لكان ذكر الطلب بعده لغوا اذ لا يتصور الاشهاد على طلب المواثبة بدون تحقق نفس ذلك الطلب يدل عليه قوله قبيل ذلك وتستقر بالاشهاد اذ الشفعة لا تستقر الا بعد طلب التقرير والاشهاد على مقتضى ما سياتي في الكتاب فلا ينافي بين كلامي المصنف قوله ولقوله عليه الصلوة والسلام الشفعة لمن واثبها اقول في وجه الاستدلال بهذا الحديث نوع اشكال لانه ان كان مداره على نفي الشفعة عمن لم يواثبها بطريق مفهوم المخالفة فنحن لا نقول المخالفة فكيف يكون حجة لنا وان كان مداره على ان لام الجنس في الشفعة ولام الاختصاص في لمن واثبها يدلان على اختصاص الشفعة بمن واثبها كما قالوا في الحمد لله ان لام الجنس

والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي ره وتعميم الطلب بكل نفي يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يجحده رجلان او رجل وامرأتان او واحد عدل عند ابي حنيفة ره وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا كان او امرأة اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم وهذا بخلاف الخلوة اذ الخلوت عند الا لانه ليس فيه الزام حكم وتحرزت باذا اخبره الشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصم واما طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرنا ولا يحتمله الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيتراخى بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ثم يخفي منه يعني من المجلس ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده معناه لم يسلم الى المشتري او على المشتري او عند العقار فاذا فعل ذلك استقر شفعته وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه لان الاول لليد والثاني للملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع يشهد عليه وجه ان بان خصم ايده ولا ملك رقبته فيحتاج

والاختصاص ولنا على اختصاص الحمد لله تعالى فهو علينا النقض بقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك لم يقاسم كما ذكر في صدر هذا الكتاب وبيانه حينئذ ان يدل ذلك ايضا على نفي الشفعة عمن ليس بشريك لم يقاسم مع ان الشفعة ثابتة عندنا لغير الشريك ايضا كالجار الملاصق فتامل قوله

والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد قال صاحب النهاية وذلك لان طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط هذا الطلب ليعلم انه غير معرض عن الشفعة ومجيء راض بجوار هذا الدخيل والاشهاد ليس بشرط فيه انتهى واقتفى اثره صاحب العناية وعده تحقيقا حيث قال وتحقيقه ان طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم انه غير معرض عن الشفعة والاشهاد في ذلك ليس بشرط انتهى اقول لقائل ان يقول طلب التقرير والاشهاد ايضا ليس لاثبات الحق بل ليعلم انه غير معرض عن الشفعة فانما الذي لاثبات الحق طلب الخصومة مع ان الاشهاد في طلب التقرير لازم على ما يقتضيه كلام المصنف في بيان طلب التقرير والاشهاد فيما بعد فكان ذلك الوجه الذي عده صاحب العناية تحقيقا منقوضا بلزوم الاشهاد في طلب التقرير كما ترى فان قلت لزوم الاشهاد في طلب التقرير لانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد كما ذكره المصنف فيما قبل الباب وسياتي ذكره مرة اخرى في بيان طلب التقرير والاشهاد في هذا الباب قلت ذاك انما يكون وجها للزوم الاشهاد في طلب التقرير وهو لا يدفع انتقاض الوجه الذي ذكره الشارحان المزبوران لعدم لزوم الاشهاد في طلب المواثبة لزومه في طلب التقرير كما بيناه وكلامنا في هذا الوجه على ان في ذلك الوجه ايضا كلام لانه ان اريد انه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي وان انكر به الخصم فهو ممنوع وان اريد انه يحتاج الى اثباته وعند التجاحد فكذا الحال في طلب المواثبة ايضا ثم اقول يمكن ان يمنع لزوم الاشهاد في طلب التقرير ايضا بناء على ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال وانما سمي الثاني طلب الاشهاد لا لان الشهادة شرط بل ليمكنه اثبات الطلب عند جحود الخصم انتهى فانه يدل على ان الشهادة في طلب التقرير ايضا ليس بلازم بل انما هو لنفي التجاحد كما في طلب المواثبة وبناء على ذكره صاحب البدائع حيث قال واما الاشهاد على هذا الطلب فليس بشرط وانما هو لتوثقه على تقدير الانكار كما في الطلب الاول انتهى فحينئذ كان الوجه الذي ذكره الشارحان المزبوران سالما من الانتقاض كما لا يخفى قوله وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا او امرأة اذا كان الخبر حقا اقول في التقييد بقوله اذا كان الخبر حقا ضرب اشكال لان الكلام فيما اذا بلغ الشفيع بيع الدار بالاخبار وفي ذلك انما يحصل له العلم بكون الخبر حقا بسبب الوثوق باخبار مخبره والظاهر ان مدار الوثوق باخبار مخبره فيما اذا كان طريق العلم منحصرا في الاخبار هو حال الخبر بعد الثقة وتعدده مما يورث الوثوق باخباره ولهذا اعتبره ابو حنيفة رحمه الله واذا لم يكن شيء من العدد والعدالة شرطا عندهما فيما نحن فيه وفي نظائره كما صرحوا به بل كان خبر الواحد مطلقا كافيا فما معنى تعليق وجوب الاشهاد على الشفيع اذا اخبره واحد مطلقا يكون الخبر حقا والطريق العلم بكونه حقا في صورة هذه المسئلة سوى اخبار الواحد فان افاد مثل ذلك الاخبار العلم بعين كونه حقا وان لم يفده فلا مجال للعلم بكونه حقا وعلى كل حال لا يرى للتعليق بكونه حقا وجه ظاهر فتفكر ثم اعلم انه مما يجب التنبيه له ان المراد بالاشهاد ههنا نفس طلب المواثبة لا الاشهاد على ذلك الطلب والا يلزم ان يكون قوله ههنا يجب عليه ان يشهد مناقضا لقوله فيما مر والاشهاد فيه ليس بلازم وقد نبه عليه تاج الشريعة عند قول المصنف والاشهاد فيه ليس بلازم حيث قال هذا الا يناقض قوله يجب عليه ان يشهد لان المراد من الاول الاشهاد على الطلب ومن الثاني طلب المواثبة وانه واجب على تقدير ان يطلب الشفعة انتهى وسياتي تفسير هذا في الكتاب في اول باب ما يبطل به الشفعة فانه لما قال هناك واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت

وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف انه يشترط تسمية المبيع وتحديده لان المطالبة لا تصح الا في معلوم والثالث طلب الخصومة والتمليك وسنذكر كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى **قال** ولا تسقط الشفعة بتاخير هذا الطلب عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف وقال محمد ان تركها شهرا بعد الاشهاد بطلت وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير عذر وعن ابي يوسف انه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد انه لو لم يسقط بتاخير الخصومة منه ابدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان ووجه قول ابي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان غائبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في بلدة قاض لا تبطل شفعته بالتاخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا **قال** واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه باقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل فلا تكفي لاثبات الاستحقاق فلا بد ان يسأل القاضي المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضعه وحدوده لانه ادعى حقا فيه فصار كما اذا ادعى رقبته واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها ايضا وقد بيناه في كتاب الدعوى **قال** فان عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما يعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم فان نكل او قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأله القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع قيل للشفيع اقم البينة لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة **قال** فان عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله اما تحليفه على البتات لانه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده اصالة وفي مثله يحلف على البتات **قال** وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لان الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط احضاره واذا قضى له بالدار فللمشتري ان يحبسها حتى يستوفي الثمن وينفذ القضاء عند محمد ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو اخر اداء الثمن بعدما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضي

فسر عامة الشراح الاشهاد المذكور ههنا على نفس طلب المواثبة لئلا يخالف ما ذكره المصنف من قبل وذكر في الذخيرة وغيرها ايضا من ان الاشهاد في طلب المواثبة ليس بلازم وانما هو لنفي التجاحد **قوله** وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا على ذلك اقول في هذا التصوير نوع تقصير لانه انما يتمشى فيما اذا كان الاشهاد عند الدار فان الاشارة اعني الاشهاد على البائع او على المشتري وعند العقار اللهم الا ان يكون المراد مجرد التمثيل دون احاطة الاقسام لكنه لا يدفع التقصير حقيقة فالاولى الجامع للاقسام ما ذكره صاحب الذخيرة حيث قال وصورة هذا الطلب ان يحضر الشفيع عند الدار ويقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها بالجوار لدار حدودها كذا وقد كنت طلبت الشفعة وانا اطلبها الآن ايضا فاشهدوا وان كان يحضر المشتري ويقول هذا ابتاع من فلان دارا التي حدودها كذا وانا شفيعها بالجوار الى آخر ما ذكرنا او يحضر البائع ويقول هذا باع من فلان دارا التي حدودها كذا الى آخر ما ذكرنا انتهى **قوله** واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها تم دعواه قال صاحب العناية قيل لم تتم بعد بل لا بد ان يسأله ويقول هل قبض المشتري المبيع او لا لانه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى اخبرت بالشراء ليعلم ان المدة طالت او لا فان عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تطاولت فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى وقال وهذا لا يلزم المصنف لانه ذكر ان الفتوى على قول ابي حنيفة في عدم البطلان بالتاخير ثم قال وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت حين علمت او اخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير تاخير سأله عن المطلوب بحضرته هل كان اقرب اليه من غيره فان قال نعم فقد صح دعواه انتهى اقول القائل صاحب النهاية اخذا من الذخيرة وتبعه بعض آخر من الشراح وقد غير صاحب العناية عبارتهم في النقل وافسد فان عبارتهم كانت هكذا ثم اذا سأله عن طلب المواثبة فقال طلبت حين علمت او قال حين اخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاشهاد بعد ذلك من غير تاخير وتقصير فان قال نعم تبين ان الاشهاد قد صح ثم اذا تبين ما يصح عنده الطلب فقد صح دعواه الى هنا عبارتهم فهذه العبارة هي المطابقة لما في الذخيرة وهي الصحيحة دون ما ذكره صاحب العناية في نقله لانه عبر عن طلب المواثبة بطلب الاشهاد حيث قال وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاستقرار ولا يذهب عليك ان اطلاق طلب الاشهاد على طلب المواثبة يخالف اصطلاح الفقهاء جدا يظهر ذلك مما حققت به خبرا في اقسام الطلب وايضا قد قيل فيما قبل سأله متى اخبرت بالشراء وكيف صنعت حين اخبرت بالشراء وقد نقله صاحب العناية فيما ايضا قبل فعلى تقدير ان يقال ههنا ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاشهاد ومراده طلب المواثبة يصير المعنى ثم بعد السؤال عن طلب المواثبة سأله عن طلب المواثبة لان سؤاله قبله بكيف صنعت حين اخبرت سؤال عن طلب المواثبة لا محالة فيلزم تكرار السؤال عن طلب المواثبة بخلاف ما اذا قيل ثم اذا سأله عن طلب المواثبة سأله عن طلب الاشهاد كما وقع في عبارتهم فانه لا يلزم حينئذ شيء من المحذورين المذكورين اما عدم لزوم المخالفة لاصطلاح الفقهاء فظاهر واما عدم لزوم تكرار السؤال عن طلب المواثبة فان الكلام اذ ذاك يبقى في صورة الشرطية فمقدمها هو قولهم اذا سأله عن طلب المواثبة اشارة الى ما ذكروا فيما قبل من السؤال فكيف صنعت حين اخبرت وليس فيه حكم جديد حتى يلزم التكرار تامل تفهم **قوله** ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه اقول هذا التعليل يجري بعينه فيما اذا سلمها الى الموكل مع انه ليس بخصم هناك فكان ينبغي ان يزاد عليه قيد فارق بين الصورتين بان يقال بعد قوله والاخذ بالشفعة من حقوق العقد وله يد في الدار وكان المصنف

قال وان احضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي بينته حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لانه صار اجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهي ان البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى اصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه تتحول الصفقة اليه ويصير كانه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهي بتوفيق الله تعالى **قال** ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه **قال** الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فتصير الخصومة معه الا انه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذا اذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع ان ياخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا **قال** واذا قضي للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية وان وجد بها عيبا فله ان يردها وان كان المشتري شرط البراءة منه لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الا ترى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لانه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاطه

فصل في الاختلاف **قال** وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيره بين الترك والاخذ ولا نص هنا فلا يتحالفان **قال** ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البائع والوكيل والمشتري من العدو ولهما انه لا تنافي بينهما فيجعل كان الموجود بيعان وللشفيع ان ياخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع

انما ترك ذكر ذلك القيد اعتمادا على الفهامة من تعليل صورة التسليم

فصل في الاختلاف لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري شرع في مسائل الاختلاف بينهما وقدم الاولى لان الاصل هو الاتفاق

قوله ولا نص ههنا فلا يتحالفان قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام انما النص في حق البائع والمشتري مع وجود معنى الانكار من الطرفين هناك فوجب اليمين لذلك على الطرفين ولم يوجد الانكار ههنا في طرف الشفيع فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص فلذلك لم يجب التحالف ههنا انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المواضع وتحرير صاحب غاية البيان ايضا يشعر بذلك فانه بعد ما بين عدم وجوب التحالف ههنا على نهج ما ذكره المص من قبل قال فلم يكن اختلافهما في معنا ما ورد به النص وهو قوله عليه الصلوة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا فلا جرم لم يجب التحالف انتهى اقول ليس هذا الشرح صحيح لان وجود معنى الانكار من الطرفين في اختلاف المتبايعين انما هو فيما اذا وقع الاختلاف قبل القبض واما اذا وقع بعد القبض فمعنى الانكار هناك ايضا انما يوجد في طرف واحد وهو المشتري فكان التحالف في تلك الصورة مخالفا للقياس ولكنا عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وقد مر ذلك كله مستوفا في باب التحالف في كتاب الدعوى فلو كان الوجه في عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص ان لا يوجد معنى الانكار من الطرفين لانتقض ذلك قطعا بصورة اختلاف المتبايعين بعد القبض فالصواب ان وجه عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص هو ان الشفيع مع المشتري ليس في معنى البائع والمشتري من كل وجه لانتفاء شرط البيع وهو التراضي فلا يلحقان بهما في حكم التحالف وقد افصح عنه تاج الشريعة حيث قال وليس هذا في معنى ما ورد النص فيه بالتحالف من كل وجه لان ركن البيع وان وجد لكن بالنظر الى فوات شرطه وهو الرضا لم يوجد فلا يلحق به انتهى قال الزيلعي في شرح هذه المسئلة من الكنز ولا يتحالفان لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين والمشتري لا يدعي على الشفيع شيئا فلا يكون الشفيع منكرا فلا يكون في معنى ما ورد النص فامتنع القياس انتهى اقول الخلل في كلامه اشد واظهر فانه قال اولا ان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين وليس كذلك لانه عرف بالنص ايضا فيما الانكار والدعوى الا من جانب واحد كما اذا اختلف المتبايعان بعد القبض على ما صرح به قاطبة حتى نفسه في كتاب الدعوى بل الذي عرف بالنص هذه الصورة لان التحالف فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين ثابت بالقياس بدون ذلك النص ثم قال اخرا فامتنع القياس ولا يخفى ان امتناع القياس لا يقتضي امتناع الالحاق بدلالة النص فان كثيرا من الامور لا يجري فيه القياس ثم يصح اثباته بطريق الدلالة على ما عرف في موضعه فمجرد امتناع القياس ههنا لا يتم المطلوب فحق العبارة ان يقال فلا يلحق به بطريق القياس والدلالة **قوله** وقال ابو يوسف البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا اقول لقائل ان يقول البينة انما تسمع من المدعي والمشتري لا يدعي على الشفيع شيئا ولهذا لا يتحالفان بالاتفاق كما مر انفا فلزم ان لا يصح بينة المشتري اصلا فضلا عن ان ترجح على بينة الشفيع كما قاله ابو يوسف ثم اقول يمكن الجواب عنه بان المشتري وان كان مدعى عليه لا مدعيا في الحقيقة الا انه مدع صورة حيث يدعي زيادة الثمن ومن كان مدعيا صورة تسمع بينته اذا اقامها كما في المودع اذا ادعى رد الوديعة على المودع واقام عليه بينة على ما عرف في محله واما الحلف فانما يجب على من كان مدعى عليه حقيقة ولا يجب على من كان مدعى عليه صورة الا يرى ان المودع اذا ادعى رد الوديعة على المودع وعجز عن اقامة البينة عليه فانما يجب الحلف على المودع

وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على ما روي عن محمد واما المشتري من الحر فلما ذكرنا في السير الكبير ان البينة بينة المالك اقول قد تلا
ان ممنوع بعد التسليم بقي لا يصح الثاني هنالك لا يفسخ الاول اما هنا فخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للالزام قال واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع
اقل منه وقد نقد الثمن اخذه الشفيع بما قاله البائع وكذلك حط عن المشتري وهذا لان كلام البائع فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن وهذا حط
تصرف في حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله تعالى وان نقد الثمن على البائع باعاه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته اخذ الشفيع بقوله قال ولو ادعى البائع الاكثر فالقول قول المشتري
وايضا انكر ظهور الثمن ما يقول الآخر فيأخذ الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف ويأخذ الشفيع بقول البائع لان فسخ البيع كايجاب يعتبر في حق الشفيع قال
وان كان قبض الثمن اخذ بما قال المشتري استحسانا لم يلتفت الى قول البائع لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج من البين وصار كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد
بينا ولو كان نقد الثمن غير خاص فقال البائع بعت الدار بالف وقبضت الثمن فيأخذها الشفيع بالف لانه لما بدأ الاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقي بعد ذلك قبضت الثمن
يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه وكذا قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن
فصل فيما يأخذ به المشفوع قال واذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع لان حط البعض يلتحق باصل العقد
فيظهر في حق الشفيع لان الثمن ما بقي وكذا اذا حط بعد ما اخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال
وقد بيناه في البيوع وان زاد المشتري للبائع لم تلزم الزيادة في حق الشفيع لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له
وتظهر الزيادة اذا حط بعد العقد باكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له ان يأخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا قال ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته
لا بثمن وان اقيم ومن اشترى بكيل موصوف اخذ بمثله لانه امثل من طريق المثلية وهو ان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملك فدراهي بالدراهم ممكن كافي الاتلاف والعدد في المتقارب من ذوات الامثال
وان باع عقارا بعقار اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر لانه بالمبادلة وهو من ذوات القيم فيأخذ بقيمته قال واذا باع بثمن مؤجل وللشفيع الخيار ان شاء اخذ به بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم يأخذ
ان يأخذها في الحال بثمن مؤجل وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان الكون ثمنا مؤجلا وصف في الثمن كالزيادة والاخذ بالشفعة يأخذ باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط
والشرط بين الشفيع والبائع وللبائع ليس الرضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاء والاجل وصف الثمن لان حق المشتري ولو كان وصفا للتعيين فحقا للبائع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم وهبه او غيره لا يثبت الاجل

لكونه منكرا لضمان حقيقة ولا يجب على الموروث مع كونه في صورة المدعى عليه برد الوديعة عليه مكان للمشتري فيما نحن فيه مجال اقامة البينة وان لم يجب على
خصمه الحلف اصلا فرجح ابو يوسف بينته بناء على كونها اكثر اثباتا وبهذا التفصيل تبين ان قول صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام وجهتا ما ذكرنا موهما
ما ذكره قبله بقوله لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عند نقد الاقل والمشتري ينكره ليس بسديد وعن هذا لم يحك عن ابي حنيفة الاحتجاج بذلك مع ظهوره جدا
انما حكى عنه الطريقتان اللتان ذكرهما المصنف بقوله ولهما انه لا تنافي الى آخره وبقوله ولان بينة الشفيع ملزمة الى آخره حكى اولهما محمد واخذ بها وحكى ثانيهما
ابو يوسف ولم يأخذ بها كما ذكر وافي الشروح **قوله** وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه اقول لقائل ان يقول ان اريد ان الوكيل
كالبائع والموكل كالمشتري منه من كل وجه فهو ممنوع لظهور الاختلاف في بعض الاحكام وان اريد ان الوكيل والموكل كالبائع والمشتري في بعض الوجوه فهو مسلم ولكن الشفيع
والمشتري ايضا بمنزلة البائع والمشتري في بعض الوجوه كما صرحوا به قاطبة فلا يتم الفرق فليتأمل في الدفع **قوله** وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هنالك الا
بفسخ الاول اما هنا فبخلافه اقول يرد على ظاهره ان البيع الثاني لا يصح هنا ايضا الا بفسخ الاول ضرورة عدم تصور بيع شيء واحد من شخص واحد مرتين الا بفسخ
الاول يدل على لزوم الفسخ هنا ايضا قول المصنف فيما قبل وهنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع حيث نفى ظهور الفسخ في حق الشفيع وذلك يقتضي تحقق الفسخ في نفسه والجواب
ان مراد المص بالفسخ في قوله لا يصح الثاني هنالك الا بفسخ الاول اما هنا فبخلافه هو الفسخ في حق الثالث وهو المالك القديم هنالك والفسخ هنا لا الفسخ في حق
المتعاقدين الذي لزم تحققه ضرورة في الفصلين معا هو الثاني دون الاول فمعنى كلام المصنف هنا ان الفسخ يظهر في حق الثالث هنالك كما يظهر في حق
المتعاقدين واما هنا فبخلافه اي لا ظاهر في حق الثالث وثمرة هذا الاختلاف ان الثالث هنالك وهو المالك القديم يأخذ العبد المأمور من المشتري من
العدو بالثمن الثاني واما الثالث هنا وهو الشفيع فيأخذ الدار من المشتري باي الثمنين شاء فان قلت نعم معنى كلام المصنف ذلك قطعا ولكن ما وجه ظهور الفسخ
هنالك في حق المالك القديم وعدم ظهوره هنا في حق الشفيع وما الفرق بينهما قلت الشفيع تعلق بالدار من وقت وجود البيع الاول واما حق المالك القديم فلم يتعلق بالعبد المأمور الا بعد
الاخراج الى دار الاسلام والاخراج اليها لم يكن الا بالبيع الثاني فافترقا وحل هذا المقام بهذا الوجه مما يهم وقد اهمله الشراح مع التزامهم بيان الظواهر في كثير من المواضع والله اعلم
فصل فيما يؤخذ به المشفوع لما فرغ من بيان احكام المشفوع وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة شرع في بيان ما يأخذ به
المشفوع وهو الذي يؤديه الشفيع لانه ثمن والثمن تابع كذا في الشروح **قوله** وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل
ما تملكه اقول كان الظاهر ان يقول بمثل ما يملك به لان الشفيع انما يتملك بمثل الثمن الذي تملك به المشتري لا بمثل المبيع الذي تملكه المشتري
وعن هذا قلنا فيما اذا اشترى دارا بعرض يأخذها الشفيع بقيمة العرض الذي هو الثمن لا بقيمة الدار التي هي المبيع كما قاله اهل المدينة على ما ذكر في المبسوط
وفي الكافي والفارق بينهما هو الباء فلا بد من ذكرها هنا ولقد احسن صاحب الكافي حيث قال ولنا ان الشفيع يتملك بمثل ما تملك به المشتري والمثل
نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وقاصر وهو المثل معنى انتهى **قوله** وليس الرضى به في حق المشتري رضى في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاء قال صاحب
العناية هذا دليل آخر تقديره لا بد في الشفعة من الرضى لكونها مبادلة ولا رضى في حق الشفيع بالنسيئة الى الاجل لان الرضى به في حق المشتري ليس
برضى في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاء بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل وقال لقائل ان يقول لما كان الرضى شرعا وجب ان لا يثبت حق الشفعة

الا بالذكر كذا هنا ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان اخذها من المشتري رجع البائع
على المشتري بثمن موجل لما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه موجلا وان اختار الانتظار له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة
الثمن من حيث النقد وقد قال في الكتاب وانشاء صبر حتى ينقضي الاجل مراده الصبر عن الاخذ اما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لقول
ابي يوسف الاخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع **قال** واذا اشترى ذمي بخمر او خنزير
وشفيعه ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضي بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذ في الاول بالمثل والثاني بالقيمة
قال وان كان شفيعه مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وان كان شفيعها مسلما في شيء اخذ المسلم نصفها بنصف
قيمة الخمر والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل فان اسلم الذمي اخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر بالاسلام بتأكد حقه لان يبطل فصار كما اذا اشتريا بمكيل من طعام فللشفيع بعد انقطاعها اخذها بقيمة الزيت كذا هنا

لانتفائه من البائع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز ان يثبت الاجل كذلك والجواب ان ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الاجل
الى هنا كلامه وقد اقتفى اثره الشارح العيني اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان ذلك ليس بدليل اخر بل انما هو تتمة الدليل السابق ذكره دفع
ما عسى يتوهم ان يقال شرط الاجل وان لم يتحقق بين البائع والشفيع صريحا ولكن تحقق بينهما ضمنا من حيث ان الرضى بالاجل في حق المشتري رضى
به في حق الشفيع ووجه الدفع ظاهر من قوله لتفاوت الناس في الملاءة فلا احتياج اصلا الى ما ارتكبه الشارحان المزبوران من تقدير مقدمات لجعل ذلك
دليلا مستقلا وايراد سوال والتزام جواب بعيد عنه بل لا وجه المقول بانه لا بد في الشفعة من الرضى عند من احاط بمسائل الشفعة خبرا كيف وقد
صرحوا بخلافه في مواضع شتى من كتاب الشفعة سيما عند قولهم ويملك الشفيع الدار اما بالتراضي او بقضاء القاضي حيث جعلوا قضاء القاضي مقابلا
للتراضي واعتبروا كل واحد منهما سببا مستقلا للملك **قوله** ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان اخذها
من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن موجل كما كان قال صاحب العناية قوله وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن موجل
الى آخره يوهم ان الشفيع يملك مبيع جديد وهو مذهب بعض المشائخ كما تقدم وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن يتحول ما كان
مقتضى العقد والاجل مقتضى الشرط فبقي مع من ثبت الشرط في حقه انتهى واقتفى الشارح العيني اقول هذا خبط فاحش منهما مداره عدم الفرق بين ما اذا
قبضها المشتري فاخذها الشفيع من يده وبين ما اذا لم يقبضها المشتري واخذها الشفيع من يد البائع فان الاختلاف في ان الدار المشفوعة هل تنتقل
الى الشفيع بطريق تحول الصفقة ام بعقد جديد انما هو فيما اذا اخذها الشفيع من يد البائع قبل ان يقبضها المشتري واما فيما اذا اخذها الشفيع من يد المشتري
بعد ان قبضها فلم يقل احد بان انتقالها الى الشفيع هناك بطريق تحول الصفقة ولا مجال له اصلا وانما هو بطريق عقد جديد بالاجماع ولقد نادى ايضا
المصنف في اواخر باب طلب الشفعة والخصومة فيها بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض
وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ انتهى والصواب ان قول المصنف ههنا ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن
عن المشتري اشارة الى صورة اخذها من يد البائع قبل ان يقبضها المشتري وقوله لما بينا من قبل اشارة الى ما ذكره في باب طلب الشفعة والخصومة
فيها من ان العقد ينفسخ في حق الاضافة الى المشتري ويتحول الصفقة والخصومة فيها من ان العقد ينفسخ في حق الاضافة الى المشتري ويتحول الصفقة
الى الشفيع على ما هو المختار وان قوله وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن موجل كما كان اشارة الى صورة اخذها من يد المشتري
بعد ان قبضها وقوله لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه موجلا اشارة الى ان
تملك الشفيع في هذه الصورة بعقد جديد كما نبه عليه في الباب المزبور بقوله بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه
بالقبض لانه تم ملكه بالقبض انتهى فكان كل من المسئلتين المذكورتين ههنا مطلقا لما صرح به في الباب المزبور فلا غبار على شيء منهما اصلا **قوله**
وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قال صاحب العناية قوله وهو متمكن من الاخذ في الحال جواب عن
قول ابي يوسف الاخر وتقريره لا نسلم ان المقصود به الاخذ ولئن كان فلا نسلم انه ليس بمتمكن من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بان يؤدي الثمن حالا
انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلان المص لم يتعرض فيما قبل لدليل ابي يوسف الاخر كما ترى فالتصدي للجواب عنه بمنع بعض مقدماته كما قرر الشارح المزبور
بعيد جدا بل هو خارج عما عليه دأب المصنف في نظائره واما ثانيا فلان منع كون المقصود به الاخذ كما ذكره الشارح المزبور في اول التقرير مما لا يفهم

فصل قال واذا بنى المشتري او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف انه لا يكلف القلع ويخير بين ان يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي الا ان عنده له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف انه محق في البناء لانه بناه على ان الدار ملكه والتكليف بالقلع من احكام العدوان وصار كالمرهون له والمشتري شراء فاسدا وكما اذا زرع المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته

من عبارة المصنف في قوله المذكور بوجه من وجوه الذات فكيف يصح حمل كلام المصنف عليه واما ثانيا فلان قوله ولمن كان فلا نسلم انه ليس بتمكن من الاخذ في الحال بل هو تمكن منه بان يودي الثمن حالا مما لا يكاد يصلح ان يكون جوابا عن دليل ابي يوسف الاخر في هذه المسئلة لان دليله على ما ذكر في المبسوط وفي شرح هذا الكتاب حتى العناية نفسها ان الطلب غير مقصود لعينه بل للاخذ وهو في الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذي يطلبه وهو الاخذ بعد حلول الاجل او الاخذ في الحال بثمن موجل فلا فائدة في طلبه في الحال فسكوته لانه لم يرتقبه فائدة لا لاعراضه عن الاخذ انتهى ولا يذهب على ذي مسكة ان منع تمكنه من الاخذ في الحال بناء على تمكنه منه بان يودي الثمن حالا لا يجدي طائلا في دفع ما ذكر في دليله من انه في الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذي يطلبه فان اداء الثمن حالا ليس على الوجه الذي يطلبه وليس بلازم له البتة وخلاف ابي يوسف في قوله الاخر فيما اذا لم يخير الشفيع اخذه بثمن حال بل اختار الانتظار الى حلول الاجل فكيف يكون تمكنه من الاخذ في الحال بان يودي الثمن حالا جوابا عن ذلك والحق ان يحمل قول المصنف وهو تمكن من الاخذ في الحال الى اخره على تتميم دليل ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله بان يجعل دليلا بحسب المعنى على ثبوت حق الشفعة له بالبيع كما يدل عليه تقرير صاحب الكافي وكثير من الشراح اخذا من المبسوط حيث قالوا بعد ذكر وجه قول ابي يوسف الاخر وجه ظاهر الرواية ان حقه في الشفعة قد ثبت بدليل انه لو اخذه بثمن حال كان له ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه مبطل شفعته انتهى تبصر

فصل مسائل هذا الفصل مبنية على تغير المشفوع اما بالزيادة او بالنقصان بنفسه او بفعل الغير فلما كان المتغير فرعا على غير المتغير كان جديرا بالتأخير في فصل على حدة **قوله** وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه قال صاحب النهاية في تفسير قول المصنف وهذا اي وهذا المدعى الذي قلنا وهو ان لا تكلف المشتري بقلع البناء انتهى وذلك المعنى فسره سائر الشراح ايضا ولكن بعبارات شتى فقال صاحب العناية اي ما قلنا انه لا تكلف وقال صاحب الكفاية اي قول ابي يوسف ان لا تكلف المشتري قلع البناء وقال صاحب معراج الدراية اي القول بعدم ايجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس وقال الشارح العيني اي ما قلنا من عدم ايجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس اقول لقائل ان يقول قد تلخص من جملة ذلك ان المشار اليه بكلمة هذا في قوله وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة الى اخره اصل مدعى ابي يوسف فيلزم ان يكون قوله لان في ايجاب الاخذ بالقيمة الى اخره دليلا على ما كان قوله ولابي يوسف انه محق في البناء الى اخره دليلا عليه فينبغي ان يقول ولان في ايجاب الاخذ بالقيمة الى اخره على ما هو الطريق المعهودة عند تعدد الادلة والجواب ان من عادة المصنف في كتابه هذا انه اذا اراد ان يبين لمية المسئلة بعد بيان انيتها سلك هذا المسلك ايماء الى ان مفاد الدليلين مختلف من حيث الانية واللمية وان كان اصل المدعى واحدا وكانهما صارا دليلين على شيئين مختلفين فليكن هذا على ذكر منك فانه ينفعك في موارده وقد كنت نبهت عليه من قبل ايضا فلا تغفل **قوله** وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه اقول هنا كلام وهو ان المصنف قال قبيل باب طلب الشفعة في تعليل قوله وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او بقضاء القاضي وبين ذلك وما قال هنا تدافع فان المتفهم مما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع حيث يثبت الملك اولا للمشتري ثم ينتقل منه الى الشفيع بالتراضي او بقضاء القاضي وما ذكره هنا صريح في تقدم الشفيع على المشتري فما التوفيق والجواب ان المراد بما ذكره ههنا تقديم الشفيع على المشتري في الاستحقاق وبما ذكره هناك يقدم المشتري على الشفيع في التملك والتملك مغاير للاستحقاق وموخر عنه اذ قد يقرر فيما قبل باب طلب الشفعة ان للشفعة حق الاثلثا الاستحقاق والاستقرار والتملك وان الاول يثبت

بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند ابي حنيفة لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف
ولا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قبلا وثانيا لا يقلع استحسانا لانه له نهاية معلومة ويبقى بلا اجر وليس فيه كبير
ضرر لان الغرس بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بينا في الغصب ولو اخذها الشفيع فبنى فيها وغرس ثم استحقت يجمع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء
والغرس على البائع لان اخذها كان لا على المشتري ان اخذها كان منه وعن ابي يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فكان بمنزلة البائع والمشتري

باتصال التملك بشطر البيع والثاني بالاشهاد والثالث بالاخذ بالتراضي او بقضاء والتاضي فلانه ارفع بين الكلامين في المقامين اذ كون الشفيع اقدم في الاستحقاق لا ينافي كون المشتري اقدم في التملك كما لا يخفى **قوله** بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند ابي حنيفة قال جماعة من الشراح ان قول المصنف بخلاف الهبة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فان فيها تسليطا من جهة اقول فيه بحث لان المصنف علل الخلاف المذكور بوجهين احدهما قوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق وثانيهما قوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف فلو كان قوله بخلاف الهبة متصلا بما ذكره هولاء الشراح لما صح تعليل الخلاف المذكور بالوجه الثاني لانه ان كانت علة كون حق الاسترداد فيهما ضعيفا كون التسليط فيهما من جهة من له الحق كان راجعا الى الوجه الاول فلا معنى لجعله وجها اخر معطوفا على الاول وان لم يكن علة ذلك كون التسليط فيهما من جهة من له الحق فلا يصلح ان يكون تعليلا للخلاف المتصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فالحق عندي ان قوله بخلاف الهبة الى آخره متصل بمجموع ما ذكر من وجه ظاهر الرواية فالمعنى ان مضمون هذا الوجه ملابس بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد فحينئذ يكون التعليل بقوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ناظرا الى قوله في وجه ظاهر الرواية من غير تسليط من جهة من له الحق ويكون التعليل بقوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ناظرا الى قوله فيه لان حقه اقوى من حق المشتري فيتم التعليلان معا بلا غبار وقال جمهور الشراح انما قيد بقوله عند ابي حنيفة رحمه الله لان عدم جواز الاسترداد البائع في الشري الفاسد اذا بنى المشتري فيها اشتراه انما هو على قول ابي حنيفة واما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية انتهى اقول لقائل ان يقول اذا جاز عندهما الاسترداد بعد البناء في الشري الفاسد ايضا فكيف يتم قياس ابي يوسف في دليله المذكور في مسئلتنا هذه بقوله وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا فان جواز الاسترداد في الشري الفاسد ينافي قياس المشتري في مسئلتنا هذه على المشتري شراء فاسدا في ان لا يكلف القلع كما هو مذهب ابي يوسف ههنا فان قلت يجوز ان يكون مراده بقوله والمشتري شراء فاسدا في دليله المذكور مجرد الاحتجاج على ابي حنيفة بمذهبه في الشري الفاسد كما افصح عنه صاحب غاية البيان حيث قال في شرح قوله والمشتري شراء فاسدا هذا احتجاج من ابي يوسف على ابي حنيفة بمذهب ابي حنيفة قلت ذلك بعيد عن عبارة الكتاب جدا لان قياسه المذكور لم يذكر بصدد الجواب عما قاله صاحباه بل ذكر بصدد اثبات مدعاه فكيف يصلح ان يكون لمجرد الاحتجاج على الخصم سيما على ابي حنيفة من مذهبه في الشري الفاسد كما افصح عنه صاحب غاية البيان حيث قال في شرح قوله المشتري شراء فاسدا هذا احتجاج من ابي يوسف على ابي حنيفة بمذهب ابي حنيفة فقط ثم اقول الاوجه في التوجيه ان يقال ان لابي يوسف في البناء بعد الشري الفاسد قولين احدهما ان للبائع حق استرداد المبيع بعد ذلك وقد ذكره المصنف في فصل احكام البيع الفاسد من كتاب البيوع وثانيهما انه ليس للبائع ذلك كما قاله ابو حنيفة وقد نقله صاحب الغاية هناك عن الايضاح حيث قال وذكر في الايضاح ان قول ابي يوسف هذا هو قوله الاول وقوله اخرا مع ابي حنيفة انتهى وكذا لابي يوسف في مسئلتنا هذه قولان احدهما ما ذكره المصنف بقوله وعن ابي يوسف انه لا يكلفه القلع الى آخره وهذا ما رواه عنه الحسن بن زياد وثانيهما مثل ما قاله ابو حنيفة ومحمد وزفر وهو الذي ذكر في الكتاب بان قال فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وهذا رواية محمد عن ابي يوسف ورواية ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد والحسن بن ابي مالك صرح بذلك عنه كله ابي الحسن الكرخي في مختصره وذكر في غاية البيان واذا كان الامر كذلك فيجوز ان يكون قياس ابي يوسف بقوله والمشتري شراء فاسدا في الاستدلال على احد قوليه في هذه المسئلة مبنيا على قوله الاخر من قوليه في مسئلة البناء بعد الشري الفاسد وهو ان لا يكون للبائع حق الاسترداد كما هو قول ابي حنيفة فيها ويكون تقييد المصنف قوله وبخلاف الشري الفاسد بقوله عند ابي حنيفة احترازا عن قول محمد وعن احد قولي ابي يوسف فيها وهو قوله الاول كما عرف فتدبر **قوله** ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى قال صاحب غاية البيان هذا ايضاح لضعف حق الاسترداد في الهبة والشراء الفاسد ولكن فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد

والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور من جهة البائع وسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه **قال** واذا انهدم الدار او احترق بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس تابع حتى دخل في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا يبيعهما مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث يأخذ الباقي بحصته لان الفائت بعض الاصل **قال** وان شاء ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار بماله **قال** وان نقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع ان يأخذ النقض لانه صار مقصودا فلم يبق تبعا **قال** ومن اتبع ارضا وعلى غلتها ثمر اخذها الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه لانه ليس بتبع لا يرى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع **قال** وكذلك ان اتباعها ولد في النخل لم يؤبر في يد المشتري يعني يأخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع يسري اليه على ما عرف في ولد المبيع **قال** فان جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مقصودا عنه فلا يأخذه قال في الكتاب فان جاء المشتري يسقط عن الشفيع حصته قال رضي الله عنه وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن اما في الفصل الثاني يأخذه ما سمي الثمر بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن والله اعلم

انما لا يبقى على مذهب ابي حنيفة لا على مذهب ابي يوسف فكيف يحتج بمذهب ابي حنيفة على صحة مذهبه ولابي يوسف ان يقول هذا مذهبك لا مذهبي وعندي حق الاسترداد بعد البناء باق في الشراء الفاسد انتهى اقول نظره ساقط جدا لان هذا الايضاح من متفرعات قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد وقوله ذلك جواب عن قياس ابي يوسف على الموهوب له والمشتري شراء فاسدا كما صرح به ذلك الناظر وغيره وقياسه على المشتري شراء فاسدا انما يتم على القول بعدم بقاء حق الاسترداد للبائع بعد ان بنى المشتري شراء فاسدا فان كان مراده بقياسه المذكور اثبات مدعاه كما هو الظاهر من عبارة الكتاب على ما نبهنا عليه من قبل كان قياسه المذكور مبنيا على قوله الاخر في مسئلة الاسترداد وهو كقول ابي حنيفة فليس له ان يقول هذا مذهبك لا مذهبي وان كان مراده بقياسه المذكور مجرد الاحتجاج على ابي حنيفة بمذهب ابي حنيفة كما ذهب اليه ذلك الناظر في شرح ذاك المقام فلا شك في اندفاع الاحتجاج عليه بما ذكره من الفرق والايضاح على مذهبه فلا معنى لقول ذلك الناظر فكيف يحتج بمذهب ابي حنيفة على صحة مذهبه واجاب صاحب العناية عن النظر المذكور بوجهين اخرين حيث قال قيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب ابي حنيفة فالاستدلال به لا يصح والجواب انه يكون على غير ظاهر الرواية اولا لانه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافها انتهى كلامه اقول في كل من وجهي الجواب نظر اما في الاول فلان المصنف بصدد بيان وجه ظاهر الرواية كما ترى فلا مجال لحمل كلامه المذكور في ذلك الصدد على غير ظاهر الرواية واما في الثاني فلان الظاهر ان الدليل الظاهر الذي كان عدم بقاء حق الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد ثابتا به انما هو حصول ذلك الشراء بتسليط من جهة من له الحق وهو البائع كما في البيع الصحيح فانه المذكور دليلا على ذلك في موضعه دون غيره وقد جعله المصنف ههنا دليلا اول فكيف يبتني عليه تمام الدليل الثاني الذي كلامنا فيه تبصر تفهم **قوله** والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور من جهة البائع وسلط عليه ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه اقول فان الاولى ان يقال ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع لا البائع ولا من المشتري ليعم ما اخذه من البائع وما اخذه من المشتري ويطابق قوله فيما قبل ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذ منه ولا على المشتري ان اخذه منه وعن هذا قال في الكافي ولا غرور في حق الشفيع لانه تملك عن صاحب اليد جبرا بغير اختياره منه وقال في النهاية نقلا عن المبسوط ولا غرور في حق الشفيع لا من جانب البائع ولا من جانب المشتري لانه تملك على صاحب اليد جبرا من غير اختياره فلا يرجع انتهى ورد صاحب الاصلاح والايضاح التعليل بالاخذ جبرا حيث قال انما لا يرجع بقيمة البناء والغرس على احد لا لانه اخذ جبرا حيث قال انما لا يرجع بقيمة البناء والغرس على احد لا لانه اخذ جبرا لانه لا يتمشى فيما اخذ بالتراضي بل لانه ليس بمغرور والمشتري انما يرجع على البائع لانه مغرور من جهته اقول ليس ذاك بشيء لان قيد الجبر ماخوذ في تعريف الشفعة على ما ذكر في عامة الكتب حتى ان ذلك الراد نفسه ايضا اخذ ذاك القيد في تعريفها حيث قال في متنه الشفعة تملك مبيع عقار جبرا بمثل ثمنه وفسر في شرحه قيد جبرا بمعنى يعم صورة الاخذ بالتراضي ايضا حيث قال يعني لا يعتبر اختياره لا انه بغير عدم اختياره ولا يخفى ان توجيهه هناك هو التوجيه ههنا ولا يخل بالفرق بين المشتري مع البائع وبين الشفيع مع خصمه لتمام ذلك الفرق باعتبار الاختيار في الاول وعدم اعتباره في الثاني ولا يتوقف على اعتبار الاختيار

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

قال الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم وقال الشافعي لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء عقار او ربع الى آخر ذلك من الفقهاء ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق قال ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط وهو حجة على مالك رح في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به في بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقلا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه يمكن القرار والتحق بالعقار قال والمسلم والذمي في الشفعة سواء للعمومات ولانهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير والعاقل والمجنون والعبد اذا كان ماذونا او مكاتبا قال واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر قال ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة بها او يستأجر بها دارا او غيرها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة عرفت انما تجب في مبادلة المال بالمال ثمنا وهذه الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع

في الاول واعتبار عدمه في الثاني تامل تفقت يقي شي في كلام صاحب الاصلاح والايضاح وهو انه نفي كون مدار الفرق الجبر والاختيار وحكم بان مداره الغرور وعدم الغرور فلقائل ان يقول ان كان سبب الغرور في المشتري وعدم الغرور في الشفيع كون البائع مختارا وخصم الشفيع مجبورا كما هو الظاهر من تقرير المصنف يلزم المصير الى ما يفاه وان كان سببها غير ذلك فهو واضح سببا بين الشفيع الاخذ برضى خصمه وبين المشتري من البائع ويمكن الجواب بان يقال سبب غرور المشتري التزام البائع له سلامة المبيع كما يشير اليه تقرير صاحب النهاية حيث قال ان المشتري مغرور من جهة البائع فيرجع عليه بالثمن وبقيمة البناء لدفع الغرور وذلك لان البائع التزم للمشتري السلامة انتهى والظاهر ان خصم الشفيع وان رضي باخذه لكن لم يلتزم له السلامة فافترقا

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب ذكر تفصيل ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب بعد ذكر نفس الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال كذا في الشروح **قوله** الشفعة واجبة في العقار قال جمهور الشراح العقار كل مال اصل من دار او ضيعة اقول تفسيرهم العقار بهذا الوجه مما يأباه ظاهر الحديث الآتي ذكره في تعليل هذه المسئلة وهو قوله عليه الصلوة والسلام الشفعة في كل شيء عقار او ربع لان الربع هو الدار بعينها كما صرح به في كتب اللغة ونص عليه الشراح ههنا وقد عطف ذلك في الحديث المذكور على العقار والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوفين فكيف تيسر ادراج الدار في معنى العقار اللهم الا ان يجعل ما في الحديث من قبيل عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى لكن النكتة فيه غير واضحة على ان عطف الخاص على العام بكلمة او مما لم تسمع قط ثم اقول قال الامام المطرزي في المغرب والعقار الضيعة وقيل كل مال له اصل من دار او ضيعة انتهى فلعل ما وقع في الحديث المذكور وارد على اول التفسيرين المذكورين في المغرب للعقار وهو التفسير المختار عند صاحب المغرب كما يشعر به تحريره وما ذكره جمهور الشراح ههنا مطابق التفسير الثاني منهما فكانهم اختاروه ههنا لكونه المناسب للمقام لان الشفعة كما تثبت في الضيعة تثبت في الدار ونحوها ايضا على ما صرحوا به ثم اعلم انه قال الجوهري في الصحاح في فصل العين من باب الراء والعقار بالفتح الارض والضيعة والنخل ومنه قولهم ما له دار ولا عقار انتهى وقال في فصل الضاد من باب العين من الصحاح والضيعة العقار والجمع ضياع انتهى اقول في كلامه اختلال لانه فسر العقار اولا بما يشمل الاقسام الثلثة وهي الارض والضياع والنخل ثم فسر الضيعة التي هي مفرد الضياع بالعقار فلزم تفسير الاخص بالاعم كما ترى **قوله** ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه الصلوة والسلام لا شفعة الا في ربع او حائط اقول فيه شيء وهو ان الظاهر ان وجه الاستدلال بهذا الحديث هو انه عليه الصلوة والسلام حصر ثبوت الشفعة في الربع والحائط فدل ذلك على انتفاء حق الشفعة في غيرهما من غيرهما العروض والسفن وعليه ان مقتضى ذلك الحصر ان لا يثبت الشفعة في عقار غير ربع وحائط ايضا كضيعة خالية مثلا وليس كذلك قطعا فكيف يتم التمسك به فان قلت يمكن ان يحمل القصر المستفاد من الحديث المذكور على القصر الاضافي دون الحقيقي بان يكون المراد به قصر ثبوتها على ربع وحائط بالاضافة الى العروض والسفن لا قصره عليهما بالنسبة الى جميع ما عداهما فلا يرد المحذور المزبور قلت من اين يفهم ان اضافة ذلك القصر الى العروض والسفن لا الى العروض فقط دون السفن ولا الى ما يعم شيئا ما سوى العروض والسفن وما القرينة على ذلك حتى يتم الاستدلال بالحديث المذكور ويصير حجة على مالك في ايجابها في السفن كما ذكره المصنف فتامل **قوله** واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قد تقدم ان الشفعة انما يجب في العقار ومن شرطها ان تملك بعوض هو مال لان مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ما ملك المشتري صورة في ذوات الامثال او قيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يوخذ به المشفوع واجبة

وعند الشافعي لا يجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها بان تقدر بمثلها في البيع بالفرض بخلاف الهبة لانه لا فرض فيها رأسا وقوله
يتأتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او مصالحا به لانه لا شفعة عنده لانه يرى ان تقوم منافع البضع في النكاح غير متقومة بالعقد لاجارة عنده ولا يظهر في حق الشفعة وكذا
الدم والقود غير متقوم لانهم ما يتقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيه على اعتبار انه رجع بغيره وقد فرض لها الدار ثم لانه عند الله المفروض في العقد وكونه مقابلا بالبضع
بخلاف ما اذا بلغها بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة وان مال لكونه رجعا على ادار على ان ترد عليه الشفعة لا شفعة في جميع الدار عند الشافعي رحمه الله ولا تجب في حصة الالف لانه مبادلة المالية
في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تام وانما انعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التابع ولا الشفعة شرعت في المبادلة المالية
للقصود حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه **قال** ويصالح عليها بانكار فان صالح عليها
باقرار وجبت الشفعة قال رضي الله عنه هكذا ذكر في الكتاب من غير تفصيل والصحيح ان يصالح عنها بانكار مكان قوله عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فتوجه اليمين الى المنكر
من ملكه اذا لم يصالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل مال افتداء اليمين وقطعا للشغب خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقراره لانه معترف بالملك للمدعي فاستفاده
بالصلح فكان مبادلة البدل اما اذا صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذ المنكر من جنسه فيما ادعى **قال** ولا شفعة
في هبة لما ذكرنا الا ان يكون بعوض مشروط لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض وان لا يكون الموهوب لا عوض مشاعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه وكتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن بعوض مشروط
في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثبت منها ما متنه ارجع **قال** ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البائع فان سقط الخيار وجبت الشفعة لانه زال
المانع عن الزوال بسقوط الخيار في الصحيح لا البيع بصير سببا لزوال الملك عنده ذلك وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لانه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تستحق
عليه على ما مر واذا اخذها في الثلث وجب البيع الفسخ المشتري عن الرد والخيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع فان بيعت الدار الى اجنبي والخيار لاحدهما فله الاخذ
بالشفعة والبائع فظهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا اذا كان المشتري قد اشكال وضحاه في البيوع فلا يفسده واذا اخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث
لا يبطل خياره باخذها بالشفعة لاختيار الرؤية لا يبطل الصرح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى ليأخذها دون الثانية لانعدام ملكه في
الاولى حين بيعت الثانية **قال** ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاشتمال الفسخ

وهي انما يكون اذا كان العوض مالا فان الشرع قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ له بذلك السبب لا بالشراء بسبب آخر ولهذا لا يجب في الموهوب لانه لو اخذه اخذه
بعوض فكان سببا غير السبب الذي تملك به التملك انتهى اقول لقائل ان يقول لم لا يجوز ان ياخذه بلا عوض بالسبب الذي تملك به التملك وهو الهبة بلا عوض لا يقال لا يتصور
الهبة بدون رضى الواهب لتملك لا يرضى بخروج الموهوب من يده بلا عوض فلا يملك الشفيع اخذه بلا عوض لانا نقول مدار الشفعة على عدم اعتبار رضى التملك وعن هذا قالوا ان حق
الشفعة معدول عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بغير رضاه كما مر في صدر كتاب الشفعة فلا تاثير لحديث عدم رضى التملك بخروج الموهوب من يده بلا عوض في عدم
ثبوت حق الشفعة في الموهوب فالوجه التام في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب والموروث وامثالهما كما ذكر في الكافي وغيره وهو ان الشفعة عندنا تختص بمعاوضة مال بمال لانها
تثبت بخلاف القياس بالاثار في معاوضة مال بمال فتقتصر عليهما قوله وعند الشافعي يجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها قال في النهاية وهي مهر المثل
واجر المثل في التزويج والخلع والاجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والاعتاق انتهى اقول في قوله قيمة الدار نظر اذ الكلام في قيمة الاعواض التي جعلت بدلا للدار في الصورة
المذكورة الا في قيمة نفس الدار والعوض في صورة الصلح هو دم العمد فالواجب عند الشافعي قيمة دم العمد على زعمه لا قيمة الدار لا يقال لما جعل دم العمد عوضا من الدار صارت قيمة
قيمة الدار لانا نقول لو اقتضى هذا القدر ان يصير قيمة احد العوضين قيمة للاخر لكان قيمة الاعواض المذكورة في الصور المزبورة كلها قيمة الدار لكون كل منها عوضا من الدار و
لم يقل به احد بل وقع التصريح بخلافه في سائر الصور في نفس العناية ايضا ثم ان بعض الفضلاء لما تنبه لاجمال ما قلنا قال كان الكلام في قيمة الاعواض لا في قيمة الدار والعبد فيما
انتهى اقول لم يصب في زيادة العبد والحاقه بالدار في المؤاخذة فان العبد ماخوذ في جانب الاعواض القابلة للدار كما يفصح عنه عبارة الكتاب فيكون الكلام في قيمة الاعواض
لا ينافي اعتبار قيمة العبد في صورة الاعتاق نعم العوض اعتاق العبد لا نفس العبد لكن من يجعل الاعتاق متقوما لا بد له من المصير الى قيمة العبد في تقويم الكلام هنا على اصله
واما التحقيق من قبلنا فسيجيء من بعد قوله وكذا الدم والحق متقوم قال في العناية انما افردهما لان تقومهما بعد لانهما ليسا بمالين فضلا عن التقوم انتهى اقول فيه بحث لان تمامه يتوقف
على كون سائر الاعواض المذكورة مالا وان لم تكن متقومة وليس الامر كذلك فانها ايضا ليست باموال عندنا وقد افصح عنه قول المصنف فيما قبل وهذه الاعواض ليست باموال
وقوله في باب المهر من كتاب النكاح ان المنافع ليست باموال على اصلنا والحق عندي في تعليل ان تقوم بها البدل لانها ليسا بمتقومين اصلا اي لا بالتقوم الضروري ولا بالغير الضروري
بخلاف ما سواهما من الاعواض المذكورة فانها متقومة بالتقوم الضروري كما مر آنفا قوله وفيه اشكال اوضحناه في البيوع قلا نعيده قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال
غير رائجة بل فيه جواب الاشكال لا الاشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار بجنبها الى اخره وقيل اذا كانت الحوالة في حق
جواب الاشكال رائجة كانت في حق الاشكال كذلك لان الجواب يتضمن السؤال وقيل لم يقل في بيوع هذا الكتاب فيجوز ان يكون اوضحه في
كفاية المنتهى كذا في العناية اخذا من معراج الدراية اقول لا يذهب عليك ان قوله ولا نعيده يابا عن ان يكون مراده بقوله اوضحناه في البيوع
ايضاحه في بيوع كفاية المنتهى لان ذكر شيء في كتابه هذا بعد ان ذكره في كفاية المنتهى لا يعد اعادة والا لزم ان يكون اكثر مسائل هذا الكتاب بل
جميعها من قبيل الاعادة لكونها مذكورة في كفاية المنتهى قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها قال صاحب العناية وفي قوله ومن

وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار لنقض به تصرفا
في البيع الفاسد ممنوع عند قال فان سقط حق الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري
فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلمه بعد لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس
بشرط فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه وان استرد البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه
عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استرد بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا قال واذا اقتسم الشركاء العقار
فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيه الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة قال
واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع
لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وان ردها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع
فللشفيع الشفعة لانه فسخ في حقهما لا بالنسبة الى غيرهما وقد قصد الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث

ابتاع دارا شراء فاسدا تلويح الى ان عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتداء لان الفساد اذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق على حاله انتهى
قال بعض الفضلاء في بيان وجه التلويح حيث اتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار انتهى اقول هذا الكلام منه عجيب لان حدوث الفساد
كما يوجد فيما اذا وقع في ابتداء العقد يوجد ايضا فيما اذا وقع بعد انعقاده صحيحا بل الحدوث في الصورة الثانية اظهر واجلى لان الفساد يحصل فيها بعد ان
لم يكن في ابتداء العقد واما في الصورة الاولى فهو حاصل في الابتداء والانتهاء فيهما استمرار الفساد بالنسبة الى الصورة الثانية فمجرد الاتيان بالجملة
الفعلية ان لم يكن ملوحا الى الثانية فلا اقل من ان لا يكون ملوحا الى الاولى والصواب ان وجه التلويح الى ذلك هو انه جعل قوله شراء فاسدا قيدا
للابتياع الذي هو اصل العقد فعلم به ان المراد هو الفساد في ابتداء العقد لا الفساد الطارئ وهذا مما لا ستره به **قوله** وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع
الفساد في اثبات حق الشفعة تقرير الفساد واعترض عليه بانه لم لا يجوز ان لا يثبت المفسد في حق الشفيع لئلا يلزم تقرير الفساد وان يثبت في حق المشتري
لما لا يثبت الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراه بشرط الخيار في حق الشفيع فيستحقها بدون شرط الخيار كما مر من قبل في قوله ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط
وهو للمشتري دون الشفيع واجيب عنه بان فساد البيع انما يثبت لمعنى راجع الى العوض اما بالشرط في حقه او لفساد في نفسه كجعل الخمر ثمنا فاذا اسقطنا
العوض لفساده فيه يبقى البيع بلا ثمن وهو فاسد ايضا فلا يمكن انفكاك عن مفسد فلا يثبت الشفعة هناك واما الخيار فانما يثبت للمشتري لمعنى خارج عن
العوضين اذ هو للتامل وبالتروي فباسقاطه في حق الشفيع لا يلزم الفساد فان البيع الصحيح يمكن وجوده بلا شرط خيار هذا زبدة ما في الشروح واورد بعض
الفضلاء على قولهم فلو اسقطنا العوض لفساده فيه يبقى البيع بلا ثمن حيث قال فيه بحث اذ لا حاجة فيه الى اسقاط العوض بل يكفي اسقاط الشرط كما في شرط
الخيار واعتبار قيمة مثل الخمر فتدبر انتهى اقول ليس في الشيء لان شيئا من اسقاط الشرط واعتبار قيمة مثل الخمر في البيع الفاسد بدون اسقاط نفس العوض
مما لا يتصور اما الاول فلان اسقاط الشرط المفسد الراجع الى العوض في عقد المتبائعين بالبيع الفاسد يستدعي اسقاط نفس العوض المعين في ذلك
العقد ضرورة انتفاء المشروط بانتفاء شرطه واما امكان عدم اسقاط ما يصلح ان يكون عوضا في مطلق البيع فغيره مفيد لان الشفيع انما يستحق اخذ
المشفوع بالثمن الذي اخذ به المشتري لا بمطلق جنس الثمن واما الثاني فلان اعتبار قيمة مثل الخمر في البيع الواقع بين المسلمين غير ممكن لان مثل الخمر
ليس بمال متقوم عند اهل الاسلام فكيف يتصور اعتبار القيمة لما لا قيمة له واما في البيع الواقع بين الكفار فيمكن اعتبار القيمة له لكونه مالا متقوما عندهم
لكن مثل ذلك البيع الصادر منهم بيع صحيح والشفعة ثابتة فيه كما مر في فصل ما يوخذ به المشفوع والكلام هنا في البيع الفاسد فلا معنى لايراد المذكور
اصلا واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيه الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة
قال صاحب العناية ولانها لو وجبت للقاسم لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلان كون القاسم جارا بعد الافراز لا يقتضي
ثبوت حق الشفعة له لان سبب استحقاق الشفعة ان لم يكن مقدما على زوال ملك المالك عن العقار المشفوع فلا اقل من كونه معه وقد تاخر عنه هنا
حيث حصل الجوار بعد الافراز الذي به يزول ملك كل واحد من المقتسمين عن الجزء الشائع في حصة الاخر واما ثانيا فلانه لا يلزم من عدم وجوب الشفعة
للقاسم لاجل مانع يمنع عنه وهو التعذر المذكور عدم وجوبها للجار الاخر الذي لم يتحقق في حقه ذلك المانع فلا يتم التقريب وقال صاحب غاية البيان لانه
لو وجبت الشفعة وجبت للقاسم لانه شريك والشريك اولى من الجار ولا يجوز ان يقدم الجار على الشريك انتهى اقول فيه ايضا نظر اما اولا فلان
القاسم انما كان شريكا قبل الاقتسام واما بعده فقد صار جارا فلا يلزم تقدم الجار على الشريك واما ثانيا فلان تقدم الجار على الشريك انما يتصور ويبطل

ومراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة انه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان بخلل في الرضاء فيما يتعلق لزومه بالرضاء وهذا المعنى موجود في القسمة والله سبحانه اعلم

باب ما تبطل به الشفعة

قال واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب هذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة وكذلك ان اشهد في المجلس ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار وقد اوضحناه فيما تقدم

لو ثبت لذلك الشريك واما ثانيا فلان تقدم الجار على الشريك انما يتصور ويبطل لو ثبت لذلك الشريك حق الشفعة والا اذا لم يثبت له حقها لا مانع كما فيما نحن فيه فلا يتصور تقدم الجار على الشريك في استحقاق الشفعة فضلا عن بطلان ذلك الا ترى انه اذا اشترى دارا فسلم الشريك الشفعة فيها اخذها الجار لسقوط حق الشريك كما مر في اوائل كتاب الشفعة ولا يلزم فيه ان يقدم الجار على الشريك فما ظنك فيما نحن فيه **قوله** ومراده الرد بالعيب بعد القبض قال جماعة من الشراح اي مراد القدوري في قوله او بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض ورد عليهم ذلك صاحب العناية حيث قال قال الشارحون قوله مراده اي مراد القدوري في قوله او بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه يناقض قوله هناك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه انتهى وقال بعض العلماء بعد نقل كلام صاحب العناية وفيه كلام وهو انه يمكن ان يقال مراد صاحب الهداية كون التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض لا الفرق بين القبض وعدمه حتى يناقض ما سبق فيتم كلام الشارحين كما لا يخفى فليتامل انتهى كلامه يعني يمكن ان يقال من جانب هولاء الشارحين ان مراد صاحب الهداية يحمل قول القدوري او بعيب بقضاء قاض على الرد بالعيب بعد القبض صيانة كلام القدوري عن اللغو فان الرد قبل القبض لما كان فسخا من الاصل لم يثبت به حق الشفعة اصلا سواء كان بقضاء او بغير قضاء فلو لم يكن المراد بقوله او بعيب بقضاء قاض هو الرد بالعيب بعد القبض لكان التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض وليس مراد صاحب الهداية الفرق بين القبض وعدمه في الحكم فيما اذا كان الرد بالقضاء حتى يناقض قوله هنا قوله فيما سبق اقول الحق ان مراد صاحب الهداية ما ذهب اليه صاحب العناية فان ما ذكره ذلك البعض ساقط اما الاول فلانه لو كان مراده ما ذهب اليه هولاء الشارحون لما ذكر قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض فيما بعد بيان قول القدوري وان رده بالعيب بغير قضاء الى اخره بل كان ينبغي ان يذكره قبله اما بيان قوله ثم رده المشتري بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض وهذا مما لا يذهب على ذي فطرة سليمة له رؤية باساليب كلام الثقات سيما المصنف واما الثاني فلان عدم ظهور فائدة التقييد بالقضاء بالنظر الى صورة عدم القبض لا يقتضي كون التقييد بالقضاء لغوا على تقدير كون قول القدوري او بعيب بقضاء قاض عاما شاملا لصورتي القبض وعدمه لان ظهور فائدة التقييد بالنظر الى بعض اقرار الكلام العام كاف في كون ذلك الكلام المقيد بذلك القيد مصونا عن اللغو وغير مخل بعمومه فردا اخر ايضا اذا لم يكن ذلك القيد منافيا لعمومه ذكر الفرد الاخر هناك كذلك فان القضاء كما يتصور بعد القبض يتصور قبل القبض ايضا غاية الامر ان تاثير القضاء في ثبوت حق الشفعة انما يظهر فيما بعد القبض تامل

باب ما يبطل به الشفعة

لما كان بطلان الشيء يقتضي سابقة ثبوته ذكر ما يبطل به الشفعة بعد ذكر ما يثبت به الشفعة **قوله** واذا ترك الشفيع الاشهاد

حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب فان قيل جعل ترك الاشهاد ههنا مبطلا للشفعة وذكر قبل هذا في باب طلب الشفعة ان الاشهاد ليس بلازم وانما هو لنفي التجاحد وكذلك ذكر في الذخيرة وغيرها ان الاشهاد ليس بشرط وانما ذكر اصحابنا الاشهاد عند هذا الطلب في الكتب بطريق الاحتياط حتى لو انكر المشتري هذا الطلب يمكن الشفيع من اثباته لا لانه شرط لازم ولما لم يكن الاشهاد شرطا لازما لم يكن تركه مبطلا للشفعة فما وجه التوفيق بينهما قلنا يحتمل ان يريد بهذا الاشهاد نفس طلب المواثبة ولكن لما كان بطلب المواثبة لا ينفك عن الاشهاد في حق علم القاضي سمى هذا الطلب اشهادا والدليل على هذا ما ذكر من التعليل في حق ترك طلب المواثبة مثل ما ذكره من التعليل ههنا كذا في النهاية ومعراج الدراية واكتفى تاج الشريعة وصاحب الكفاية بتفسير الاشهاد المذكور ههنا بطلب المواثبة حيث قالا واذا طلب الشفيع الاشهاد اي طلب المواثبة واستغنيا بهذا التفسير عن التعرض لتفصيل السوال والجواب بالكلية وفسره صاحب العناية ايضا بما فسراه به ولكن قال بعده وانما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هذا ان الاشهاد ليس

قال وان صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط

بشرط فان ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله ويعضده قول المص من قبل والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة وقوله ههنا لاعراضه عن الطلب الى ههنا كلامه اقول فيه خلل لانه جعل قول المصنف ههنا لاعراضه عن الطلب ضدا اي معنيا لكون المراد بالاشهاد المذكور في الكتاب ههنا نفس طلب المواثبة صحيح اذ لو كان الاشهاد ههنا على معناه الظاهري يقال في تعليل بطلان الشفعة بتركه لاعراضه عن الاشهاد دون ان يقول لاعراضه عن الطلب وهو الذي اشار اليه صاحب النهاية ومعراج الدراية بقولهما والدليل عليه ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب المواثبة مثل ما ذكره من التعليل ههنا انتهى واما جعل قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة عاضدا ايضا لذلك فليس بصحيح اذ لا يذهب على ذي مسكة ان مراد المصنف هناك بقوله المذكور هو ان المراد بقوله في الكتاب على المطالبة طلب المواثبة لا طلب التقرير وليس مراده ان المراد بقوله في الكتاب اشهد طلب المواثبة اذ لو كان كذلك لكان معنى ما في الكتاب طلب في مجلسه ذلك على المطالبة وفساده من حيث اللفظ والمعنى غير خاف على احد والمفسر ههنا بطلب المواثبة نفس الاشهاد فاين هذا من ذلك وكيف يتصور ان يكون احدهما ضد الآخر قوله وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض اما بطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه واما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملائم وهو ان يعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشتري سلمتك شفعة هذه الدار ان اجرتيها او اعرتنيها فبالفاسد وهو ما ذكر فيه المال اولى انتهى كلامه اقول هذا شرح سقيم غير مطابق للمشروح لانه وزع تعليل المصنف بقوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل الى آخره الى قوله بطلت الشفعة والى قوله ورد العوض بطريقة اللف والنشر المرتب ولا يخفى على ذي فطرة سليمة متأمل في كلام المصنف بادنى تأمل ان حق التوزيع على عكس ذلك وهذا مع كونه مما يدل عليه قطعا معنى القيام يرشد اليه جدا التفريعان المذكوران في ذيل الدليلين الحاصلين من التوزيع اعني قوله فلا يصح الاعتياض عنه في الاول وقوله فيبطل الشرط ويصح الاسقاط في الثاني تبصر واعترض صاحب غاية البيان على قول المصنف ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى حيث قال ولنا فيه نظر لان اسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرى الا يرى الى ما قال محمد في الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره او قال للبائع سلمتها لك ان كنت بعتها لنفسك وقد باعها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد بالرد وما كان اسقاطا محضا صح تعليقه بالشرط لا يزال الا بعد وجود الشرط فلا يزال التسليم انتهى قال الشارح العيني بعد نقل هذا النظر عن صاحب الغاية قلت استخرج هذا النظر الغير الوارد من قول الشيخ ابي المعين النسفي في شرح الجامع الكبير حيث قال فيه فان قيل اذا لم يجب العوض يجب ان لا تبطل شفعته ايضا لانه انما ابطل حقه بشرط سلامة العوض فاذا لم يسلم وجب ان لا تبطل كما في الكفالة اذا صالح الكفيل المكفول له على مال حتى مر به من الكفالة لما لم يجب العوض لم يثبت البراءة قيل له بان المال لا يصلح عوضا عن الشفعة فصار كالخمر والخنزير في باب الخلع والصلح عن دم العمد ثم يقع الطلاق ويسقط القصاص اذا وجد القبول من المرأة والقاتل ولم يجب شيء كذا ههنا واما الصلح عن الكفالة بالنفس فكذلك على ما ذكر محمد في كتاب الشفعة من المبسوط وكتاب الكفالة

وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر بخلاف الطلاق والعتاق كالاعتياض عن ملك الحل وتنظيره اذا قال لغيره اختاري بالف وقال الاخر اختاري بالفين وانه تخاري تورث بنفس الالف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بخلاف الشفعة في رواية وفي اخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه **قال** واذا مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعي تورث عنه قال رضي الله عنه هذا اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا مات بعد القضاء او بعد قبض الشقص بالبيع لم يورث وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولان الملك يزول بالموت ويثبت الملك للوارث بعد البيع وفيه ابطال وقت البيع وهو وقت الشفيع للتملك وقت القضاء شرط لا يستوجب الشفعة بدونه وان مات المشتري قبل الاخذ بالشفعة بطل لان الشفعة باقي وقد مر في البيوع **قال** واذا باع الشفيع ما يشفع به بايع يتغير بسبب حدث ولا يباع في دين المشتري ووصيته وذكر بالعه اهانة او الوصي او الوصي المشتري فيها وصية تلك الشفعة لا يملكه وهذا لان الدار تقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حوزته **قال** واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا لو زول به دار لم يجب شراء الشفعة بها وهذا بخلاف ما اذا باع عن الدين هو له يقوم له وهذا لان الشفيع المتقدم دار بشرط الخيار له لانه مع الزوال في الاتصال **قال** ووكيل البائع اذا باع دار الشفعة فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا اشترى فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع له لا شفعة له ومن اشترى او ابتيع له فله الشفعة لان الاول يأخذ للشفعة عن بيع ما تم جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراءه لانه مثل الشراء وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له وكذلك بائع وشرط الخيار لمضي الشرط والخيار للبائع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع بمضائه يجري في جانب شرط الخيار للمشتري **قال** واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت باقل او بخمرة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لانه اسقاط لا كتفاء القوي في الاول ولتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما هو به في الثاني اذ الجنس مختلف ولذا لو اكل مكيلا او موزونا او عدديا متفاوتا بخلاف ما اذا اخبر بانها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الابهام في الصفة لا يوجب الجهالة في الجنس لان الجنس متحد في جنس القيمة

والحوالة من المبسوط في رواية ابي حفص وعلى ما ذكر في كتاب الكفالة الحوالة من المبسوط في رواية ابي سليمان لا يبرأ ويحتاج الى الفرق والفرق ان حق الشفيع قد سقط بالعوض معنى فان الثمن سلم له فانه متى اخذ الدار بالشفعة وجب عليه الثمن فمتى سلم له الثمن فقد سلم له نوع عوض بازاء التسليم فلا بد من القول بسقوط حقه في الشفعة فاما المكفول له فلم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحصل له عوض اصلا فلا يسقط حقه في الكفالة انتهى ومن هذا الجواب يحصل الجواب عن النظر المذكور الى هنا لفظ شرح العيني اقول لا يذهب عليك انه لا يحصل من الجواب المذكور في كلام الشيخ ابي المعين الجواب عن النظر المزبور بل لا اساس له بذلك لان ما وقع من السؤال والجواب في كلام الشيخ ابي المعين متعلق باصل المسئلة والنظر المزبور متعلق بمقدمة الدليل وهي قوله والتعليق اسقاطه بالجائز من الشرط فاحدهما بمعزل عن الاخر كيف لا وقد ذكر صاحب العناية اولا كلام الشيخ ابي المعين بتمامه نقلا عنه حيث قال واورد الشيخ ابي المعين النسفي في شرح الجامع سؤالا وجوابا في هذا الموضع قال فان قيل اذا لم يجب العوض يجب ان لا يجب شفعته ايضا الى اخر كلامه ثم اورد نظره المذكور في حاشية اخرى ولم يجب عنه فبينهما بون لا يخفى ثم قال صاحب العناية وقوله على عوض اشارة الى ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح اولم يبطل الشفعة لان ذلك على وجهين احدهما ان يصالحه على اخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الاعراض والثاني ان يصالحه على اخذ بيت بعينه من الدار بحصة من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الاعراض انتهى اقول فيه بحث اما اولا فانا لا نسلم ان في قوله على عوض اشارة الى ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح اولم يبطل الشفعة اذ لا يتصور اشارة قوله المذكور الى ذلك الا بطريق مفهوم المخالفة ولا شك ان مفهوم قوله على عوض بطريق المخالفة هو معنى بلا عوض وهو يعم بعض الدار وكل الدار وما ليس بدار ولا عوض اصلا اذ لا يصلح شيء منها لان يكون عوضا فيصير الصلح في جميع هذه الصور بلا عوض وان مفهوم قوله في جواب المسئلة بطلت الشفعة ورد العوض يعم ايضا ما صح الشرط وبطلت الشفعة وما لم يصح الشرط ولم تبطل الشفعة وما صح الشرط والشفعة ايضا فمن بين هذه الاحتمالات كيف يحصل الاشارة الى خصوص ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح اولم يبطله الشفعة كما في الوجهين اللذين ذكرهما يعم الحكم في الوجهين المذكورين كما قاله على ما صرح به في المبسوط وتمامه المعتبرات لكن الكلام في عدم تمام اشارة عبارة الكتاب اليه كما ادعاها صاحب العناية واما ثانيا فلان تعليل جواز الصلح في الوجه الاول من الوجهين اللذين ذكرهما لفقد الاعراض مما لا يكاد يتم لان فقد الاعراض متحقق في الوجه الثاني منهما ايضا كما صرح به مع عدم جواز الصلح فيه لجهالة الحصة المشروطة في الصلح على ما نص عليه فالوجه في تعليل جواز الصلح في الوجه الاول ان يقال لكون الحصة معلومة تدبر **قوله** وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا اشار به الى قوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه كذا في الشروح قال بعض الفضلاء وانت تعلم ان ما بينه لا يفي بتمام المدعى هنا اذ لا اسقاط في البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة اخرى انتهى اقول نعم لا اسقاط في البيع الحقيقي واما ما نحن فيه وهو بيع الشفعة بمال فليس ببيع حقيقة يعرف ذلك بما بينه من قبل وهو قوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر الى قوله فلا يصح الاعتياض عنه فانه اذا لم يصح الاعتياض عنه لم يكن بيعا حقيقيا لانه من المعاوضات المالية ولم يكن ايضا شيئا من المعاوضات اصلا فلا جرم كان اسقاطا فتم به المطلوب هنا وعن هذا قال في المبسوط لو باع شفعته بمال كان تسليما لان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فيصير كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها انتهى **قوله** واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت باقل او بخمرة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة قال صاحب النهاية تقييده بقوله قيمتها الف او اكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها

قال واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم ان المشتري هو غيره فله ان يأخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة لان التسليم بمفرد الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في البعض

اقل مما اشترى من الدار اراهم كان تسليمه باطلا ايضا لان اطلاق ما ذكره في المبسوط والايضاح دليل عليه حيث قال في المبسوط وكذلك لو اخبر ان الثمن عبد او ثوب ثم ظهر انه كان مكيلا او موزونا فهو على شفعته ولم يتعرض ان قيمة المكيل والموزون اقل من قيمة الذي اشتراها به او اكثر وكذلك تعليله دال عليه وكذلك ما ذكره في الايضاح من الاطلاق والتعليل دال عليه وكذا ايضا استدل في الذخيرة بما ذكره في المبسوط وقال لو اخبر ان الثمن شيء هو من ذوات القيم فسلم ثم ظهر انه كان مكيلا او موزونا فهو على الشفعة هكذا ذكره شمس الائمة السرخسي ثم قال فعلى هذا القياس لو ان الثمن الف درهم فاذا ظهر انه مكيل او موزون فهو على شفعته على كل حال الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب العناية قال في النهاية تقييده بقوله قيمتها الف او اكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها اقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا ايضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولية فان التسليم اذا لم يصح فيما اظهر الثمن اكثر من المسمى فلان لا يصح اذا ظهر اقل اولى انتهى اقول ما ذكره صاحب العناية لا يدفع ما قاله صاحب النهاية من كون التقييد الواقع في عبارة الكتاب بقوله قيمتها الف او اكثر غير مفيد فانه لما كان جواب المسئلة غير مختلف فيما اذا كان قيمتها الفا او اكثر او اقل كان التقييد بكونها الفا او اكثر غير مفيد قطعا فان لم يكن مخلا بناء على ابهامه في بادي الرأي تقييد الحكم ايضا فلا اقل من كونه مستدركا وان عد السلوك مسلك الدلالة بالاولوية امرا مبهما في هذا المقام كفى ان يقال قيمتها اكثر فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن اكثر من المسمى فلان لا يصح فيما اذا ظهر اقل منه او مساويا له اولى فلا مخلص من استدراك احد القيدين قوله واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار يعني لتفاوت الناس في الجوار فالرضى بجوار هذا لا يكون رضى بجوار ذلك كذا في الكافي قال محمد رحمه الله في الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا ينزل الا بعد وجوده انتهى وقال صاحب العناية ههنا بعد نقل ما قاله محمد في الجامع وهذا كما ترى يناقض قول المص فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى انتهى ولا يخفى ان كلام صاحب العناية خلاصة النظر الذي اورده الشارح الايتاني فيما تقدم على قوله المصنف ونقلناه عنه وذكرنا ما يتعلق به من الكلمات هنالك وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال وانت خبير بانه فرق ما بين شرط وشرط فما سبق كان من الشروط التي تدل على الاعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا بخلاف ما ذكر ههنا فانه اذا لم يتيسر للشفيع اداء ما اشترى به الدار لم يدل تسليمه على الاعراض اذ لا قدرة له على اخذه وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عمرو فليتامل انتهى كلامه اقول ليس هذا بسديد لان حاصله حمل الشرط المذكور في كلام المص فيما سبق على الشرط المخصوص وهو الشرط الذي يدل على الاعراض وحمل الشرط المذكور في كلام الامام محمد في الجامع على الشرط المخصوص الآخر وهو الشرط لا يدل على الاعراض ولا يخفى على الفطن ان شيئا من كلاميهما لا يساعد ذلك اصلا اما كلام المصنف فلانه قال ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى ولا شك ان اولوية عدم تعلق اسقاطه بالفاسد من عدم تعلق اسقاطه بالجائز من الشرط انما تظهر اذا كان المراد بالشرط الجائز جنس الشرط الجائز لا الشرط الجائز المخصوص جواز ان يكون لخصوصه حالة مانعة عن التعليق لم يوجد تلك في الفاسد واما كلام الامام محمد فلانه قال لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا يخفى ان ما يتفرع على كون تسليم الشفعة اسقاطا محضا انما هو صحة تعليقه بالشرط مطلقا لا صحة تعليقه بشرط معين سيما

فصل قال واذا باع دارا لا مقدر خرج منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه لما بينا قال واذا باع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول دون الثاني لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك فيقدم عليه فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الاول ثم اشتراه والباقي بالمائة وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه وهذه حيلة اخرى تمنع الجوار والشركة فيباع باضعاف قيمته ويعطى بها ثوب يقدر قيمته الا انه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينارا حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير قال ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف ولو تكره عند محمد لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو امضينا الحيلة ما دفعناه ولابي يوسف انه منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكوة

مسائل متفرقة

قال واذا اشترى حصة نفر واحد من رجل فللشفيع ان ياخذ نصيب احدهم وان شاء ياخذ كلها او يتركها والفرق ان في الوجه الثاني باخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر في الوجه الاول لقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ما اذا كان قبل القبض او بعده هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب اذا لقد ملك ما لم يتقدم الاخر حصته كيلا يودي الى تفريق اليد على البائع بمنزلة الجمع بين العقدين بخلاف ما بعد القبض لانه سقط حقه بالتسليم وجزاء سمي لكل بعض عنا وكان الثمن موجودا في ملك المشتري فلا تتفرق الصفقة

الشرط الذي لا يدل على الاعراض فان كونه اسقاطا يقتضي الاعراض دون عدم الاعراض تامل تقف

فصل لما كانت الشفعة تسقط في بعض الاحوال علم تلك الاحوال في هذا الفصل لاحتمال ان يكون الجار فاسقا يتاذى به وفي استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاسقا يتاذى به فاحتيج الى تبيانه كذا في العناية وغيرها والمكان يتجه على ظاهر هذا التوجيه ان البائع يخرج المبيع من يده ويملكه بالمبيع فيحصل به الخلاص له من اذية مثل ذلك الجار الفاسق فما الاحتياج الى استعمال لاسقاط شفعته تدارك دفع ذلك بعض الفضلاء حيث قيد قول صاحب العناية يتاذى به في قوله لاحتمال ان يكون الجار فاسقا يتاذى به بان قال في استيفاء الثمن وقال ويجوز ان يقال ذلك اذا كان للبائع دار اخرى وراء داره المبيعة فتدبر انتهى اقول الاظهر عندي ان يقال المقصود من اسقاط شفعة مثل ذلك الجار الفاسق الذي يتاذى دفع تاذي الجيران الملاصقين بالدار المبيعة دون دار ذلك الجار الفاسق لا دفع مجرد تاذي نفس البائع ولا يذهب عليك ان هذه الفائدة مما يتحقق في كثير من الصور بخلاف ما ذكره ذلك البعض فتدبر قوله والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينارا حتى اذا استحق بالمشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير قال صاحب النهاية وبيان ذلك ما ذكره في شفعة فتاوى قاضيخان فقال ومن الحيلة بانه اذا اراد ان يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين الفا ثم يقبض تسعة آلاف وخمسمائة ويقبض بالباقي عشرة دنانير او اقل او اكثر فلو اراد الشفيع ان ياخذها بعشرين الفا فلا يجب في الشفعة ولو استحق الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين الفا وانما يرجع بما اعطاه لانه اذا استحقت الدار ظهر انه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدراهم التي للمشتري على البائع ثم تصادقا انه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في بيان معنى كلام المصنف هذا بذلك المعنى المذكور في فتاوى قاضيخان الا انه لم يتعرض لكون ذلك مذكورا فيها بل جعله شرحا محضا لكلام المصنف هذا حيث قال وقوله والاوجه الى آخره تقريره اذا اراد ان يبيع الدار بعشرة آلاف درهم الى آخره ما ذكر في النهاية معزيا الى فتاوى قاضيخان اقول لا يذهب على ذي فطنة ان معنى كلام المصنف هذا ليس عين ما ذكر في فتاوى قاضيخان وفي الشرحين المزبورين فان معنى كلامه ان يباع بكل الدراهم التي من الثمن دينارا ومعنى ما ذكر فيها ان يقبض بعض منها ويباع بالباقي دنانير وعن هذا قال المص فيما اذا استحق المشفوع فيجب رد الدينار لا غير وقالوا ثمه لا يرجع المشتري بعشرين الفا وانما يرجع بما اعطاه نعم كلا المعنيين مشتركان في ان يعما الجوار والشركة وان لا يتضرر بائع الدار فيهما لعدم لزوم رجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن عند ظهور من يستحق الدار في شيء منها فصار احدهما نظيرا للآخر في الحيلة لا عينه فلا يصلح احدهما لان يكون بيانا وشرحا للآخر كما لا يخفى قوله ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف رحمه الله وتكره عند محمد رحمه الله قال في العناية اخذا من النهاية ومعراج الدراية اعلم ان الحيلة في هذا الباب اما ان تكون للدفع بعد الوجوب او لدفعه فالاول مثل ان يقول المشتري للشفيع انا اوليها لك فلا حاجة لك في الاخذ فتقول نعم يسقط به الشفعة وهو مكروه بالاجماع والثاني مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند ابي يوسف مكروه عند محمد وهو الذي ذكر في الكتاب وهذا لقائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكوة ومنهم من قال لا يكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف وانما الخلاف في فصل الزكوة انتهى اقول في هذا التقرير شيء وهو انه اما ان يراد بالاجماع والاختلاف في قوله وهو مكروه بالاجماع والثاني مختلف فيه اجماع المجتهدين واختلافهم

قال من اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسم البائع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري اويدع لان القسمة من تمام القبض لما فيها من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا يقتضي القبض وان كان له فيه يعود العيدة على البائع فكان لا يقبض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد واقع من الذي قاسم فلم يكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو المروي عن ابي يوسف وذلك لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وقيل في حنيفة رحمه الله انما يأخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر قال ومن باع دارا له بعيد ماذون عليه دين فله الشفعة ولذا كان العبد هو البائع فلا شفعة لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فيدخل تحت التجارة وكذا لانه مبذر لانه يصرف للغرماء ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له قال وتسليمه الى الوصي الشفعة على الصغير جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر رحمهم الله هو على شفعته اذا بلغ قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا الشفعة وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وجه قول محمد وزفر ان حق الثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا به وهذا لانه في معنى المعاوضة فيملكان ذلك الا ترى ان من له حق الشفعة للصبي صح رده من الاب او وصي ولانه دائر بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه لبقاء الثمن على ملكه والولاية تثبت بهما كولاية بيع الاعراض وهذا اذا بيعت نفسها فان بيع اكثر من عقار فيها اما لا تعاب الشارية بالتسليم بالاجماع لانه يتعين تسليمه لا يتفق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم لا بعض وان بيعت باقل من عقار فيها اما لا تكثر فعن ابي حنيفة رحمه الله لا يصح التسليم فيها لا رواية عن ابي يوسف والله اعلم

كتاب القسمة

قال القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام باشرها في الغنائم والوراثة وهي الزوائد بما من غير تدبر ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لان كل واحد منهما يأخذ بعضه كان له وبعضه كان صاحبه فيه وهو معنى ما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وانفراد الاجزاء الظاهر في الملك والمؤنات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما ان يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشتريا فاقتسماه يبيع احدهما نصيبه من اجنبي

في نفس المسئلة ايراد بذلك اجماع المشايخ واختلافهم في الرواية اياما كان لا يخلو التقرير المذكور عن اضطراب اما على الاول فلان القطع بكون الثاني مختلفا فيه لا يكون تاما حينئذ لان اختلاف الاجتهاد في الثاني انما كان على قول بعض المشايخ من الرواة واما على قول بعضهم فلا خلاف بين المجتهدين في عدم كراهة الحيلة في هذا الفصل وانما الخلاف بينهم في فصل الزكوة كما ذكره واما على الثاني كما هو المتبادر من قوله قال بعض المشايخ غير مكروه الى آخره فلان القطع بكون الاول مكروها لا يصح حينئذ لان شمس الائمة السرخسي روى عدم كراهة الاحتيال في باب الشفعة على كل حال حيث قال في باب الشفعة بالعروض من المبسوط بعد ما ذكر وجوه الحيل في الاستعمال بهذه الحيل لابطال حق الشفعة لا باس به اما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصد المشتري الاضرار به فانما قصده الدفع عن ملك نفسه ثم قال وقيل هذا قول ابي يوسف واما عند محمد فيكره وذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال لاسقاط الاستبراء والمنع من وجوب الزكوة انتهى قال الامام قاضيخان في فتاواه ذكر محمد رحمة الله عليه في الاصل الحيلة في اسقاط الشفعة ولم يذكر الكراهة قالوا على قول ابي يوسف لا يكره وعلى قول محمد تكره وهذا بمنزلة الحيلة لمنع وجوب الزكوة ولمنع الاستبراء على قول ابي يوسف لا يكره وقال بعض مشايخنا يكره الحيلة لاسقاط الشفعة بعد الوجوب لانه احتيال لابطال حق اوجب وقبل الوجوب ان كان في تجارة فاسقاطها ذي سنة فلا باس وقال الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي لا باس بالاحتيال لابطال حق الشفعة على كل حال اما قبل وجوب الشفعة فلا شك كما لو ترك اكتساب المال لمنع وجوب الزكوة وبعد وجوب الشفعة لا يكره الاحتيال ايضا لانه احتيال لدفع الضرر عن نفسه لا الاضرار بالغير فظاهر ما ذكر في الكتاب دليل على هذا الى هنا لفظ فتاوى قاضيخان

كتاب القسمة

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث ان كلا منهما من نتائج النصيب الشائع لما ان اقوى اسباب الشفعة الشركة فاحد الشريكين اذا اراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقائه باع فوجب عنده الشفعة هذا زبدة ما في عامة الشروح وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد ذلك ولان القسمة نافية للشفعة قاطعة لوجوبها الى قوله عليه الصلوة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة والنفي يقتضي سبق الثبوت فكانت بين الشفعة والقسمة مناسبة والمضادة والمتضادان يفترقان ابدا مع تقدم المثبت على المنفي كما في الامر والنهي والنكاح والطلاق انتهى اقول فيه بحث لان كون القسمة منافية للشفعة قاطعة لوجوبها راجعا الى قوله عليه الصلوة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة انما يتمشى على اصل الشافعي فانه لم يجز الشفعة بالجوار واستدل عليه بالحديث المذكور واما على اصل ائمتنا فلانهم جوزوا الشفعة بالشفعة بالجوار ايضا واستدلوا عليه باحاديث اخرى واجابوا عن استدلاله بالحديث المذكور بان آخر الحديث وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ليس بثابت ولئن ثبت فمعناه نفي الشفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق فان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كان الموضع موضع ان يشكل انه هل يستحق بها الشفعة كالبيع فبين عليه الصلوة والسلام عدم ثبوت الشفعة بها وقد مر الجواب بهذا التفصيل عن استدلال الشافعي بالحديث المذكور في اوائل كتاب الشفعة في عامة الشروح حتى النهاية ومعراج الدراية فما معنى بناء وجه المناسبة ههنا على ما هو المزيف هناك ثم ان القول بان النفي يقتضي سبق الثبوت ينافي ما يقرر في المعقولات من ان السلب لا يقتضي وجود الموضوع وان القول بان المتضادين يفترقان ابدا مع تقدم المثبت مع المنفي ممنوع الا ترى الى قوله تعالى وجعل الظلمات والنور وقوله تعالى خلق الموت والحياة

ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض المتفاوتة حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه من غيبة الآخر ولو اشتروا فاقتسموا لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة

ونحو ذلك كيف يقدم المنفي هناك على المثبت قال صاحب العناية وقدم الشفعة لان بقاء ما كان على ما كان اصل انتهى اقول فيه نظر وهو انه كما ان في الشفعة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها ملك احد الشريكين على حاله وان زال الشيوع كذلك في القسمة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها ملك احد الشريكين في البعض على حاله وان زال الشيوع بل هذا البقاء هو المناسب لما ذكروا في وجه مناسبة القسمة بالشفعة من ان احد الشريكين اذا اراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقائه باع فوجب عنده الشفعة فيكون بقاء ما كان اصلا لا يرجح تقديم الشفعة كما لا يخفى ثم ان القسمة في اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء والاسوة للائتساء وفي الشريعة جمع النصيب الشائع في مكان معين وسببها طلب احد الشريكين الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنها الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والزرع في المزروعات والعد في المعدودات وشرطها ان لا يفوت منفعة بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام وما اشبه ذلك قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشتروا فاقتسموا لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة وتحقيقه ان ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة اخذ العين حكما كذا في العناية اقول هنا اشكال وهو انه قد علم مما ذكر آنفا في الكتاب والشروح ان القسمة لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز في جميع الصور سواء كانت في ذوات الامثال او في غير ذوات الامثال لانه ما من جزء معين الا وهو مشتمل على النصيبين فما يأخذه كل واحد منهما بعضه كان ملكه لم يستفده من صاحبه وبعضه الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه فكانت القسمة في كل صورة بالنظر الى البعض الذي كان ملكه افرازا وبالنظر الى البعض الآخر مبادلة واذا كان الامر كذلك فكون معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كالحيوانات والعروض غير واضح اذ غاية الامر ان البعض الذي يأخذه كل واحد منهما عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه ليس بمثل بيقين لما ترك على صاحبه من حقه في غير ذوات الامثال فلم يكن اخذ ذلك بمنزلة اخذ عين حقه حكما فلم يتحقق معنى الافراز فيه بالنظر الى ذلك البعض ولا يلزم منه ان لا يتحقق الافراز فيه بالنظر الى البعض الذي هو عين حقه في الحقيقة اذ لا شك ان اخذه هذا البعض افراز لا يتصور فيه مبادلة فقد تحقق في غير ذوات الامثال بالنظر الى ما يأخذه كل واحد منهما من عين حقه افراز بدون المبادلة وبالنظر الى ما يأخذه من نصيب صاحبه مبادلة بدون الافراز فكان معنيا الافراز والمبادلة فيه متساويين فمن اين ثبت ظهور معنى المبادلة فيه كما ادعوه قاطبة بخلاف ما قالوا في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات من ظهور معنى الافراز فيها فانه واضح لان اخذ كل واحد منهما فيها ما هو عين حقه من نصيبه افراز بلا شبهة واخذ كل واحد منهما فيها ما هو نصيب صاحبه بمنزلة اخذ عين حقه لكون نصيب صاحبه فيها مثل حقه بيقين واخذ المثل بيقين يجعل كاخذ العين حكما كما في القرض فيتحقق فيها معنى الافراز بالنظر الى البعض الآخر ايضا فكان هو الظاهر فيها والحاصل انهم لو قالوا معنى الافراز ظاهر في ذوات الامثال وغير ظاهر في غير ذوات الامثال بل معنيا الافراز والمبادلة سيان فيه لكان الامر حينئذ ولما قالوا معنى المبادلة ظاهر في غير ذوات الامثال اشكل ذلك كما ترى وذكر صاحب النهاية وجهان البسط مما ذكر في العناية لظهور معنى المبادلة في غير ذوات الامثال ناقلا عن المغني حيث قال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كلها وبه صرح في المغني وغيره فقال في المغني واما القسمة في غير ذوات الامثال فشبهة المبادلة فيها راجح لانها افراز حكما من وجه ومن حيث الحقيقة هي مبادلة من كل وجه اما الحقيقة فظاهر واما الحكم فلان نصف ما يأخذ كل واحد منهما مثل لما ترك على صاحبه باعتبار القيمة واخذ المثل كاخذ العين حكما وكان افرازا الا ان ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين لان المقسوم

الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لان احدهم يطلب القسمة يسأل القاضي ان يحصله بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان كانت اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار تحقق التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس تعزيرا لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغنم قال فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر

ليس من ذوات الامثال وفيما ليس من ذوات الامثال لا يثبت المعادلة بيقين فالافراز مع المبادلة استويا في الحكم ثم ترجحت المبادلة بالحقيقة الى هنا كلامه اقول لا يذهب عليك ان الاشكال الذي ذكرناه حجة عليه مع زيادة لانه انما يدل على تحقق رجحان معنى المبادلة فيما ياخذه كل واحد منهما من نصيب صاحبه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه لا على تحقق رجحان ذلك في المقسوم كله كيف وما ياخذه كل واحد منهما من نصيب نفسه لا يوجد فيه الا افراز محض لان معنى الافراز ان يقبض عين حقه واخذ كل واحد منهما نصيب نفسه قبض لعين حقه لا غير والمدعي رجحان المبادلة في القسمة الشاملة لجميع اجزاء المقسوم في غير ذوات الامثال وهو غير لازم من الوجه المذكور بل فيه دلالة على رجحان معنى الافراز في ذلك اذ لا شك ان اخذ كل واحد منهما عين حقه من نصيب نفسه افراز محض واذا كان اخذ كل واحد منهما نصيب صاحبه اخذ المثل ما ترك على صاحبه من حق نفسه باعتبار القيمة وكان اخذ ذلك المثل كاخذ العين حكما فكان افرازا كما صرح به في الوجه المذكور كان معنى الافراز في ذلك ظاهرا وراجحا لتحققه في جميع اجزاء المقسوم وتحقق المبادلة في بعضها كما تحققته قوله الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد هذا جواب عن سؤال مقدر وعلى قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوان والعروض بان يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في ذلك لما اجبر الابي على القسمة في ذوات الامثال كذا في عامة الشروح اقول هنا ايضا اشكال وهو انه ان اريد بقوله لان فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي ياخذه احد الشركاء لعين حقه فلا يجدي نفعا في دفع السؤال اذ يبقى الكلام حينئذ في الاجبار على اخذ النصيب الآخر الذي تحقق معنى المبادلة بالنظر اليه ويظهر على ما قالوا وان اريد بذلك ان فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي كان لصاحبه وياخذه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه كما هو الملائم لقوله لتقارب المقاصد فذلك ينافي ما يقدم من القول بان معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال اذ لا شك في تحقق معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي ياخذه احد الشركاء لعين حقه واذا تحقق فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الآخر ايضا كان معنى الافراز فيه ظاهرا جدا فانى تتصور القول بان معنى المبادلة هو الظاهر فيه فتامل ثم اقول لو قال المصنف لان فيه امكان المعادلة بدل قوله لان فيه معنى الافراز لكان سالما عن هذا الاشكال وكان مناسبا لاحالة لقوله لتعذر المعادلة في تعليل عدم الاجبار على القسمة فيما اذا كانت اجناسا مختلفة كما سياتي تنبيه تنقيح قوله المبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين يعني انه لا اضافة بين الجبر والمبادلة لانها مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين فان المديون يجبر على قضاء الدين والديون يقضى بامثالها على ما عرف فصار ما يؤدي المديون بدلا عما في ذمته اقول لقائل ان يقول جريان الجبر في قضاء الدين لكون ما احدهما الدائن من البدل مثل ما ثبت في ذمة المديون بيقين وقد صرحوا بان اخذ مثل الحق بيقين بمنزلة اخذ العين وعن هذا جعلوا اخذ المثل في القرض كاخذ العين فجعلوا القرض لذلك بمنزلة العارية بخلاف ما نحن فيه من غير ذوات الامثال فان ما ياخذه احد الشركاء فيه من نصيب الآخر ليس مثل ما ترك عليه من حق نفسه بيقين فلم يكن بمنزلة اخذ عين الحق وعن هذا قالوا ان معنى المبادلة فيه هو الظاهر فمن ذلك نشأ السؤال المقدر احتيج الى الجواب الذي نحن بصدده فكيف يتم قياس جريان الجبر فيما نحن فيه على جريانه في قضاء الدين مع تحقق الفرق الواضح بينهما قوله ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضي في التجارة شرط بالنص انتهى اقول هذا الشرح غير مطابق للمشروح وليس بتام في نفسه لانه ان اراد ان القسمة في مختلف الجنس مبادلة محضة كالتجارة فهو ممنوع كيف وقد تقرر فيما مر ان القسمة مطلقا لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز الا ان معنى الافراز هو الظاهر في ذوات الامثال ومعنى المبادلة

معناه باجر على التقاسمين لان النفع لهم على الخصوص اقول لان النفع لهم على الخصوص ينافي بحسب الظاهر قوله فيما مر انفا ولان منفعة نصيب القاسم تعم العامة فيكون كفاية في مالهم عزما بالضم فتامل في التوفيق **قوله** ويجب ان يكون عدلا ماموناعالما بالقسمة قال تاج الشريعة ذكر الامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها لجواز ان يكون غير ظاهر الامانة انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية ثم صاحب العناية ورد هذا التوجيه بعض العلما في حاشيته فان صاحب الوقاية لما اكتفى بقوله ويجب كونه عدلا عالما بها قال ذلك البعض لم يقل عدلا ماموناعالما بها كما وقع في الهداية لان الامانة من لوازم العدالة وقال والتوجيه بجواز ان يكون غير ظاهر الامانة كما وقع في الكفاية ليس بتام لان ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لا يخفى اقول المذكور في الهداية نفس العدالة لا ظهورها فاستلزام ظهورها ظهور الامانة لا يقتضي استدراك ذكر الامانة الا ان يراد بها ظهورها فان قلت فلم لا يجوز ان يراد بالعدالة ظهورها كما اريد في الامانة حتى يستغنى بذكر العدالة عن ذكر الامانة بالكلية قلت ارادة ظهور العدالة من لفظ العدالة خلاف الظاهر لا تفهم من لفظها وحده بدون القرينة واما ارادة ظهور الامانة من لفظ الامانة الواقعة في الكتاب فبقرينة تقدم ذكر العدالة المستلزمة لنفس الامانة نعم لو قال في الكتاب ابتداء ظاهر العدالة بدل قوله عدلا لحصل الغنى عن ذكر الامانة لكن مراد هولاء الشراح توجيه العبارة الواقعة في الكتاب لا نفي محال افادة المعنى المقصود ههنا بعبارة اخرى اخصر مما وقع في الكتاب **قوله** وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث او الوصي المقر بالدين فانه تقبل البينة عليه مع اقراره قال بعض الفضلاء وانت خبير بان لا اولوية لاحد الورثة بان يكون مدعيا وللاخر كونه مدعى عليه وكلاهما مجهول بخلاف المقيس عليه لتعين المدعي والمدعى عليه هناك وجوابه ظاهر فان القاضي اذا قال لا اقسم حتى يقيموا البينة على الموت وعدد الورثة تم يجعلون احدهم مدعيا لتحصيل مقصودهم الى هنا كلامه اقول لا استشكال له شيء ولا جواب اما اولا فلان للقاضي ولاية التعيين في امثال هذا المقام تحصيلا لمقصودهم فتحصيل الحالة بتعيينه وعن هذا قال في الذخيرة في بيان هذه المسئلة فالقاضي يسمع البينة ويقسم الدار ويجعل احد الحاضرين مدعيا والاخر مدعى عليه على ان لكل واحد من الورثة الحاضرين صلوحا لان يكون مدعيا في حق دعوى نفسه على الاخر ومدعا عليه في دعوى الاخر حقه فكل منهم يصير مدعيا ومدعى عليه من حيثيتين مختلفتين ونظير ذلك اكثر من ان يحصى في مسائل الفقه فلا يتوهم الجهالة حينئذ اصلا واما الثاني فلان مقتضاه ان يتوقف استماع القاضي البينة وقسمة الدار بينهم على جعلهم احدهم بينة على التعيين مدعيا ولم يسمع ذلك من احد ولم ير في شيء من الكتب فانهم ان لم يعلموا معنى المدعي والمدعى عليه اصلا فضلا عن ان يعلموا مثل هذه الدقيقة المعتبرة في هذه المسئلة من انتصاب الورثة خصما عن المورث يقسم القاضي الدار بينهم بالاجماع بعد ان اقاموا البينة على موت المورث وعدد الورثة كما هو المفهوم من كتب الفقه باسرها **قوله** وفي الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما واراد القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان تكون لغيرهما قال في العناية اعاد

هو الظاهر في غيرها وان اراد ان المبادلة في قسمة مختلف الجنس هي الظاهرة فهو مسلم لكن الامر كذلك في قسمة غير مختلف الجنس من غير ذوات الامثال مع ان التراضي ليس بشرط فيها على ان كون التراضي شرطا في التجارة بالنص يدل على كون ذلك شرطا في قسمة مختلف الجنس ايضا لان قسمة ليست في معنى التجارة من كل الوجوه اذ القسمة مطلقا لا تعرى عن معنى الافراز المتبة بخلاف التجارة فكيف تلحق احدهما بالاخرى والحق عندي ان معنى كلام المصنف ههنا هو انهم لو تراضوا عليها جاز لان الحق لهولاء دون غيرهم وعدم الجبر على قسمة مختلف الاجناس لخوف ان يبقى حق احدهم على الاخر لتعذر المبادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد واذا تراضوا على ذلك فقد اسقط كل واحد منهم حقه الباقي على الاخر فصحت القسمة بلا ريب انظر الى هذا المعنى لتوجيه الواضح هل يشبه بما ذكره ذلك الشارح **قوله** معناه باجر على التقاسمين لان النفع لهم على الخصوص اقول لان النفع لهم على الخصوص ينافي بحسب الظاهر قوله فيما مر انفا ولان منفعة نصيب القاسم تعم العامة فيكون كفاية في مالهم عزما بالضم فتامل في التوفيق **قوله** ويجب ان يكون عدلا ماموناعالما بالقسمة قال تاج الشريعة ذكر الامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها لجواز ان يكون غير ظاهر الامانة انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية ثم صاحب العناية ورد هذا التوجيه بعض العلما في حاشيته فان صاحب الوقاية لما اكتفى بقوله ويجب كونه عدلا عالما بها قال ذلك البعض لم يقل عدلا ماموناعالما بها كما وقع في الهداية لان الامانة من لوازم العدالة وقال والتوجيه بجواز ان يكون غير ظاهر الامانة كما وقع في الكفاية ليس بتام لان ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لا يخفى اقول المذكور في الهداية نفس العدالة لا ظهورها فاستلزام ظهورها ظهور الامانة لا يقتضي استدراك ذكر الامانة الا ان يراد بها ظهورها فان قلت فلم لا يجوز ان يراد بالعدالة ظهورها كما اريد في الامانة حتى يستغنى بذكر العدالة عن ذكر الامانة بالكلية قلت ارادة ظهور العدالة من لفظ العدالة خلاف الظاهر لا تفهم من لفظها وحده بدون القرينة واما ارادة ظهور الامانة من لفظ الامانة الواقعة في الكتاب فبقرينة تقدم ذكر العدالة المستلزمة لنفس الامانة نعم لو قال في الكتاب ابتداء ظاهر العدالة بدل قوله عدلا لحصل الغنى عن ذكر الامانة لكن مراد هولاء الشراح توجيه العبارة الواقعة في الكتاب لا نفي محال افادة المعنى المقصود ههنا بعبارة اخرى اخصر مما وقع في الكتاب **قوله** وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث او الوصي المقر بالدين فانه تقبل البينة عليه مع اقراره قال بعض الفضلاء وانت خبير بان لا اولوية لاحد الورثة بان يكون مدعيا وللاخر كونه مدعى عليه وكلاهما مجهول بخلاف المقيس عليه لتعين المدعي والمدعى عليه هناك وجوابه ظاهر فان القاضي اذا قال لا اقسم حتى يقيموا البينة على الموت وعدد الورثة تم يجعلون احدهم مدعيا لتحصيل مقصودهم الى هنا كلامه اقول لا استشكال له شيء ولا جواب اما اولا فلان للقاضي ولاية التعيين في امثال هذا المقام تحصيلا لمقصودهم فتحصيل الحالة بتعيينه وعن هذا قال في الذخيرة في بيان هذه المسئلة فالقاضي يسمع البينة ويقسم الدار ويجعل احد الحاضرين مدعيا والاخر مدعى عليه على ان لكل واحد من الورثة الحاضرين صلوحا لان يكون مدعيا في حق دعوى نفسه على الاخر ومدعا عليه في دعوى الاخر حقه فكل منهم يصير مدعيا ومدعى عليه من حيثيتين مختلفتين ونظير ذلك اكثر من ان يحصى في مسائل الفقه فلا يتوهم الجهالة حينئذ اصلا واما الثاني فلان مقتضاه ان يتوقف استماع القاضي البينة وقسمة الدار بينهم على جعلهم احدهم بينة على التعيين مدعيا ولم يسمع ذلك من احد ولم ير في شيء من الكتب فانهم ان لم يعلموا معنى المدعي والمدعى عليه اصلا فضلا عن ان يعلموا مثل هذه الدقيقة المعتبرة في هذه المسئلة من انتصاب الورثة خصما عن المورث يقسم القاضي الدار بينهم بالاجماع بعد ان اقاموا البينة على موت المورث وعدد الورثة كما هو المفهوم من كتب الفقه باسرها **قوله** وفي الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما واراد القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان تكون لغيرهما قال في العناية اعاد

قال وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسم بينهم لانه يتم القسمة قضاء على الغير لانهم ما اقروا بالملك لغيرهم قال ثم هذا اذا كان في يد واحد وفي الجامع الصغير لو عاد احدهم
واقاما البينة انها في ايديهما واراد القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان يكون لغيرهما ثم من هو قول الى صنعة خاصة وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ
العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيام الملك فامتنع الجواز قال واذا حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم وهم وارث غائب تسمعها القاضي للغائب من غير نصب وكيل
نصف نصيب الغائب كذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان يد نظر المتعاقدين الصغير لا بد من اقامة البينة في هذه الصورة عند ابي حنيفة خلافا لهما كما ذكرناه من قبل ولو كانوا
مشتريين لم يقسم حتى يقيما احدهم والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب على مورثه وعليه بالعيب فيما اشتراه المورث او باعه ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب احدهما
خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصار القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين اما ملك النائب بالشراء ملك مبتدأ ولهذا يرد بالعيب على بائعه باعه فلا يصلح احدهما خصما عن الغائب
وفي الفرق وان كان العقار في يد الوارث الغائب اقتسم منه ولم يقسم ولكن اذا كان بين الصغير وان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يد هما من غير خصم حاضر عنهم
وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما اطلق في الكتاب قال وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام
البينة لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح خصما عن نفسه ومقابلا عن غيره اذا كان الحاضر صغيرا وكبيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وهم اذا اقمت
البينة ولو اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها فطلبا القسمة واقاما البينة على الميراث والوصية يقسم بقسمة الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كما لو حضر بنفسه
بعد البلوغ يقيمه مقامه **فصل** فيما يقسم وما لا يقسم قال اذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لازم فيما يحتاج عند طلب احدهم على ما بينا من قبل
وان كان ينتفع احدهم ويستضر به الآخر لقلة نصيبه قال طلب صاحب الكثير قسم ان طلب صاحب القليل لم يقسم لان الاول متضرر به فاعتد بطلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتد بذكره
يحصاص على قلب هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والآخر يسعى في نفع نفسه وذكر الحاكم الشهيد في مختصره ان من طلب القسمة يقسم القاضي والوجه ما ذكرنا والاصح الذي يؤيد في
الكتاب قول الاول وان كان كل واحد يستضر بصنيعه لم يقسمها الا برضاهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا التوفيق وجبر بعضهم لان الحق قد عاد عائدا في بشأنهما اما القاضي فيعتبر المنافع

لفظ الجامع الصغير لانه يفيد انه لا يقسم حتى يقيما البينة على الملك لاحتمال ان يكون ما في ايديهما ملكا لغيرهما فانهما لما لم يذكرا السبب احتمل ان يكون ميراثا فيكون ملكا للغير وان
يكون مشتريا فيكون لهما لان الاصل ان يكون الاملاك في يد مالكها فلا يقسم احتياطا انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان قوله لان الاصل ان يكون الاملاك في يد مالكها
مفيد هنا بل هو محل المقام لان ذلك الاصل اعني كون الاملاك في يد مالكها يرجح كون ما في ايديهما ملكا فينبغي ان يقسم بدون اقامة البينة مع ان جواب مسئلة الجامع الصغير ان لا يقسم بدونها كما ترى لعل
ان يتمسك بتلك المقدمة في تعليل مسئلة الجامع الصغير وانما يحتاج اليها في بيان وجه رواية كتاب القسمة كما مرت من قبل واعترض بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فانهما لما لم يذكرا السبب احتمل ان يكون
ميراثا الى آخره حيث قال فيه بحث بل المحتمل هنا ان لا يكون ملكا لهما لا ارثا ولا شراء كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين فان في الاولى ادعوا الملك انتهى اقول يمكن دفع
ذلك بانه ان اراد ان المحتمل هنا ان لا يكون ملكا لهما اصلا لا غير فهو ممنوع قوله كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له غير تام فان عدم التعرض الشيء لا ينافي احتماله في الواقع وانما ينافي تقريره وتعيينه كيف
ولو لم يكن للملك لهما احتمال اصلا لما جاز اتباع البينة له وان اراد ان ذلك ايضا محتمل هنا فهو مسلم لكن لا يضر ذلك لصحة التعليل الذي ذكره صاحب العناية لان مجرد احتمال
ان يكون ميراثا وان يكون مشتريا في ان لا يقسم بدون البينة احتياط ثم ان هذا كله على تقدير استدراك قول صاحب العناية لان الاصل ان يكون
الاملاك في يد مالكها لا خلاله بالفرق بين الروايتين كما بينها عليه آنفا واما على تقدير اعتباره في تعليل رواية الجامع الصغير كما فعله صاحب العناية فيسقط
جدا ما ذكره ذلك القائل من احتمال ان لا يكون ملكا لهما اصلا لدلالة ثبوت ايديهما على ان ما فيها ملك لهما ويكون سبب عدم تعرضهما لكونه ملكا لهما هو
الاعتماد على دلالة ذلك عليه فتدبر **قوله** وقيل قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك
فامتنع الجواز يعني ان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتمليك المنفعة وقسمة بحق اليد لاجل الحفظ والصيانة والثاني في العقار غير محتاج اليه فيتعين قسمة
الملك وقسمة الملك يقتضي الى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز كذا في العناية اقول لقائل ان هذا التقرير يقتضي ان لا تجوز
القسمة بدون البينة على قول الكل فيما اذا ادعوا الشراء ايضا في العقار مع انه قد سبق انه تجوز القسمة فيه بدون البينة بالاتفاق ويقتضي ايضا ان
لا تجوز القسمة بدون البينة عند ابي يوسف ومحمد ايضا فيما ادعوا الارث في العقار مع انه قد سبق ايضا انهما يقولان بجوازها فيه بمجرد اعترافهم ثم اقول يجوز
ان لا يكون مراد المص بقوله ولا ملك ما حمل عليه صاحب العناية من انه لا ملك بدون البينة لانتقاضه بصورة ادعائهم الشراء على قول الكل وبصورة
ادعائهم الارث ايضا على قولهما كما نبهت عليه آنفا بل يحتمل ان يكون مراده بذلك انه لا ملك له في دعواهما اي لم يدعيا الملك ولم يتعرضا له اصلا
في رواية الجامع الصغير بل انما ادعيا انهما في ايديهما واقاما البينة عليه بخلاف ما مر من رواية كتاب القسمة فانهم ادعوا مناك صريح الملك فافترقتا
فحينئذ يندفع الانتقاض بالصورتين المذكورتين لانهم ادعوا فيهما سبب الملك من الارث او الشراء ويؤيد هذا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال قيل
انما اختلفت الجواب لاختلاف الوضع فموضوع كتاب القسمة فيما اذا ادعيا الملك ابتداء وموضوع جامع الصغير فيما ادعيا اليد ابتداء
بيانه ما ادعى الملك ابتداء واليد ثابت لمن في يده شيء يقبل قوله انه ملكه ما لم ينازعه غيره اذ الاصل ان الاملاك في يد الملاك فيعتبر هذا الظاهر وان احتمل ان يكون ملكا للغير لانه احتمال بلا دليل
فيقسم بينهما بناء على الظاهر اما اذا ادعيا اليد واعرضا عن ذكر الملك مع حاجتهما الى بيانه لانهما طلبا القسمة من القاضي والقسمة بالعقار لا تكون الا بالملك فلما سكتوا عنه دل على ان
الملك ليس لهما فتأكد ذلك الاحتمال السابق فلا يقبل قولهما بعد ذلك الا بالاقامة البينة ليزول هذا الاحتمال وهذا معنى قوله لاحتمال ان يكون

قال ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضها في بعض لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي ويقسم كل موزون ومكيل كثيرا وقليلا والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة ولا يتحد يدا والمتماثل الابل بانفرادها او البقر او الغنم ولا يقسم شاة وبعيرا ودونا وحمارا ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة ويقسم الثياب المروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الفراز وهي لا تتحقق الا بالقطع ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا خلافا في ثلثة اثواب فاجعل ثوب ثوبين او ثوب وربع ثوب بثوب ثلثة ارباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز وقال ابو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما فلا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المصر وذلك ان التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد تجد في المغانم لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها ودفعها متعلق بالعين والمالية جميعا فافترقا فاما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلي والياقوت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر اخص من جهالة الرقيق الا ترى انه لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع عليها لا تصح التسمية وتصير ذلك على عبد فلو ان لا يجبر على القسمة قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا ان يراضي الشركاء وذكر الحاكم بين الدارين لانه يشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي ما بينا قال اذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدة في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الاصلح قسمة بعضها في بعض قسم وما وعلى هذا الخلاف الارحية المتفرقة المشتركة قسم ايها احتيج واحدها وصورته نظرا الى اصل السكنى اجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد وجوه السكنى فيفوض الترجيح الى القاضي ولهما ان الاجناس الاصلية وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب في المسجد فالكلام اختلافا فاحشا ولا يمكن التعديل في القسمة فلهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار كذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان قسمة كل بيت على حدة ضرر فاقتسمت الدار قسمة واحدة قال رضي الله عنه تقييد الوضع في الكتاب بالدارين اذا كانتا في مصرين لا يجوز القسمة عندهما وصورته على هذا وعن محمد انه يقسم احداهما في الاخرى والبيوت في محله او محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها يسير والمنازل المتلاصقة كالبيوت للمتانة كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من اهل ما دخل تحت كل واحد

لغيرنا الى بيتنا كلامه فتبصر قوله لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يديهما من غير خصم حاضر عنهما يعني ان في هذه القسمة قضاء على الغائب او الصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده من غير خصم حاضر عنهما كذا التقرير في الكافي والمبسوط اقول في هذا التعليل شيء وهو انه انما يتم اذا كان العقار كله في يد الغائب او الصغير او كان شيء منه زائدا قدره على حصة الغائب او الصغير من الميراث في يد احدهما واما فيما اذا كان في يد احدهما من العقار شيء يساوي قدر حصته ذلك من الميراث او يقصر اقل منها فلا يتمشى ذلك التعليل اذ لا يلزم فيه القضاء على الغائب او الصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده بل يلزم ابقاء ما كان في يده على يده وفي صورة التساوي وزيادة شيء عليه فما في يد الحاضرين في صورة النقصان ويحتمل ان يكون هذا هو السر في عدم وقوع ذكر او شيء منه في وضع المسئلة في مختصر القدوري فان هذا التقييد وضعه من زيادة صاحب الهداية كما نص عليه في غاية البيان

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

لما تنوعت مسائل القسمة الى ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيانهما في فصل على حدة قوله والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول لان رضى صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وانما الملزم طلب الانصاف من القاضي وايصاله الى شفعة ملكه وذلك لا يوجد عند طلب القليل كذا في العناية ومعراج الدراية وهو المذكور في الذخيرة وزاد عليه في النهاية والكفاية ان يقال الا يرى ان كل واحد منهما اذا كان لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلبا جميعا القسمة لم يقسمها القاضي بينهما فكذلك اذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة انتهى اقول هذه الزيادة تخالف ما سيأتي في الكتاب بقوله وان كان كل واحد منهما يستضر بها ولم يقسمها الا بتراضيهما فانه يدل على ان القاضي يقسمها عند تراضي الشريكين وطلبهما القسمة وقد صرح به المص هناك حيث قال ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما ما اعرف بشأنهما اما القاضي يعتمد الظاهر انتهى ثم انك لو تأملت حق التأمل وجدت نوعا من التدافع بين اصل ما ذكره في وجه اصحية المذكور في الكتاب اولا وبين ذاك التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لان الحق لهما الى قوله اما القاضي يعتمد الظاهر فتأمل قوله ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا بتراضي الشركاء قال صاحب العناية والاصل في هذا ان الجبر في القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بان يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبئر والرحى ضرر لهما او لاحدهما فلا يقسم الا بالتراضي انتهى اقول تقرير الاصل بهذا الوجه ليس بسديد اذ قد تقرر فيما مر انه اذا كان احد الشركاء ينتفع بنصيبه والآخر يستضر بنصيبه بقلته فان القاضي يقسم بطلب صاحب الكثير فقط على القول الاصح المذكور في الكتاب وبطلب صاحب القليل فقط على ما ذكره الخصاف وبطلب كل واحد منهما على ما ذكره الحاكم الشهيد وعلى كل واحد من الاقوال الثلثة المذكورة ينتقض ذلك التقرير بتلك المسئلة كما لا يخفى على ذي مسكة فالصواب الموافق لقول المصنف في التعليل لانه يشتمل على الضرر في الطرفين الى آخره ان يقتصر في بيان اصل هذه المسائل على لزوم الضرر لكل واحد من الشركاء ويجعل ذلك مدار العدم الجبر في القسمة قوله وان كانت دار صغيرة او دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس قال المص جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان او يبنى خرجة الرواية هنا لك على شبهة المجانسة ويشكل التوجيه الثاني صاحب الكافي حيث قال وقيل هما مختلفان جنسا رواية واحدة والفتاوى شبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهو السكنى كذا ذكره في الهداية وهو مشكل لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون الثابتة عنها وقد قال شمس الائمة الحلواني اما ان يكون في المسئلة روايتان او يكون من مشكلات هذا الكتاب الا هنا كلام صاحب الكافي واوضح اشكاله صاحب العناية ثم اجاب عنه حيث قال واستشكل كلامه

قال وان كانت دار وضيعة او دار وحانوت قاسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس قال رضي الله عنه جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر في المختصر وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا تجوز وهذا يدل على انهما جنسان واحد يجعل في المسئلة روايتان وتبنى حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة **فصل في كيفية القسمة** قال وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدل به بين يدي سهام القسمة ويؤدي بمراده اي يقطعه بالقسمة من غير رد ويذرعه ليعرف قدره ويرسم الدار الجامعة الاخرى ويذكر كل نصيب في الباقي نظير قيمته وذرعه حتى لا يكون نصيب جنس نصيب الجنس تعلق تنقطع الدار عند ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم يلقي نصيبا بالاول والثاني على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج سهمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى اقل الانصباء حتى اذا كان لاقل الانصباء ثلاثة اجعلها اسداسا ليكون القسمة وقد شرحناه مشبعا في كفاية المنتهى وفيق الله تعالى قوله في الكتاب ثم يلقي كل نصيب على حدة بيان الاولى ان لا يلقي ادم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله انشاء الله تعالى والقرعة لتطييب القلوب واراحة تهمة الميل حتى لو تيقن كل منهم نصيبا من غير قرعة جاز لانه في معنى القضاء فملك الالزام **قال** ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل في القسمة لان احدهما يميل الى عين العقار ودراهم الاخر في ذمته ولعلها لا تسلم له واذا كان ارض وبناء لغيره فانه يقسم كذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن ابي حنيفة رح انه يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل في الحقيقة ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الاخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخر لا لانه له في المال ثم ملك تسمية الصداق في ضرورة التزويج وعن محمد رح انه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة واذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بان لا يبقى العرصة بقيمة البناء وحينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بقدر ما يندفع به الضرورة الاصل

بذا لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وبالجنس يحرم النساء هنديا كما يقدم وفي ذلك شبهة الربوا فاذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبار الشبهة الشبهة والمعتبر الشبهة دون النازل عنها وقد قال شمس الائمة الحلواني اما ان يكون في المسئلة روايتان او يكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن ان يقال لا اشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة انتهى كلامه اقول في الجواب خلل اذ لو كان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة نفس المجانسة لما تم التوجيه بين مسئلتنا ومسئلة اجارات الاصل بقوله او تبنى حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة اذ يصير مدار مسئلة اجارات الاصل بقوله او تبنى حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة اذ يصير مدار مسئلة اجارات الاصل حينئذ على اتحاد الدار والحانوت في الجنس ومدار مسئلتنا على اختلافهما في الجنس قطعا فتناقضان والمصنف قصد التوفيق بذلك فنشأ منه الاستشكال المذكور ثم ان قوله لانه قال جنس واحد فكيف يكون بشبهة المجانسة ليس بسديد اذ لم يقع التشبيه في اجارات الاصل بان قال جنس واحد ولو وقع كان المراد بجنس واحد على طريق التشبيه البليغ عرف ادات التشبيه على ما عرف فلا ينافي القول بشبهة المجانسة كما لا يخفى قال بعض الفضلاء في تفسير معنى قول صاحب العناية لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها يعني انهما متحدان الجنس نظرا الى اصل السكنى فتبنى حرمة الربوا عليه ومختلفة نظرا الى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فليتامل انتهى اقول ليس ذلك مستقيم لان المعنى الذي ذكره مع كونه غير مستفاد من عبارة صاحب العناية اصلا لا يصح ان يراد ههنا اما اولا فلانه لا يدفع الاشكال المذكور اذ حاصله ان اتحادهما في الجنس غير مقرر بل هناك شبهة الاتحاد والاختلاف في الجنس من جهتين فكان في الجنسية شبهة فيؤول بناء حرمة الربوا على ذلك الى اعتبار شبهة الشبهة كما عرفت فيما مر واما ثانيا فلان ما ذكره من اتحاد الجنس نظرا الى اصل السكنى واختلافه نظرا الى اختلاف المقاصد متحقق في الدور المشتركة في مصر واحد ايضا فبناء على ذلك خالف ابا حنيفة رحمه الله صاحباه هناك فقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها القاضي كما مر في الكتاب فلو كان المدار في مسئلتنا ما ذكر لما وافق الامامان ابا حنيفة ههنا في وجوب قسمة كل واحد على حدة والفاقهم في هذه المسئلة مع كونه منبئا من عدم بيان الخلاف فيها في الكتاب منصوص عليه في البدائع حيث قال اما دار وضيعة او دار وحانوت فلا يجمع بالاجماع بل يقسم كل واحد على حدة لاختلاف الجنس انتهى

فصل في كيفية القسمة لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيان كيفية القسمة فيما يقسم لان الكيفية صفة فيتبع جواز اصل القسمة الذي هو الموصوف **قوله** والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل قال الشارح هذا جواب الاستحسان والقياس يابانا لان استعمال القرعة تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وهو في معنى القمار والقمار حرام ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين العتق او المطلقة ولكنا تركنا القياس ههنا بالسنة والتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وليس هذا في معنى القمار لان اصل الاستحقاق في القمار يتعلق بما يستعمل فيه وفيما نحن فيه لا يتعلق اصل الاستحقاق بخروج القرعة لان القاسم لو قال انا عدلت في القسمة فخذ انت هذا الجانب وانت ذاك الجانب كان مستقيما الا انه راعاهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز الا يرى ان يونس عليه السلام في مثل هذا استعمل القرعة مع اصحاب السفينة كما قال الله تعالى فساهم فكان من المدحضين وذلك لانه علم انه هو المقصود ولكن لو القى نفسه في الماء بالنسب الى ما لا يليق بالانبياء وكذا الكبائر لا يستعمل القرعة مع الاخبار في ضم مريم الى نفسه مع علمه بكونه

قال فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الآخر او طريق لم يشترط في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرقه او يسيل في نصيب الآخر لانه
امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وان لم يمكن صحت القسمة لان القسمة محتملة لبقاء الاختلاط فتستأنف بخلاف البيع حيث لا تفسد هذه الصورة لان المقصود منه ملك
العين والبيع يتم مع تعذر الانتفاع في الحال اما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق وذكر المعقوق في الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والقسمة وتمام الافراز
بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد امكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا كان فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق
والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره ولا وفي الوجه الثاني يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل
عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فيما عداه لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود
الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في دفع الطريق يلزم القسمة ان كان يستقيم لكل واحد طريق بتخريج في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق رفع
لجماعتهم لتحقق الافراز بالكلية دونه وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بينهم لجماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقدار ما جعل على عرض باب الدار وطريقه
لان بالمحاجة تندفع به والطريق على ما هم كما كان قبل القسمة لان القسمة فيما وراء الطريق لا فيه دونه شرطوا ان يكون الطريق بينهما اثلاثا جاز وان كان اصل الدار نصفين لان القسمة على التفاضل جائزة
بالتراضي قال واذا كان سفل لآخر عليه علو لا سفل له وسفل له علو لآخر قسم كل واحد منهما بقيمة ولا عبرة بغير ذلك قال رضي الله عنه هذا عند محمد رحمه الله وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله انه يقسم بالذرع

احق بها منهم لكون خالتها عندهم تطييبا لقلوبهم كما قال الله تعالى اذ يلقون اقلامهم ايهم يكفل مريم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرع
بين نسائه اذا اراد السفر تطييبا لقلوبهن انتهى كلامهم وعزى في النهاية ومعراج الدراية هذا التفصيل الى المبسوط اقول بين اول كلامهم هذا وآخره
تدافع لانهم صرحوا اولا بان مشروعية استعمال القرعة ههنا جواب الاستحسان والقياس يأبا ذلك لكونه في معنى القمار وقالوا آخرا ان هذا ليس
في معنى القمار وبينوا الفرق بينه وبين القمار وذكروا وردوا نظائره في الكتاب والسنة فقد دل ذلك على انه ليس مما يأباه القياس اصلا بل هو مما
يقتضيه القياس ايضا فتدافعا قوله واذا كان سفل لا علو عليه وعلو لا سفل له وسفل له علو لآخر الخ قال صاحب العناية صورة المسئلة ان يكون علو
مشتركا بين رجلين وسفله لآخر وسفل مشتركا بينهما وعلوه لآخر وبيت كامل مشتركا بينهما والكل في دار واحدة او في دارين لكن تراضيا على القسمة
وطلبا من القاضي القسمة وانما قيدنا بذلك لئلا يقال تقسيم العلو مع السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند ابي حنيفة رحمة الله عليه
انتهى وقد اخذ الشارح المزبور ذلك التقييد مما ذكر في النهاية ومعراج الدراية من السؤال والجواب بان يقال فان قيل كيف يقسم العلو مع
السفل قسمة واحدة عند ابي حنيفة ومن مذهبه ان البيوت المتفرقة لا يقسم قسمة واحدة اذا لم يكن في دار واحدة قلنا موضوع المسئلة انهما كانا
في دار واحدة والبيتان في دار واحدة عند ابي حنيفة يقسم قسمة جمع ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما اذا تراضيا
على القسمة ولكن طلبوا من القاضي المعاونة فيما بينهم وعند ابي حنيفة يجوز القسمة على هذا الوجه حالة الرضى انتهى وقد ذكر هذا السؤال
والجواب في الذخيرة ايضا فهي المأخذ الاصلي اقول فيه اشكال من حيث الرواية والدراية اما الاول فلان ذلك التقييد مخالف لروايات
عامة الكتب منها ما ذكره المصنف في الفصل السابق حيث قال والبيوت في محلة او محال يقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها يسير انتهى ولا شك
ان المحلة فوق الدار واذا قسمت البيوت في محال متعددة قسمة فاسدة بالاجماع فلان قسمت في دور متعددة قسمة واحدة بالاجماع اولى كما لا يخفى
ومنها ما ذكره صاحب الكافي في الفصل السابق حيث قال ثم هي على ثلثة فصول عند ابي حنيفة الدور والبيوت والمنازل فالدور لا يقسم عنده
قسمة واحدة لا برضى الشركاء سواء كانت متباينة او متلازقة والبيوت يقسم قسمة واحدة سواء كانت متباينة او متلازقة لانها
لا تتفاوت في معنى السكنى ولهذا تؤجر باجرة واحدة في كل محلة والمنازل المتلازقة كالبيوت يقسم قسمة واحدة والمتباينة كالدور لا يقسم قسمة واحدة
لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالحقت المنازل بالبيوت اذا كانت متلازقة وبالدور اذا كانت متباينة وقالا في الفصول كلها ينظر الى
اعدل الوجوه فيمضي القسمة على ذلك انتهى وبكذا ذكر في الفصل السابق في عامة الشروح حتى قال في العناية هناك والبيوت يقسم مطلقا
لتقاربها في معنى السكنى ومنها ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال وان كان بين الرجلين بيتان له ان يجمع نصيب احدهما في بيت واحد
متصلين كانا او منفصلين ولو كان بينهما منزلان وان كانا منفصلين فيهما كالدارين لا يجمع نصيب احدهما في منزل واحد ولكنه يقسم كل منزلة قسمة
على حدة ولو كانا متصلين فيهما كالبيتين له ان يجمع نصيب احدهما في منزل واحد وهذا كله قول ابي حنيفة رحمة الله عليه وقال صاحباه الدار والبيت
سواء والرأي فيه للقاضي انتهى ومنها ما ذكره صاحب البدائع حيث قال واما البيتان فيقسمان قسمة جمع بالاجماع متصلين كانا او منفصلين الى غير ذلك
من المعتبرات ولا يخفى على ذي فطنة ان مدلول كل واحد منها ان يقسم البيتان او البيوت عنده قسمة واحدة على الاطلاق واما الثاني فلانه ان اريد
بالتراضي في قوله او في دارين لكن تراضيا على القسمة تراضيهما فيما بينهما على قسمة معينة لزم ان لا يستقيم بيان الخلاف في هذه المسئلة بين ائمتنا الثلثة

لهم ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئرا ماء او سردابا او اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة وما يقولان
ان القسمة بالذرع هي الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما امكن والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق ثم
اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع فقال ابو حنيفة رح ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف رح ذراع بذراع
قيل اجاب كل منهم على عادة اهل عصره او اهل بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو
اخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول ابي حنيفة رح ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى
بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو
السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضاء صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل

على الوجه المفصل في الكتاب حينئذ بالكلية فانه يجوز القسمة على وفق تراضيهما على شيء معين كيف ما كان بلا خلاف من احد الا يرى ان الدور مطلقا
لا تقسم قسمة واحدة عند ابي حنيفة وعند تراضي الشركاء فيما بينهم على تلك القسمة يقسم لها عنده ايضا كما صرحوا به قاطبة وان اريد بالتراضي المذكور
تراضيهما على مجرد القسمة بدون تعيين شيء كما هو الظاهر من عبارة النهاية ومعراج الدراية والذخيرة وهي قولهم ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما
اذا تراضيا على القسمة ولكن طلبوا من القاضي القسمة ولكن طلبوا من القاضي المعادلة فيما بينهم لم يفد التقييد بذلك شيئا لانهما انما تراضيا حينئذ على
القسمة المعادلة فان كان مذهب ابي حنيفة ان البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة فالظاهر ان وجه عدم امكان التعديل في قسمتها قسمة واحدة
كما قال في الدور فاذا لم يكن التعديل فيها فكيف يجوز بمجرد تراضيهما على القسمة مع طلب المعادلة فيها وبالجملة لا يرى معنى فقهي فارق بين صدور
التصريح بالتراضي على ذلك المعنى منهما وعدم صدوره فما معنى اختلاف جواب المسئلة في الصورتين فتامل **قوله** لمحمد ان السفل يصلح لما لا يصلح له
العلو من اتخاذه بئرا او سردابا او اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة اقول كان الظاهر في التعليل عن قبل محمد ان يزاد على قوله
ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو وان العلو يصلح تارة لما لا يصلح له السفل كدفع ضرر الندى في موضع يكثر استنشاق الهواء الملائم وغير ذلك
فان مجرد صلاحية السفل لما لا يصلح له العلو مطلقا كما هو مذهب ابي حنيفة فلا ينافي تقسيم ذراع من سفل بذراعين من علو بخلاف تفضيل السفل مرة
وتفضيل العلو اخرى فانه ينافي القسمة بالذرع اصلا ويقتضي المصير الى القسمة بالقيمة ليتحقق التعديل وعن هذا قال فيما سياتي ولمحمد ان المنفعة
تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وقال والفتوى اليوم على قول محمد **قوله** قيل اجاب كل واحد منهم
على عادة اهل عصره او بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى قال صاحب العناية
في شرح هذا المقام واختلف المشائخ بان معنى هذا الاختلاف اختلاف عادة اهل العصر والبلدان في تفضيل السفل على العلو او العكس من ذلك
او استوائهما او هو معنى فقهي فقال بعضهم اجاب كل منهم على عادة اهل عصره اجاب ابو حنيفة بناء على ما شاهد من اهل الكوفة في اختيار السفل على
العلو وابو يوسف بناء على ما شاهد من اهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد بناء على ما شاهد من اختلاف العادات في
البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو اخرى انتهى اقول في اوائل تحريره خلل حيث قال او العكس من ذلك ولا يخفى ان عكس تفضيل السفل
على العلو مطلقا انما هو تفضيل العلو على السفل مطلقا وهو ليس بمذهب احد في الاختلاف المذكور وانما المذهب فيه تفضيل السفل على العلو مطلقا
كما قال ابو حنيفة واستوائهما كما قال به ابو يوسف وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى كما قال به محمد وليس الثالث بعكس الاول كما لا يخفى وتبع
در صاحب الهداية في حسن تحريره واصابته حيث قال في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى فاصاب المحز في
افادة عين المذاهب الثلاثة الواقعة في الاختلاف المذكور كما ترى **قوله** وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير قال بعض
الفضلاء هذا مخالف لقوله والمدعى التسوية في السكنى لا في المرافق الا ان يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره ابو حنيفة وهو غير ظاهر انتهى اقول ليس
ذلك بسديد اما اولا فلان معنى قوله فيما مر والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق ان المراعى في نفس القسمة بالذرع التي هي الاصل التسوية في
السكنى لا في المرافق اذ الاتحاد في الجنس يحصل بالاتحاد في منفعة السكنى بدون الاحتياج الى الاتحاد في المرافق فيصار الى ما هو الاصل عند الاتحاد في
الجنس من قسمة العين دون القيمة ومراده هنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى في العلو السكنى لا غير بيان مراعاة منفعة غير السكنى ايضا

[illegible]

قال فاذا ادعى احدهم الغلط وزعم ان ما اصابه تداعى بدعاجه وقال احمد لم يقسم بالاستقراء ولو نصب على ما دلك لا يلتفت الى دعوى مسح القسمة بعد وقوعها
فيه بصدق الاخر فان لم يقسم لبينة استحلف الشركاء من كل منهم جزء بين نصيب الناكل والمدعى فيقسم بينهما على قدر انصبائهما لان النكول حجة في حقه خاصة فيما لزمه

في كيفية القسمة عند ابي حنيفة وهي ذراع من سفل بذراعين من علو ولا بعد في ان يراعى في كيفية القسمة بالذراع ما لا يراعى في نفس القسمة بالذراع فان نفس القسمة بالذراع قد تتحقق منفكة عن تلك الكيفية كما في قسمة البيت السفلي فقط او العلوي فقط فلا مخالفة بين الكلامين في المقامين كما لا يخفى واما ثانيا فلانه لا معنى لقوله الا ان يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره ابو حنيفة فان المذكور فيما مر بقوله والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق انما هو قول ابي حنيفة وابي يوسف والمذكور ههنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة السكنى الى آخره انما هو وجه قول ابي حنيفة وحده وما ذكره محمد بمعزل عن ذينك الوجهين معا فلا تاثير للفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره ابو حنيفة في دفع المخالفة بينهما كما ادعاها على ان قوله وهو غير ظاهر ليس بصحيح اذ لا شك في ظهور الفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره ابو حنيفة كما ترى **قوله** ولابي يوسف ان المقصود اصل السكنى اقول حق التحرير ان يقال ان اصل المقصود هو السكنى وبذا ظاهر لا يفطن المتدبر للمقام **قوله** والسفل المجرد ستة وثلثون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله قال بعض الفضلاء قوله والسفل المجرد الى آخره مستدرك لا حاجة اليه كما لا يخفى انتهى اقول دعوى استدراكه بالكلية خروج عن دائرة الانصاف فان قوله فيما قبل لان علوه مثل نصف سفله ليس ببيان كامل لقوله ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع وانما يكمل البيان بقوله والسفل المجرد اي سفل البيت الكامل ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله اي بمقابلة مثله من السفل المجرد الذي لا علو عليه اصلا نعم حق البيان ان يؤخر قوله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا على قوله فيجعل بمقابلة مثله تبعد تفهم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من العوارض التي عسى ان تقع وان لا تقع آخر ذكرهما قال صاحب العناية آخذا من غاية البيان والاصل في هذا الباب ان الاختلاف اما ان يكون في مقدار ما حصل بالقسمة او في امر بعد القسمة فان كان الاول تحالفا وانفسخ القسمة ان لم يكن دعواه متناقضا وان كان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين على من انكر واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فانهم اذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضي او بقضاء القاضي والغبن يسير لا تحالف فيه ولا بينة ولا يمين كما يجيء انتهى اقول ذلك مندفع فان الظاهر القسمة في الاصل المزبور هو الاختلاف الملتفت اليه المعتبر في الشرع وما ذكره ذلك المعترض من الصورتين وهما الاختلاف في التقويم فيما اذا كانت القسمة بالتراضي والاختلاف فيه فيما اذا كانت بقضاء القاضي ولكن الغبن يسير خارج عن المقسم المذكور لعدم الالتفات اليه في الشرع كما سيجيء فلا يرد به النقض على شيء من القسمين المذكورين في الاصل المزبور **قوله** فان لم تقم له بينة استحلف الشركاء لانهم لو اقروا لزمهم فاذا انكروا استحلفوا رجاء النكول كذا في الكافي وعامة الشروح واورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لو صح هذا لدل على وجوب تحليف المقر له اذا ادعى المقر انه كذب في اقراره مع انه لا تحليف عليه عند ابي حنيفة ومحمد انتهى اقول ليس ذاك بوارد اذ قد يقرر في كتاب الاقرار ان حكم الاقرار ظهور المقر به بلا تصديق من المقر له الا في نسب الولادة ونحوه ولكن يرد الاقرار برد المقر له الا بعد تصديقه فانه لا يرد حينئذ اصلا فاذا يقرر ذلك فادعى المقر انه كذب في اقراره ان كان بعده تصديق المقر له اياه في اقراره لا يدل ما ذكروا ههنا على وجوب تحليف المقر له هناك اذ لا يتمشى فيه ان يقال لو اقر المقر بكذب المقر في اقراره بعد تصديقه اياه في اقراره لزمه ذلك فان الاقرار لما لم يرد بعد تصديق المقر له لم يلزم المقر له ذلك بعد تصديقه اياه وان كان ذلك الاقرار قبل تصديق المقر له المقر في اقراره فلا يدل ما ذكروا ههنا ايضا على ذلك فانه تمشى فيه ان يقال لو اقر المقر له بكذب المقر له في اقراره لزمه ذلك ولكن لا يتمشى فيه ان يقال فاذا انكر استحلف كما قالوا فيما نحن فيه لانه اذا انكر ذلك كان مصدقا له في اقراره لان انكاره كذبه في اقراره يقتضي

قال رضي الله عنه ينبغي ان لا يقبل دعوى اصلا لتناقضه واليه اشار من بعد وان قال قد استوفيت حقي واخذت

بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر وان قال اصابني الى موضع كذا فلم يسلم الي ولم يشهد

على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار

نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن

ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل

تصديقه في اقراره فبعد ذلك لا يقبل الاقرار الرد فلا فائدة في استحلافه ولذلك لم يجب تحليف المقر له هناك عند ابي حنيفة ومحمد بخلاف ما نحن فيه تامل فيما قلنا فلعل فيه دقة ثم اقول لكن بقي فيما ذكروا شيء وهو ان قولهم لرجاء النكول في قولهم فاذا انكروا استحلفوا لرجاء النكول انما يرتبط بما قبله على قول من قال ان النكول اقرار واما على قول من قال انه بذل لا اقرار كما ذهب اليه ابو حنيفة على ما مر في كتاب الدعوى مفصلا فلا فانه اذا لم يكن اقرارا لا يلزم من لزوم اقرارهم لو اقروا وجوب استحلافهم اذا انكروا لرجاء النكول فلا يرتبط آخر كلامهم باوله كما لا يخفى على الفطن **قوله** قال رضي الله عنه ينبغي ان لا يقبل دعواه اصلا لتناقضه قال صدر الشريعة في شرح الوقاية بعد نقل هذا عن الهداية وفي المبسوط وفي فتاوى قاضيخان ما يؤيد هذا وقال وجه رواية المتن انه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفاء حقه ثم لما تامل حق التامل ظهر الغلط في فعله فلا يؤاخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة وفيه بحث فان مبنى هذا الاقرار ان كان مانعا عن صحة الدعوى لا يسمع البينة لامتناعه على صحة الدعوى وان لم يكن مانعا ينبغي ان يتحالفا اقول يمكن ان يقال انه ليس بمانع صحة الدعوى ولا ينبغي ان يتحالفا بناء على ما حققه صاحب الذخيرة حيث قال واما دعوى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة فنوعان نوع يوجب التحالف ونوع لا يوجب التحالف والذي يوجب التحالف ان يدعي احد المتقاسمين غلطا في مقدار الواجب بالقسمة على وجه لا يكون مدعيا الغصب بدعوى الغلط والذي لا يوجب التحالف ان يدعي الغلط في مقدار الواجب بالقسمة على وجه يكون مدعيا الغصب بدعوى الغلط وقال في النوع الاول وانما وجب التحالف لان القسمة في معنى البيع وفي البيع اذا وقع الاختلاف في مقدار المعقود عليه يتحالفان اذا كان قائما فكذا في القسمة وقال هذا اذا لم يسبق منهما اقرار باستيفاء الحق واما اذا سبق لا يسمع دعوى الغلط الا من حيث الغصب وقال في النوع الثاني اذ كان يجب التحالف باعتبار اختلافهما في مقدار الواجب بالقسمة كما في النوع الاول فباعتبار دعوى الغصب لا يجب التحالف كما في سائر المواضع والتحالف امر عرف بخلاف القياس فاذا وجب من وجه دون وجه لا يجب انتهى فتلخص منه وجه عدم وجوب التحالف فيما اذا اشهد على نفسه بالاستيفاء مع استماع دعواه كما وقع في متن الكتاب فحصل به الجواب عن بحث ذلك القائل قطعا بل حصل به الجواب عما قاله صاحب الهداية ايضا من غير حاجة الى التكلف الذي ذكره صدر الشريعة لان دعوى الغلط على وجه يتضمن دعوى الغصب بعد الاستيفاء كما هو النوع الثاني من النوعين المذكورين في الذخيرة لا يناقض الاقرار باستيفاء حق من قبل كما لا يخفى على المتامل **قوله** لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم اقول فيه بحث وهو ان ما يقدم في باب التحالف من كتاب الدعوى هو ان التحالف فيما اذا اختلف المتبايعان في البيع قبل القبض على وفاق القياس لان احد المتبايعين يدعي الزيادة والآخر ينكرها وان الآخر يدعي وجوب تسليم البدل بما قاله واحدهما ينكر فصار كل واحد منهما منكرا فيحلف واما بعد القبض فمخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعي شيئا حتى ينكره الآخر فيحلف عليه لكنا عرفنا التحالف فيه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا فاذا يقرر ذلك فيما نحن فيه احد الشريكين قابض لعينه فانه في يده ولا يدعي على الآخر شيئا وانما يدعي الآخر عليه بعض ما في يده وكان التحالف فيه مخالفا للقياس ولا مجال لاجراء النص المزبور ههنا لا بطريق

ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الآخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا وان اقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي لانه خارج وبينة الخارج ترجح على بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا في الحد وان اقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه لما بينا وان قامت لاحدهما بينة قضي له وان لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع **فصل**

قال واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند ابي حنيفة رح ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال ابو يوسف رح تفسخ القسمة قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب احدهما اما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلثة اوجه وكذا ذكر في كتاب محمد رح وذكر ابو سليمان عن ابي يوسف وابو حفص عن ابي حنيفة وهو الاصح لابي يوسف رح ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما القياس لان ذلك النص كان واردا في البيع على خلاف القياس وقد تقرر عندهم ان ما يرد على خلاف القياس يختص بمورده ولا طريق دلالة النص لان القسمة ليست في معنى البيع من كل وجه اذ فيها معنى الافراز والمبادلة معا كما مر في صدر كتاب القسمة والبيع مبادلة محضة ليس فيه معنى الافراز ولا بد في الالحاق بطريق الدلالة من الاولوية والتساوي على ما عرف في موضعه ولم يوجد شيء منهما هنا فليتامل في الدفع **قوله** ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الآخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا قال في العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها انتهى واستشكله بعض الفضلاء حيث قال فسخ القسمة ليس بظاهر فان المدعي يدعي معين وهو البيت فاذا اورد دعواه بالبينة يحكم بالبيت للمدعي انتهى اقول الظاهر ان المراد بفسخ القسمة في قوله لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فسخ القسمة المعاينة حال الخصومة الدالة في الظاهر على كون ذلك البيت في نصيب ذي اليد لا فسخ القسمة عن اصلها والاستيناف بقسمة اخرى حتى ينافي ما يجيء في الفصل الاول من انه اذا استحق بعض معين من نصيب احدهما لا يفسخ القسمة بالاجماع في الصحيح وتحقق فسخ القسمة بالمعنى الاول فيما نحن فيه اذ لو رد دعواه بالبينة ظاهر لا يخفى

فصل لما فرغ من بيان الغلط شرع في بيان الاستحقاق **قوله** قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار اي قال المصنف ذكر القدوري الاختلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف في استحقاق بعض معين من نصيب احدهما وهكذا ذكر الاختلاف في الاسرار قال صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه المسئلة مذكورة في الاسرار في الشائع وضعا وتعليلا من غير تجاسر وتكرارا بلفظ الشائع غير مرة انتهى اقول وتعدية الحوالة بكلمة الى في قول صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا ايضا والمطابق للغة تعديتها بكلمة على وقال صاحب العناية بعد نقل كلام صاحب النهاية بعين عبارته واقول وفي قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه ايضا نظر فان قول القدوري فاذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه وليس بنص في ذلك لجواز ان يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب احدهما لا ببعض فيكون تقرير كلامه واذا استحق بعض شائع في نصيب احدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف في الشائع لا في المعين انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان كلام القدوري ان لم يكن نصا فيما حمل عليه المص فهو ظاهر فيه بحيث لا يشتبه على احد من فحول العلماء الا ان قوله بعينه لو لم يكن متعلقا ببعض كان البعض المذكور في هاتيك المسئلة مبهما فلا يعلم ان المراد به البعض المعين او الشائع فيختل وضع المسئلة وايضا لو كان قوله بعينه متعلقا بقوله نصيب احدهما كان للجر والتاكيد بل صار بمنزلة اللغو في مثل هذا المقام واما اذا كان متعلقا ببعض يكون شيئا مفيدا للمراد مزيلا للابهام فاني هذا من ذلك على ان الاصل في امثال هذا التركيب تعلق المقيد بالمضاف دون المضاف اليه كما بين في محله فتبين ان كلام القدوري ظاهر فيما حمل عليه المصنف وقد تقرر في علم الاصول ان الظاهر يوجب الحكم قطعا كالنص على احد معنى القطعي وهو ما يقطع الاحتمال الناشي عن دليل الا ان التفاوت بينهما انما بين الظاهر والنص انما يظهر عند التعارض فيقدم النص على الظاهر عنده ولم يعارض الظاهر هنا نص فوجب الحكم بموجبه **قوله** لابي يوسف ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة قال صاحب العناية في تعليل هذه المقدمة اعني قوله والقسمة بدون رضاه باطلة لان

في القسمة بدون رضاه باطلة كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الوجوع بحصة في نصيب الآخر شائعا فيزداد المعين فكان معنى الافراز ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب احدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه الا بدليل بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على ان لاحدهما ما فيه من المقدم ولصاحبه ما فيه من المؤخر جاز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين اما هنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما انشاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وانشاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند ابي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن بقية نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن النصف نصيب صاحبه **قال** ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط رفعت القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابرأ الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت القسمة لان المانع قد زال

موضوع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي انتهى ويأخذ تعليله هذا ما نقله صاحب غاية البيان عن الامام علاء الدين الاسبيجابي حيث قال وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وضع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة والقسمة بالقيمة عند ابي حنيفة لا تصح الا عن تراض انتهى واورد بعض الفضلاء على قول صاحب العناية لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة حيث قال لا حاجة الى القول بوضع المسئلة في صورة التراضي فانها اذا كانت بقضاء القاضي تبطل اذا لم يرض الغائب على ما يجيء في شرح قوله ولو ابرأه الغرماء انتهى اقول ليس ذلك بصحيح اذ لا شك ان القسمة بين الورثة اذا كانت بقضاء القاضي لا تبطل بعدم رضى الغائب الا يرى الى ما مر في الكتاب في اوائل كتاب القسمة من قوله واذا حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين ونصب للغائب وكيلا يطلب نصيبه انتهى ولو بطلت القسمة بعدم رضى الغائب لما سلم للقاضي القسمة في تلك الصورة بمجرد طلب الحاضرين ثم ان قوله على ما يجيء في شرح قوله ولو ابرأه الغرماء ليس بحوالة راجحة اذ لا شك في شرح ذلك ما يوهم بطلانها سوى قول صاحب العناية بخلاف ما اذا ظهر وارث او الموصى له بالثلث او الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضي حقهما فان القسمة تنقض ان لم يرض الوارث والموصى له لان حقهما في عين التركة فلا ينتقل الى مال آخر الا برضاهما انتهى لكن المراد بانتقاض القسمة في صورة ظهور الوارث او الموصى له انتقاضها في قدر حقهما من عين التركة بالكلية بحيث يحتاج الى الاستيناف كما هو قول ابي يوسف فيما نحن فيه او المراد انتقاضها بالكلية ايضا لكن في صورة القسمة بالتراضي دون القسمة بقضاء القاضي اذ لا ينتقض القسمة بالكلية فيما اذا ظهر وارث او الموصى له اذا كانت القسمة بقضاء القاضي نص عليه في البدائع حيث قال يوجب نقض القسمة بعد وجود بالانواع منها ظهور دين على الميت اذا طلب الغرماء ديونهم ولا مال للميت سواه ولا قضاء الورثة من مال انفسهم ثم قال ومنها ظهور الوصية لان الموصى له شريك الورثة الا يرى انه لو هلك من التركة شيء قبل القسمة لهلك من الورثة والموصى له جميعا والباقي على الشركة بينهم ولو اقتسموا وثم وارث غائب فينقض فكذا اذا وقال وهذا اذا كانت القسمة بالتراضي فان كانت بقضاء القاضي لا تنقض لان الموصى له وان كان كواحد من الورثة لكن القاضي اذا قسم عند غيبة احد الورثة لا تنقض قسمته لان القسمة في هذا الموضع محل الاجتهاد وقضاء القاضي اذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض ثم قال ومنها ظهور الوارث فيما اقتسموا ثم ظهر ان ثمة وارث آخر نقضت قسمتهم ولو كانت القسمة بقضاء القاضي لا تنقض لما ذكرنا الى هنا لفظه ثم ان ذلك البعض اورد ايضا على قول صاحب العناية لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي حيث قال فيه بحث فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاضي ايضا بل اعتبارها فيها اولى هذا لو كان بالغين الفاحش في احد الطرفين يفسخ على ما مر في الدرس السابق انتهى اقول هذا ايضا ليس بصحيح لان القسمة بالقيمة لا تصح عند ابي حنيفة اصلا الا عن تراض هذا مع كونه مما نص عليه شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد بصدد بيان وضع هذه المسئلة كما ذكرنا من قبل ظاهر من اصل ابي حنيفة في كثير من المسائل المتقدمة في الكتاب فاعتبار القيمة في هذه المسئلة على قول ابي حنيفة وغيره كما يقتضيه تصويرها المذكور في عامة الكتب حتى في كتب محمد رحمة الله عليه يدل على ان وضعها فيما اذا تراضيا على القسمة لا فيما اذا كانت بقضاء القاضي فقوله فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاضي ايضا ان اراد به انها معتبرة عند ابي حنيفة في صورة القضاء ايضا فليس كذلك وان اراد به

ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة

الصورة ولو ادعى عينا باي سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون

المقسوم مشتركا فصل في المهاياة المهاياة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على

الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة

انها معتبرة في صورة القضاء ايضا عند غير ابي حنيفة فلا يجري شيئا فان عدم اعتبارها عند ابي حنيفة كاف في تمام ما قاله صاحب العناية وقوله بل اعتبارها فيها اكد ولهذا لو كان بالغبن الفاحش في احد الطرفين تفسخ على ما مر اكد في عدم الاصابة لان تحقق الغبن الفاحش لا ينحصر في ان يكون قيمة احد الطرفين اكثر من قيمة الآخر بل قد يتحقق الغبن بكون غبن احد الطرفين اكثر من غبن الآخر من جهة الوزن او الكيل او الذرع او العدد مما يليق بجنس المقسوم فابو حنيفة يعتبر في عين القسمة بالتفاوت في العين باحدى الجهات المذكورة دون التفاوت في القيمة وما مر في الفصل السابق من مسئلة فسخ القسمة بالغبن الفاحش لا يدل على كون الغبن من جهة القيمة البتة بل قد ذكر هناك في بعض الشروح للغبن مثال هو صريح في التفاوت في العين بان يقال ان لقيمهما مائة شاة فاصاب احدهما خمس وخمسون شاة واصاب الآخر خمس واربعون شاة فادعى صاحب الاول كل الغبن الى آخر المسئلة قوله ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا يناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة قال صاحب العناية ولقائل ان يقول ان لم تكن دعواه باطلة لعدم التناقض فليكن باطلة باعتبار انها اذا صحت كان له ان ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ما تم من جهته والجواب انه اذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك انتهى اقول في الجواب بحث لانه اذا ثبت الدين بالبينة فان لم تكن القسمة تامة من حيث اصل الاستحقاق فقد كانت تامة من جهته حيث رضي بها اولا فلزم السعي في نقض ما تم من جهته ومدار السؤال عليه فان السعي في نقض ما تم من جهته غير مقبول على قاعدة الشرع كما عرف في نظائره واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال انت خبير بان استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ما تم من جهته فكيف يسمع البينة والاولى ان يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز ان يظهر له مال آخر او يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتامل انتهى كلامه اقول وانت خبير بان كون استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس غير مفيد ههنا فان المجيب لا يقول ان هذه الدعوى غير صحيحة في ابتداء الامر ثم تبين صحتها بعد اقامة البينة بل يقول انها صحيحة في الابتداء بناء على عدم تقرر تمام القسمة بل احتمال ثبوت الدين بالبينة فمال جوابه منع استلزامها ذلك كما اشار اليه بقوله فلا يلزم ذلك فالقاطع لعرق ذلك الجواب ما ذكرناه من ان لزوم السعي في نقض ما تم من جهته امر مقرر لامر وله بثبوت الدين بالبينة وانما الذي يلزم تمام القسمة من حيث اصل الاستحقاق وذلك لا يدفع للسؤال المزبور ثم ان قول ذلك البعض والاولى ان يجاب بمنع استلزامها لجواز ان يظهر له مال آخر او يؤديه سائر الورثة من مالهم فمما لا ينبغي ان يتفوه به العاقل فضلا عن مثل ذلك لان الكلام فيما اذا لم يظهر له مال اخر ولم يؤده سائر الورثة اذ الحكم فيما اذا بقي من التركة بعد القسمة ما بقي بالدين او اداه الورثة من مالهم قد مر في المسئلة المتقدمة مفصلا

فصل في المهاياة لما فرغ من بيان احكام قسمة الاعيان شرع في بيان احكام قسمة الاعراض التي هي المنافع وآخرها عن قسمة الاعيان لكون الاعيان اصلا والمنافع فرعا عليها ثم ان المهاياة في اللغة مفاعلة مشتقة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمنهي للشيء وابدال الهمزة الثانية فيها والتهائؤ والتفاعل منها وهو ان يتواضعوا على امر فيتراضوا به وحقيقته ان كلا منهم يرضى بحالة واحدة ويختارها يقال هايا فلان فلانا وتهايا القوم وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع كذا في الشروح قوله المهاياة جائزة استحسانا للحاجة اليه قال الشراح والقياس يابى جوازها لانها مبادلة

لان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لانه ابلغ ولا يبطل التهايؤ بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستانفه الحاكم ولا فائدة في النقض ثم الاستيناف ولو تهايئا في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة او هذا علوها وهذا سفلها جاز لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهاياة والتهايؤ وفي هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التناقيت

المنفعة بجنسها اذ كل واحد من الشريكين ينتفع في نوبته بملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته اقول فيه شيء وهو ان ما ذكره في وجه ابطال القياس جواز بانما يتم في صورة التهايؤ من حيث الزمان بان ينتفع احدهما بعين واحدة وينتفع الآخر به مدة اخرى لا في صورة التهايؤ من حيث المكان كما اذا تهايئا في دار على ان يسكن احدهما ناحية منها والآخر ناحية اخرى منها فان التهايؤ في هذه الصورة افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التناقيت سيجيء في الكتاب عن قريب والظاهر من تقريرات هم كون جواز التهايؤ على الاطلاق امرا استحسانيا مخالفا للقياس وما ذكروا من بيانه لا يفي بذلك كما ترى قوله لان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب اقول في كلية هذا التعليل نظر اذ قد صرحوا بان التهايؤ قد يكون من حيث الزمان وقد يكون من حيث المكان وسياتي ذلك في الكتاب ايضا والجمع على التعاقب انما هو في التهايؤ من حيث الزمان واما في التهايؤ من حيث المكان فيتحقق جمع المنافع في زمان واحد كما سيحققه نعم ان القسمة في الاعيان اقوى بلا ريب من مطلق التهايؤ التي هو قسمة المنافع لحصول التملك في الاولى من حيث الذات والمنفعة وفي الثاني من حيث المنفعة فحسب قوله والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التناقيت هذا ايضاح انه افراز لانه لو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالاجارة حينئذ فيشترط التناقيت كذا في الشروح اقول لقائل ان يقول ان اريد انه لو كان مبادلة من كل وجه كان ملحقا بالاجارة فيشترط فيه التناقيت كما يشترط في الاجارة فهو مسلم لكن لا يلزم من عدم كونه مبادلة من كل وجه كونه افرازا من كل وجه حتى يثبت كونه افرازا لجميع الانصباء لجواز ان يكون افرازا من وجه ومبادلة من وجه بان يكون افرازا لنصيب كل واحد منهما من النفقة في الناحية التي يسكن هو فيها ومبادلة لنصيبه منها في الناحية الاخرى بنصيب الآخر في الناحية التي يسكن هو فيها كما قالوا في قسمة الاعيان على ما مر في صدر كتاب القسمة انها لا تعرى عن المبادلة والافراز لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو ياخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة ولو بوجه كان ملحقا بالاجارة فيشترط فيه التناقيت كما يشترط في الاجارة فهو ممنوع لان الاجارة مبادلة المنفعة بالعوض من كل وجه فلا يلزم من اشتراط التناقيت فيها اشتراطه فيما هو افراز من وجه ومبادلة من وجه قال صاحب العناية في تعليل قول المص والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء فان القاضي يجمع جميع منافع احدهما في بيت واحد بعد ان كانت شائعة في البيتين وكذلك في حق الآخر انتهى وقد سبقه الى هذا التوجيه تاج الشريعة في شرح هذا المقام اقول فيه نظر لان جمع المنافع الشائعة في البيتين في بيت واحد محال لعدم جواز انتقال العرض من محل الى محل آخر كما يقرر في محله فكيف يتمكن القاضي من جمعها فان قلت ليس المراد ان القاضي يجمعها حقيقة حتى يتوجه ما ذكر بل المراد ان القاضي يعتبر جمعها كلا يكون ذلك التهايؤ مبادلة فيشترط فيه التناقيت كما اشار اليه المصنف بقوله ولهذا لا يشترط فيه التناقيت قلت اشتراط التناقيت فيه ليس باصعب من اعتبار المحال متحققا حتى يرتكب الباقي لاجل دفع الاول وايضا اعتبار المحال متحققا ليس باولى واسهل من عدم اعتبار شرط الاجارة ههنا للضرورة حتى يرتكب الاول دون الثاني وترك كثير مما يعتبر في الشرع لاجل الضرورة شائع في قواعد الشرع الا يرى الى ما ذكروا فيما مر انفا من ان القياس يابى جواز التهايؤ لانه مبادلة المنفعة بجنسها وهي لا تجوز عندنا على ما يقرر في كتاب الاجارات لكنا تركنا القياس فيه لضرورة حاجة الناس اليه على ان لزوم اشتراط التناقيت فيه على تقدير

ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه وتهايأ في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد تكون
في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا ولو اختلفا في التهايؤ حيث الزمان والمكان محل اجتهادهما يأمر القاضي بان يتفقا لان التهايؤ في المكان اعدل وفي الزمان اكمل فلما اختلفت
الجهة لا بد من الاتفاق فان اختارا من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة ولو تهايأ في العبد على ان يخدم هذا العبد ولا آخر اجاز عندهما لان القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما
جبرا من القاضي وبالتراضي فكذا المهاياة وقيل عند ابي حنيفة رح لا يقسم القاضي وكذا لا يرى عنده لانه لا يجري فيه الجبر عنده وعند ابي يوسف يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع من حيث الحرمة
قلما تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم ولو تهايأ معهما على ان نفقة كل عبد على من يأخذه لا جاز استحسانا للمسامحة
في اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لانه لا يسامح فيها ولو تهايأ في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا اجاز ويجبر القاضي عليه اما عندهما فظاهر لان الدارين
عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز التهايؤ فيهما اصلا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة قيمتهما
لان بيع بعض احدهما ببعض الآخر جائز وجه الظاهر ان التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا اما لكثرة التفاوت في اعيانهما
فاعتبر مبادلة وفي الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان وله ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم
بين حاذق ولفرق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته
والدابة تحملها واما التهايؤ في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز

عدم اعتبار جميع الانصباء في بيت واحد ممنوع لانه انما يلزم ذلك ان لو كان التهايؤ في الوجه المذكور مبادلة من كل وجه واما اذا كان افرازا من وجه
ومبادلة من وجه فلا يلزم ذلك لان اشتراط التقابض فيما هو مبادلة من كل وجه كما قرناه من قبل **قوله** ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط
ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه قال تاج الشريعة فان قلت المانع في العارية يحدث على ملك المستعير ومع هذا لا يملك الاجارة قلت
لجواز ان يسترد المعير قبل مضي المدة فلا فائدة انتهى اقول جواز الاسترداد قبل مضي المدة ههنا ايضا متحقق اذ قد مر في الكتاب انه لو وقعت المهاياة
فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لكون القسمة ابلغ فمع احتمال ان يطلب الآخر القسمة وتبطل المهاياة قبل مضي المدة كيف يملك
كل واحد منهما ان يستغل ما اصابه بالمهاياة بناء على حدوث المنافع على ملكه ولا فائدة في الاستغلال على تقدير طلب الآخر القسمة قبل مضي المدة كما في
صورة الاستعارة **قوله** ولو تهايأ في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد
تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا قال صاحب العناية ولم يذكر ان هذا افراز او مبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما انتهى
اقول ليس هذا بسديد لانه ان اراد انه علم من عطفه على صورة الافراز انه ايضا افراز بناء على ان المعطوف في حكم المعطوف عليه فليس بصحيح لان مجرد
العطف لا يقتضي اشتراك المعطوفين في جميع الاحكام الا يرى ان كثيرا من مسائل الفقه المتباينة الاحكام يعطف بعضها على بعض على ان التهايؤ في
العبد الواحد وفي البيت الصغير تهايؤ من حيث الزمان ولا مجال في مثل ذلك لان يكون افرازا كما يفهم من دلالة المسائل الآتية بيانا من الفرق بين
التهايؤ على الاستغلال في دار واحدة والتهايؤ على الاستغلال في الدارين وان اراد انه قد علم من عطفه على صورة الافراز انه ليس بافراز بناء على لزوم التفاوت
بين المعطوف والمعطوف عليه فليس بصحيح ايضا اذ يكفي في العطف المغايرة بينهما بحسب الذات ولا يلزم فيه المغايرة بينهما في جميع الاوصاف والاحكام
حتى يتم ما ذكره وبالجملة لا دلالة للعطف ههنا على كون المذكور بطريق العطف من قبيل الافراز او المبادلة فالتشبث بحديث العطف ههنا مما لا معنى له اصلا
كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية فان كان المهاياة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي تعتبر افرازا من وجه
مبادلة من وجه حتى لا ينفرد احدهما بهذه المهاياة واذا طلبها احدهما ولم يطلب الآخر قسمة الاصل اجبر عليها وقيل يعتبر افرازا من وجه عارية من وجه لانها لو كانت مبادلة
لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وانه يحرم ربوا النساء والاول اصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا العوض ربوا النساء
ثابت عند احد وصفي العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره انتهى اقول هذا الذي ذكره ماخوذ
من الذخيرة والمبسوط وقد ذكر في النهاية ومعراج الدراية ايضا بنوع تفصيل ولكن فيه بحث وهو انه قدم في كتاب الاجارات ان اجارة المنافع
بجنسها كاجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب غير صحيحة عندنا وقالوا في تعليل ذلك ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار
كبيع النقد بالنقد بالنسيئة قال المصنف هناك واليه اشار محمد رحمة الله عليه فلو كان ربوا النساء عند وجود احد وصفي العلة وهي القدر مع الجنس
مختصا بمورد النص وهو البيع غير متعد الى غيره لما تم استدلال اصحابنا في الاجارات على عدم صحة اجارة المنافع بجنسها بربوا النساء فعلم لنا فيه دليل
اخر على عدم صحة ذلك لما مر ايضا في الكتاب هناك لكن الكلام في الدليل الاول الذي ارتضاه فحول الفقهاء فاطلبه حتى اشار اليه محمد رحمة الله عليه

وجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوانات لتوالي اسباب التغير عليها فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة احدهما عليها في نوبة الآخر فيشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز ايضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في الدارين بمعنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر فوضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى ان يمتنع الجواز

وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وان كانت في الجنس المختلف في الدور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا تجوز بدون رضاهما لان المهايأة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا قسمة المنافع انتهى اقول وهذا ايضا ماخوذ من الكتب المذكورة ولكنه محل بحث ايضا اما اولا فلانه قد ذكر في الكتاب من قبل ان التهايؤ من حيث المكان افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التناقيت ولا يخفى ان التهايؤ في الجنس المختلف انما يتصور بان ينتفع احد الورثة باحد الاجناس والآخر بالآخر كما في الدور والعبيد فيصير من قبيل التهايؤ من حيث المكان فكيف يتم القول بان المهاياة ان كانت في الجنس المختلف تعتبر مبادلة واما ثانيا فلانه لو اعتبرت المهاياة في الجنس المختلف مبادلة من كل وجه لكانت المهاياة في الدور كاجارة السكنى بالسكنى وفي العبيد كاجارة الخدمة بالخدمة ومثل ذلك لا يجوز عندنا كما تقرر في الاجارات اللهم الا ان يكون مجموع قوله كالدور والعبيد مثالا واحدا فالمراد مثل ان يتهايئا على ان يسكن احدهما الدور ويستخدم الآخر العبيد لكنه بعيد جدا اسيما مقابلة قوله من قبل كما في الثياب والاراضي واما ثالثا فلان قوله وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه ممنوع اذ قد تقرر في صدر كتاب القسمة ان قسمة الاعيان مطلقا لا تعرى عن معنى الافراز ومعنى المبادلة الا ان معنى الافراز هو الظاهر في ذوات الامثال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال الا ان ذلك الغير ان كان من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء وان كان اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد اللهم الا ان يقال المراد بما ذكر ههنا ان قسمة الاعيان في الجنس المختلف اعتبرت مبادلة من كل وجه لا انه مبادلة من كل وجه في الحقيقة فلا ينافي ما تقرر في صدر الكتاب لكن فيه ما فيه فتامل **قوله** وجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء فالاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي اسباب التغير عليه فتفوت المعادلة قال في العناية لان الاستغلال انما يكون بالاستعمال والظاهر ان عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول لان القوى الجسمانية متناهية انتهى اقول لقائل ان يقول مقتضى هذا الوجه ان لا يجوز التهايؤ في العبد الواحد على نفس المنافع كما لا يجوز على الاستغلال اذ الظاهر ان منافعه التي هي اعمال لا يكون في الزمان الثاني كما كانت في الاول لتناهي القوى الجسمانية فتفوت المعادلة مع ان التهايؤ في العبد الواحد على منافعه جائز بالاتفاق كالتهايؤ على منفعة البيت الصغير كما مر من قبل في الكتاب ثم اقول يمكن ان يجاب عنه بان التهايؤ في العبد على الخدمة انما جوز ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لانها اعيان باقية ترد القسمة عليها فافترقا ويجيء في الكتاب غير هذا الفرق بين المنفعة والغلة فيقتصر

قوله ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى ان يمتنع الجواز وعورض بان معنى الافراز والتمييز راجح في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها فيه صاحبه فكان كالمهاياة في الخدمة واجيب بان التفاوت يمنع عن رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح ان التنافع من حيث الخدمة قلما يتفاوت كذا في العناية اقول في الجواب نظر اذ قد مر في بيان فوت المعادلة في التهايؤ في العبد الواحد على الاستغلال ان الاستغلال انما يكون على حسب الاستعمال فلما قل التفاوت في المنافع من حيث الخدمة لزمه ان يقل التفاوت في الغلة ايضا بالضرورة فلم يظهر وجه المخالفة بين المسئلتين ولعل هذا هو السر في ان جماعة من الشراح

والتهايؤ في الخدمة يجوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا ولان الظاهر تفاوتها في الخدمة ولا استقصاء في الاستغلال فلا يتفاسان ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب ولو كان نخل او شجر او غنم بين اثنين فتهايئا على ان يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب البانها لا يجوز لان التهايؤ في المنافع ضرورة انما لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه اعيان باقية يرد عليها القسمة عند حضورها والحيلة ان يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن بمقدار معلوم استئجارا لنصيب صاحبه اذ قوم المشاع جائز والله اعلم بالصواب

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة رح المزارعة بالثلث والربع باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة وقالا جائزة لما روي ان النبي عليه السلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فتمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه

ذكروا مضمون المعارضة المزبورة بطريق بيان الفرق بين المسئلتين عن قبل الامامين وعزوه الى المبسوط ولم يتعرضوا للجواب عنه اصلا تدبر قوله والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا هذا جواب عن قولهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع وبيان الضرورة ما يذكره بعد هذا ان المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها قال صاحب العناية ولقائل ان يقول علل التهايؤ في المنافع من قبل بقوله لان المنافع من حيث الخدمة قلما يتفاوت وعلله ههنا بضرورة تعذر القسمة وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان المذكور من قبل تتمة هذا التعليل لان علة الجواز بعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا لان كل واحد منهما علة مستقلة الى هنا كلامه اقول لا لسؤال شيء ولا لجواب اما الاول فلان الباطل انما هو توارد العلتين المستقلتين على الواحد بالشخص على طريق الاجتماع لا توارد هما عليه على سبيل البدل كما تقرر في موضعه واللازم فيما نحن فيه هو الثاني دون الاول اذ لا يخفى ان المقصود من ايراد العلل المتعددة في امثال هذا المقام هو التنبيه على ان كل واحدة منها تصلح الافادة المدعى بالاستقلال بدلا عن الاخرى وفائدة ذلك بيان طرق مختلفة موصولة الى المطلوب ليسلك الطالب اي طريق شاء واما الثاني فلان الظاهر من تعليل المص باحدى العلتين المذكورتين في كل من الموضعين المتفرقين ان يكون كل واحدة منهما علة مستقلة والا يلزم ان لا يفيد شيء منهما المدعى في مقامه ضرورة عدم حصول المطلوب بجزء العلة على ان استقلال كل واحدة منهما في الافادة بين اما قلة التفاوت فلان التعليل في حكم العدم في عامة احكام الشرع واما ضرورة تعذر القسمة فلان الضرورات تبيح المحظورات على ما عرف وليت شعري ماذا يصنع الشارح المزبور في قول المصنف فيما بعد ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة الى آخره وقد اعترف بانه وجه آخر لابطال القياس وكذا في نظائر ذلك من الادلة المتعددة المذكورة في كثير من المسائل فهل يجعل كل واحد منها جزء العلة لا علة مستقلة

كتاب المزارعة

لما كان الخارج من الارض في عقد المزارعة من انواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة عقيب القسمة كذا في الشروح قوله قال ابو حنيفة المزارعة بالثلث والربع باطلة قال في العناية انما قيد بالثلث والربع ليتبين محل النزاع لانه لو لم يعين اصلا او عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع انتهى اقول يرد على ظاهره ان المزارعة بالنصف وبالخمس وبغيرهما من الكسور محل النزاع ايضا فكيف يتبين بالتقييد بالثلث والربع محل النزاع فالوجه ما ذكر في سائر الشروح من انه انما قيد بالثلث والربع مع انه لا يجوز المزارعة في جميع الصور عنده تبركا بلفظ الحديث فانه جاء في الحديث انه عليه السلام نهى عن المخابرة فقيل ما المخابرة قال المزارعة بالثلث وبالربع وانما خص في الحديث بذلك لمكان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير انتهى والذي يمكن في توجيه ما في العناية ان المقصود بقوله انما قيد بالثلث والربع مقابلة التقييد بالاطلاق لا مقابلة التقييد والتقييد يعني انه قيد بالثلث والربع ولم يطلق بالقيد عن الكلية لانه قيد بهذا القيد المخصوص وهو الثلث والربع ولم يقيد بقيد آخر كالنصف وغيره لكن فيه ما فيه كما ترى قوله ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة قال تاج الشريعة قلت الربح في المضاربة يحصل بمال من احد الجانبين وعمل من الجانب الآخر فتعقد شركة بينهما في الربح وههنا كذلك انتهى اقول لم يجز في المضاربة ان يكون المال والعمل من احد الجانبين ولهذا قالوا هناك وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد وههنا جاز لما سيأتي في الكتاب انه اذا كانت الارض لواحد

لا اثر هناك للعمل في تحصيلها فلم يتحقق شركة وله ما روى انه عليه السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكربها ولم يخرج شيء فله اجر مثله لانه في معنى اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله فعليه اجر مثل الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللآخر الاجر كما فصلنا الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط احدها كون الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل دونه والثاني ان يكون رب الارض والمزارع من اهل العقد وهو لا يختص به لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض او منافع العامل والمدة هي المعيار لها لتعاقبها والرابع بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود عليه وهو منافع الارض او منافع العامل والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد ان يكون معلوما وما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد والسادس ان يخلي رب الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الارض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه يعقد شركة في الاثمار فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد والثامن بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوما

والعمل والبقر والبذر لو احد جازت المزارعة ولا شك ان البذر مال بل البقر ايضا مال وقد اجتمع العمل في احد الجانبين فكيف يتم اعتبار المزارعة مطلقا بالمضارة قال **قوله** لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها قال صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل لانه اتى الزوائد على تاويل الزائد انتهى قوله هذا تعسف قبيح لا يقبله ذو فطرة سليمة عند سماع ان يحمل الضمير في قوله لانه على الشان كما لا يخفى **قوله** ومعاملة النبي عليه السلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز قال بعض الفضلاء هذا مخالف لما سلف في باب العشر والخراج ان ارض العرب كلها ارض عشر فان خيبر من ارض العرب ممنوع كيف وقد يقرر في الباب المذكور ايضا ان ارض العرب لا يقر اهلها عليها على الكفر فان مشركي العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف وقد اقر النبي عليه السلام اهل خيبر على ارضهم على الكفر وذكروا واحد ارض العرب طولا وعرضا في الباب المذكور فمن ايقن ذلك في موضعه لعله يحكم بان خيبر ليست من ارض العرب **قوله** والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه قيل قوله لانه نماء ملكه منقوض عن غصب بذر فزرعه فان الزرع له وان كان نماء ملك صاحب اليد واجيب بان الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان اضافة الحادث الى عمله اولى والمزارع عامل بامر غيره فجعل العمل مضافا الى الامر كذا في العناية وغيرها اقول النقض غير وارد اصلا والجواب غير دافع لما ذكرنا اما الاول فلان الزرع في الصورة المذكورة ليس نماء ملك صاحب البذر وانما هو نماء ملك الغاصب اذ قد مر في فصل ما يتغير بعمل الغاصب من كتاب الغصب انه اذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها عندنا ومثل ذلك باشياء منها ما اذا غصب حنطة فزرعها فقد تبين منه ان البذر بالغصب والزرع يصير لملك الغاصب فيكون الزرع نماء ملكه واما الثاني فلان محل النقض انما هو قوله لانه نماء ملكه وما ذكر في الجواب لا يفيد الفرق بين الغاصب والمزارع من جهة مورد النقض وانما يفيد الفرق بينهما من جهة كون احدهما عاملا لنفسه باختياره والآخر عاملا بامر غيره والكلام في الاول دون الثاني فلا يتم التقريب **قوله** الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع اقول لقائل ان يقول نعم ان القياس يترك بالتعامل ولكن النص لا يترك بذلك لان التعامل اجماع عملي والاجماع لا يتضح به الكتاب ولا السنة على ما عرف في علم الاصول فبقي تمسك ابي حنيفة رحمه الله بالسنة وهي ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن المخابرة وهي المزارعة سالما عما يدفعه فما وجه الفتوى على قولهما ويمكن ان يقال لهما ان يدفعا ذلك بحمل المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم على ما اذا شرطا في عقد المزارعة شرطا مفسدا اذ قد روي انهم كانوا يشترطون فيه شيئا معلوما من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما وقد اشار اليه صاحب الكافي حيث قال فان قيل التعامل على خلاف النص باطل قلنا النصوص الواردة في المجتهدات مسنور النصوص والا لا يحل لاحد الخلاف فيها او يحملها على ما اذا شرطا شرطا مفسدا فقد روي انهم كانوا يشترطون فيها شيئا معلوما من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما الى هنا كلامه **قوله** والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد ان يكون معلوما اقول لقائل ان يشكك ان بيان نصيب كل من المتعاقدين مما لا بد منه في عقد المزارعة فعد بيان نصيب من لا بذر من قبله من الشرائط دون بيان نصيب الآخر مما لا يجدي كثيرا تامل **قوله** والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه يعقد شركة في الاثمار فما يقطع الشركة كان مفسدا للعقد قال كثير من الشراح لانه اذا شرط ما يقطع الشركة في الخارج بقي اجارة مختصة والقياس يأبى جواز الاجارة المختصة باجر معدوم انتهى اقول فيه شيء وهو ان القياس

قال وهي عندهما على اربعة اوجه ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط بابرة الخياط وان كان الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لانه استيجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استاجرها بدراهم معلومة وان كانت الارض

كما يابى قياس الاجارة المحضة باجر معدوم يابى جوازها باجر موجود ارضا اذ قد يقرر في كتاب الاجارة ان القياس يابى جواز الاجارة مطلقا لكون المعقود عليه اللذي هو المنفعة غير موجودة في الحال لكنا جوزناها استحسانا لحاجة الناس اليها فكيف يتم الاستدلال بمجرد ان يابى القياس جوازها على فساد المزارعة على تقدير بقائها اجارة محضة فالاظهر ان يقال بدل قولهم والقياس يابى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم فالاجارة المحضة باجر معدوم فاسدة قطعا ثم اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان مراد المصنف ههنا غير ما ذكره هولاء الشراح فانهم عللوا كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد بانه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضة والقياس يابى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم والمصنف فرع كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد على ما قبله حيث قال فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد فقد جعل علة ذلك ما قبله وهو مضمون قوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء فمراده ان عقد المزارعة شركة في الانتهاء وان كان اجارة في الابتداء فكذا معنى الشركة معتبر في انعقاد المزارعة فما يقطع هذه الشركة ينفي المعنى المعتبر في انعقادها فيفسد عقد المزارعة لا محالة **قوله** وهي عندهما على اربعة اوجه واعلم ان مسائل المزارعة في الجواز والفساد مبنية على اصل وهي ان المزارعة ينعقد اجارة وتتم شركة وانعقادها اجارة انما هو على منفعة الارض او على منفعة العامل دون منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر لانها استيجار ببعض الخارج وهو لا يجوز قياسا لكنا جوزناه في الارض والعامل لورود الشرع به فيهما اما في الارض فاثر عبد الله بن عمر رضي الله عنه وتعامل الناس وما في العامل ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع اهل خيبر والتعامل لم يرد الشرع به في البذر والبقر فاخذنا فيهما بالقياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استيجار الارض او العامل ببعض الخارج او كان المشروط على احدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استيجار الارض والعامل ببعض الخارج لكونه مورد الشرع وكل ما كان من صور عدم الجواز فهو من قبيل استيجار الآخرين او كان المشروط على احدهما شيئين غير متجانسين فلم يكن احدهما تابعا للآخر ولكن المنظور فيه هو استيجار غير الارض والعامل ببعض الخارج لعدم ورود الشرع في غيرهما وهذا هو الاصل الذي يدور عليه مسائل المزارعة كذا في الشروح واشار اليه في الذخيرة وجامع فخر الاسلام ثم ان صاحب العناية بعد ما ذكر الاصل المزبور قال فاذا عرف هذا فلنا عليه في تطبيق الوجوه على الاصل المذكور فاما الوجه الاول فهو ما كان المشروط على احدهما شيئين متجانسين فان الارض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور اليه الاستيجار بجعل كان العامل استاجر الارض او رب الارض استاجر العامل والوجه الثاني والثالث ما فيه استيجار الارض والعامل واما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل لان المشروط شيئان غير متجانسين فلا يمكن ان يكون احدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فان الاشراف والاصل يجوز ان يتبع الاخس والفرع الى هنا كلامه اقول فيه خلل لانه جوز في الوجه الاول ان يجعل العامل مستاجرا الارض وان يجعل رب الارض مستاجرا العامل ولا مجال فيه للاول بل لا بد ان يكون المستاجر فيه هو رب الارض لان البذر كان من قبله في هذا الوجه وقد يقرر فيما مر في الشرط الرابع من شروط صحة المزارعة عندهما ان البذر اذا كان من قبل رب الارض كان المعقود عليه منافع العامل فكان المستاجر هو رب الارض وانما يصح ان يكون العامل مستاجرا فيما اذا كان البذر من قبله اذ يكون المعقود عليه حينئذ منافع الارض وعن هذا قال المصنف في تعليل جواز المزارعة في الوجه الاول لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط بابرة الخياط فانه بمنزلة التصريح بان المستاجر في هذا الوجه هو رب الارض والعامل هو الاجير كالخياط

والبذر والبقر لواحد والعمل من آخر جازت لانه استاجره للعمل بالبذر للمستاجر فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طبيبا ليطبب مرضاه وان كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة في نفسها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية لقلب العمل كذلك بخلق الله تعالى انباتا فتعذر ان تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر وثانيهما ان يكون البذر والعمل واردا به الشرع والثاني ان يجمع بين البذر والبقر والله لا يجوز ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر وفي رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر قابضا له باتصاله بارضه **قال** ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة لما بينا وان يكون الخارج شائعا بينهما تحقيقا لمعنى الشركة فان شرط لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لان به تنقطع الشركة لان الارض مساها لا يخرج الا هذا القدر فصار كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرط ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين او في جميعه بان لم يخرج الا قدر البذر فصار كما اذا شرط رفع الخراج والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه لولاه آخر والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرط رفع العشر وقسمة الباقي بينهما والارض عشرية **قال** وكذلك ان شرطا على الماذيانات والسواقي معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما نزع موضع معين افضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة ولآخر ما يخرج من ناحية اخرى

قوله وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لانه استيجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استاجرها بدراهم معلومة اقول فيه نظر اذ لا نسلم انه استيجار الارض ببعض معلوم كما اذا استاجرها بدراهم معلومة فان استيجار الارض ببعض من الخارج استيجار ببعض مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد كما مر في دليل ابي حنيفة على عدم جواز المزارعة كيف ولو كان ذلك استيجارا ببعض معلوم لكانت المزارعة جائزة على مقتضى القياس ايضا لكونها استيجارا ببعض الخارج وهو لا يجوز لكنا جوزناها فيما اذا كانت استيجارا منفعة الارض او العامل استحسانا بالنص والتعامل ولم يجوزها فيما سوى ذلك عملا بالقياس لعدم ورود الشرع فيه فالحق في تعليل جواز هذا الوجه ان يقال لانه استيجار الارض ببعض الخارج وهو جائز بالنص وتعامل الامة **قوله** وعن ابي يوسف انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل قال صاحب العناية ووجه غير ظاهر الرواية ما قال لو شرط البذر والبقر عليه اي على رب الارض جاز فكذا اذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل اذا شرط البقر عليه والجواب ان البذر اذا اجتمع مع الارض للتجانس وضعف جهة البقر معها فكان استيجارا للعامل واما اذا اجتمع الارض والبقر فلم يستتبعه وكذا في الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استيجار الارض وغير الارض والعامل وغيره فكان باطلا اقول في هذا الجواب بحث اما اولا فلان البذر اذا اجتمع مع الارض تعين ان يكون رب الارض فيه مستاجرا والعامل اجيرا فلا يبقى لحديث استتباع الارض البذر محل لان المصير اليه للاحتراز عن لزوم استيجار البذر اصالة واذا تعين ان يكون هذه الصورة من قبيل استيجار العامل دون الجانب الآخر لم يبق احتمال لزوم استيجار البذر سواء استتبعه الارض ام لا فلم يكن للاستتباع تاثير في هذه الصورة قط واما ثانيا فلان قوله فكان في كل من الجانبين معارضة بين استيجار الارض وغير الارض والعامل وغيره يشعر بجوازه باعتبار استيجار كل من جانبي رب الارض والعامل في الصورة المذكورة وقد مر مرارا ان البذر يعين الجانب الذي وجد فيه لان يكون مستاجرا للآخر فالوجه في الجواز ان يقال اذا شرط البذر والبقر على رب الارض كان استيجارا للعامل لا لغيره اصلا فكان صحيحا قطعا واما اذا لم يشترط البذر عليه بل شرط عليه البقر وحده كان استيجارا للارض وغيرها الذي هو البقر وليس الثاني تابعا للاولى لعدم التجانس كما في وجه ظاهر الرواية وكان باطلا لعدم ورود الشرع باستيجار البقر اصالة ببعض من الخارج فتدبر **قوله** وههنا وجهان آخران لم يذكرهما الى آخره قال صاحب العناية وثمة وجه آخر لم يذكراه جميعا وهو ان يشترك اربعة على ان يكون البذر من واحد والعمل من آخر والبقر من آخر والارض من آخر اقول الظاهر ان الكلام في العقد الجاري بين الاثنين والا فثمة وجوه آخر لم يذكراها ولا احد غيرهما وهي ان يشترك ثلاثة على ان يكون البذر من احد والعمل من آخر والباقيان من آخر او على ان يكون البقر من واحد والارض من آخر والباقيان من آخر الى غير ذلك من الصور الممكنة بين الثلاثة وكان التعرض ههنا للوجه الذي ذكره صاحب العناية خروجا عن الصدد وعن هذا الذي عامة الشراح لم يتعرضوه اصلا والاولى ههنا ان يقال وثمة وجه آخر لم يذكراه جميعا وهو ان يكون البقر لاحدهما والنواقي الثلاثة للآخر كما اشار اليه صاحب النهاية عند بيان وجه ضبط الاوجه في صدر المسئلة وبيان انحصارها عقلا في سبعة وقال ان حكمه كحكم ان يكون البذر لاحدهما والباقي للآخر وهو الفساد وقال صاحب العناية متصلا بكلامه السابق قال محمد في كتاب الآثار اخبرنا عبد الرحمن الاوزاعي عن واصل بن ابي جميل عن مجاهد انه وقع في عهد

وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه عسى يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن وكذا اذا شرط التبن نصفين والحب لاحدهما بينه لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب
ولو شرط الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت لانه شرط لهما الشركة فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه نماء ملكه وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه و
قال مشايخنا رحمهم الله التبن هذا ايضا اعتبار العرف فيما لم ينص عليه للمتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل ولو شرط الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت لانه حكم
العقد وان شرط التبن للآخر فسدت لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط **قال** واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم يخرج
لم يرض شيئا من شيء للعامل لانه يستحقه بشركته ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بحال وما اذا فسدت لان اجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج **قال** و
اذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق الآخر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر **قال** ولو كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على
مقدار ما شرط له لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافع بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها
وقد مر في الاجارات وان كان من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج
فهو على الخلاف الذي ذكرناه ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لانه لم يدخل في الاجارة معنى واذا استحق رب الارض الخارج لبذره في المزارعة
الفاسدة طابت له جميعه لان النماء حصل في ارض مملوكة له وان استحقه العامل اخذ قدر بذره وقد زرع الارض وتصدق بالفضل لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع
الارض اوجب خبثا فيه فاصله له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به **قال** واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلزمه
فصار كما اذا استاجر اجيرا ليهدم داره وان امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالزوال بالعقد ضرر والعقد لم يبطل الاجارة الا اذا كان عذر يمنع الاجارة فيفسخ المزارعة

رسول الله صلى الله عليه وسلم فالغى رسول الله صاحب الارض ولم يجعل لصاحب الفدان اجرا مسمى وجعل لصاحب العمل دريهما كل يوم والحق الزرع كله لصاحب
البذر ثم قال ومعنى قوله الغى صاحب الارض لم يجعل له شيئا من الخارج لانه لا يستوجب اجر مثل الارض واعطى لصاحب العمل كل يوم دريهما لان ذلك
كان اجر مثل عمله ولم يذكر اجر الفدان لكونه معلوما من اجر العامل انتهى كلامه اقول توجيهه المروي عن النبي عليه الصلوة والسلام بما ذكره محل كلام اما
اولا فلان كون معنى قوله الغى صاحب الارض لم يجعل له شيئا من الخارج مما يأباه مقابلة قوله وجعل لصاحب الفدان اجرا مسمى وجعل لصاحب العمل دريهما
لكل يوم اذ لم يجعل لصاحب الفدان ولصاحب العمل ايضا شيئا من الخارج بل جعل لكل واحد منهما اجرا كما صرح به الراوي فكيف يحسن مقابلتها بالغاء
صاحب الارض بالمعنى الذي ذكره اللهم الا ان يقال ذلك المعنى وان كان مما لا يساعده ظاهر اللفظ لكن الضرورة اجرم بخصوص ما جعله لصاحب العمل
قوله وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه عسى يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن **اقول** في هذا التعليل قصور اذ على تقدير انعقاد الحب
ايضا يفسد الشرط المذكور عقد المزارعة لكونه مؤديا الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب والشركة فيما هو المقصود من لوازم صحة عقد المزارعة كما هو
الاصل المقرر المبني عليه المسائل الآتية كما ترى فالاولى في تعليل هذه المسئلة ان يقال لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب كما قاله
في تعليل المسئلة الآتية المتصلة بها وكان صاحب الكافي تنبه لما قلنا حيث ترك التعليل الذي ذكره صاحب الهداية هنا وجمع المسئلتين في تعليل واحد
فقال وكذا لو شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب او شرط التبن نصفين والحب لاحدهما بينه لانه يقطع الشركة في الحب وهو المقصود انتهى **قوله** واذا
صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل **اقول** عبارة الكتاب هنا قاصرة عن افادة تمام المراد
لان المزارعة الصحيحة كما يكون استيجارا للعامل وذلك فيما اذا كان البذر من جانب رب الارض كذلك يكون استيجارا للارض وذلك فيما اذا كان البذر
من جانب العامل وقوله وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل يفيد حكم الصورة الاولى دون الصورة الثانية بل يدل على ان الحكم في الثانية
على خلاف الحكم في الاولى بمقتضى قولهم ان تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه فكان الظاهر ان يقال وان لم يخرج الارض
شيئا فلا شيء لاحد من المتعاقدين لا يقال علل المصنف قوله وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل بقوله لانه يستحقه بشركته ولا شركة في غير الخارج
وان كانت اجارة فالاجر مسمى لا يستحق غيره ولما جرى هذا التعليل في صورة استيجار الارض ايضا فهم منه حكم هذه الصورة ايضا فاكتفى بذكره لانا
نقول عبارة المسئلة عبارة مختصر القدوري والمواخذة لقصورها في افادة تمام المراد انما ترد على القدوري فالتعليل الذي ذكره المصنف بعد مدة
طويلة كيف يدفع عنه التقصير السابق ولئن سلم ذلك فلا نسلم جريان التعليل المذكور وتمامه في صورة استيجار الارض الا يرى ان عامة الشراح
ذكروا ان قوله وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره يشكل بمن استاجر رجلا بعين فعمل الاجير وهلكت العين قبل التسليم فانه يجب على المستاجر
اجر المثل فليكن هذا مثله لان المزارعة صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم واجابوا عنه بان الاجر هنا هلك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر
الذي يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض الفرع وللاجرة العين اذا هلكت بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شيء آخر فكذا ههنا انتهى ولا يذهب
عليك ان هذا الجواب لا يتمشى في صورة استيجار الارض فان رب الارض لا يقبض البذر الذي يتفرع منه الخارج حتى يكون قبضه قبضا للفرع

قال ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب قيل هذا في الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى يرجو استرضاء العامل لانه غرمه في ذلك

قال ولو ماتت احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات فلو كان دفعها ثلث سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد حتى مات رب الارض وذلك الارض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس ولو مات رب الارض قبل المزارعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل مقابل ما عمل كما بينه ان شاء الله تعالى واذا فسخت المزارعة بدين قادح بحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار شيء لان المتاع انما يتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يبق شيء ولو نبت الزرع ولم يستحصد اتبع الارض الدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتاخير اهون من الابطال فيخرج القاضي من المبيع ان كان حبسه الدين لانه لما انعقد مع الارض لم يكن فيه ابطال الحبس حق الغرماء قال واذا انقضت المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع ان يرش نصيبه من الارض الى ان يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما معناه حتى يستحصد لان في بقية الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وذكر اختلافا واذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك ايضا العقد في مدته والعقد يستند في العمل الى العامل اما هنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يحقق العامل موجب العمل عليه فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه ولم يرفع القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه ولو اراد رب الارض ان يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لان فيه اضرارا بالمزارع ولو اراد المزارع ان يأخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع بما انفقه في حصته

قوله ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب لان المائي به تجرد المنفعة وهو لا يتقوم الا بالعقد والعقد قومه بخبر ومن الخارج وقد فات كذا في عامة الشروح وقال بعد ذلك في النهاية ومعراج الدراية ولان المزارع عامل لنفسه لانه استاجر الارض ليقيم العمل فيها لنفسه والعامل لنفسه لا يستوجب الاجر على غيره انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ قد مر مرارا وتقرر ان البذر اذا كان من قبل رب الارض تعين ان يكون المستاجر هو رب الارض والمفروض في مسئلتنا ان يكون البذر من قبل رب الارض فكيف يتم القول بان المزارع استاجر الارض ليقيم العمل فيها لنفسه قوله واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة هذا جواب القياس واما الاستحسان فيبقى عقد المزارعة الى ان يستحصد الزرع كذا في الشروح وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط والذخيرة وقال بعد ذلك في العناية واعلم انه اراد بقوله واذا مات احد المتعاقدين ما بعد الزرع لان الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما نبت الارض او لم ينبت ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان ولما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق اول المسئلة انتهى اقول فيه بحث لان ما ذكر في اول المسئلة انما هو جواب القياس كما صرح به قاطبة فيدخل فيه ما نبت الزرع عند موته وما لم ينبت ولا شك ان مراده بالجواب في قوله ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته انما هو جواب الاستحسان فكيف يتم قوله ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق اول المسئلة ولا ريب ان دخوله في جواب القياس لا يقتضي دخوله في جواب الاستحسان ايضا وعن هذا اختلف المشائخ فيه كما صرح به في الذخيرة حيث قال واذا مات رب الارض بعد المزارعة قبل النبات هل يبقى المزارعة ففيه اختلاف المشائخ انتهى قوله واذا فسخت المزارعة بدين قادح بحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة قال في النهاية ثم هل يحتاج في فسخ المزارعة الى قضاء القاضي او الى الرضى ذكر في الذخيرة فيه اختلاف الروايات فقال لا بد لصحة الفسخ من القضاء او الرضاء على رواية الزيادات لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى القضاء ولا الى الرضاء بعض مشائخنا المتاخرين اخذوا برواية الزيادات وبعضهم اخذوا برواية الاصل والجامع الصغير انتهى وقال في العناية والتشبيه بالاجارة يشير الى انه اختيار رواية الزيادات فانه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء او الرضاء لانها في معنى الاجارة على رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك انتهى اقول فيه نظر لان التشبيه بالاجارة انما يصلح للاشارة الى انه اختار رواية الزيادات ان لو كانت الرواية في الاجارة مقصورة على افتقار الفسخ فيها الى القضاء او الرضاء وكان المص قد اختار هناك صريحا رواية افتقار الفسخ الى احدهما ولم يكن شيء منهما فان المصنف قال هناك ثم قول القدوري فسخ القاضي اشارة الى انه يقتصر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه ذكر فالاجارة فيه ينتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي انتهى فتامل قوله وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء قال في النهاية الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل يتصور في صور ثلث ذكر في الكتاب الصورتين منها وهما ما اذا فسخ بعد ما كرب الارض وحفر الانهار وما اذا فسخ بعد نبات الزرع قبل ان يستحصد ولم يذكر ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا انه

لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخيرين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع
الضرر ولو ملت المزارع بعد نبات الزرع فقالت وتتمة نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فلهما ذلك لانه لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهما عملا لانا ابقينا
العقد نظرا لهم فان اراد واقلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا وللمالك على الخيارات الثلثة لما بينا **قال** كذلك اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص قال شرط
في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم ليس مختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد يتناهى بتناهي الزرع بحصول
المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجبر من نه عليهما واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل او النخل على العامل وعن ابي يوسف
انه يجوز اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ قال شمس الائمة السرخسي هذا هو الاصح في ديارنا فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل
وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباههما على ما بينا وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح
والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالجداد والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد وكشرط
الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو اراد اقصى القصيل او جد التمر بسرا والتقاط الرطب فذلك عليهما لانهما انما عقدا على القصيل والجداد بسرا خصا كما بعد الادراك والله اعلم

كتاب المساقاة

قال ابو حنيفة رحمه الله المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا

لم ينبت بعد حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض ذكر في الذخيرة ان فيه اختلاف المشايخ وكان الشيخ ابو بكر الغابي يقول له ذلك
لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين مال قائم لان التبذير استهلاك ولهذا قالوا ان لصاحب البذر فسخ المزارعة لانه يحتاج الى استهلاك ماله
من غير عوض يحصل له في الحال وحصوله في الثاني غير معلوم فكان هذا بمنزلة ما قبل التبذير وكان الشيخ ابو اسحق الحافظ يقول ليس له ذلك لان
التبذير استنماء وليس باستهلاك الا يرى ان الاب والوصي يملكان زراعة ارض الصبي وهما لا يملكان استهلاك مال الصبي واذا كان كذلك كان
للمزارع في الارض عين مال قائم انتهى وقال في العناية لم يذكر المص الصورة الثالثة وهي ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت حتى
لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض فيه اختلاف المشايخ قال بعضهم قال له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قائم
لان التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استنماء وليس باستهلاك ولهذا يملك الاب والوصي زراعة
الارض الصبي ولا يملكان استهلاك ماله وكان للمزارع في الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف ولم يذكره لان البذر ان كان لصاحب
الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية انتهى اقول ان قوله وان كان للعامل
فقد دخلت في الصورة الثانية كلام خال عن التحصيل لانه ان اراد بدخولها في الصورة الثانية دخولها في نفس الصورة الثانية فليس بصحيح جدا
اذ قد اعتبر في الصورة الثانية نبات الزرع وفي الصورة الثالثة عدم نباته فاني تتصور دخول احدهما في الاخرى وان اراد بذلك دخولها في
حكم الصورة الثانية فهو صحيح على قول بعض المشايخ لانه لا يصلح لان يكون وجها لعدم ذكر تلك الصورة بالكلية لان دخولها في حكم الصورة الثانية
على قول بعض المشايخ انما يعرف ببيان حكمها من قبل واذا لم يذكر تلك الصورة قط فمن اين يعلم ان حكمها كحكم الصورة الثانية كما قال به بعض
المشايخ او كحكم الصورة الاولى كما قال به بعضهم الاخر والاوجه عندي ان المصنف انما لم يذكر تلك الصورة تاسيا بالامام محمد رحمه الله فانه
لم يذكرها في كتابه كما بينه صاحب الذخيرة حيث قال وان كان المزارع قد زرع الارض الا لم ينبت بعد حتى لحق رب الارض دين فادح هل له
ان يبيع الارض لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسئلة في الكتاب وقد اختلف المشايخ فيها انتهى **قوله** لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان
ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتصور به غيره وههنا يتضرر رب الارض واستدفاع
الضرر ليس منحصرا فيما ذكر لم لا يجوز ان يكون بالمنع عن القلع لانتفاعه بنصيبه وباجر المثل فرد عليه بخلاف المزارع فانه يرد عن نفسه ما يجب عليه
من اجر المثل فربما يخاف ان يصيبه من الزرع ما لا يفي بذلك كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول ان رب الارض ايضا ليس متعنت
في طلب القلع بل هو يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من المنفعة على تقدير لا يفاء فربما يخاف ان يصيبه من الزرع ما لا يفي بنفقة حصته فليتامل

كتاب المساقاة

قال في غاية البيان كان من حق الوضع ان يقدم كتاب المساقاة على كتاب المزارعة لان المساقاة جائزة بلا خلاف ولهذا قدم الطحاوي
المساقاة على المزارعة في مختصره الا ان المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع في عامة البلاد وكان الحاجة اليها اكثر من المساقاة فقدمت على المساقاة

والمساقاة هي المعاملة في الاشجار والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رح المعاملة جائزة ولا يجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والعاملة اشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرط الشركة في الريع دون البذر بان شرط رفعه من رأس الخارج يفسد فجعلنا المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع الارض والقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لانها اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على اول ثمر يخرج لان الثمر لا يدرك كله وقت معلوم وقل ما يتفاوت ويدخل فيها ما هو المتيقن وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا فقلع ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها او اطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة

ولان المزارعة لما وقع فيها الخلاف بين الائمة كانت الحاجة الى علمها امس فقدمت ولان تفريعاتها اكثر من تفريعات المساقاة انتهى اقول في تقريره نوع خلل فانه قال في اوائل كلامه لان المساقاة جائزة بلا خلاف وذلك يقتضي عدم وقوع الخلاف اصلا في جواز المساقاة وليس كذلك قطعا لان ابا حنيفة لم يجوزها كما ذكر في نفس الكتاب حيث قال قال ابو حنيفة المساقاة يجزئ من الثمن بالحلة وكذا زفر لم يجوزها كما ذكر في عامة الشروح وقال جمهور الشراح كان من حق المساقاة ان يقدم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث في معاملة النبي عليه السلام باهل خيبر الا ان اعتراض موجبين صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة احدهما شدة الاحتياج الى معرفة احكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة اقول فيه ايضا شيء وهو ان قولهم ولورود الاحاديث في معاملة النبي عليه السلام باهل خيبر محل نظر فان الاحاديث كما وردت في حق المساقاة وردت في حق المزارعة ايضا من غير فصل سيما الاحاديث الواردة بطرق شتى في قصة اهل خيبر وعن هذا قال المصنف في اوائل كتاب المزارعة وهي يعني المزارعة فاسدة عند ابي حنيفة وقالا جائزة لما روي ان النبي عليه السلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع انتهى وكان كلامن فريقي الشراح اطلع على ما في كلام الآخر من الخلل حيث ترك ما اخل به الآخر كما ترى **قوله** والمساقاة هي المعاملة قال في العناية والمساقاة هي المعاملة بلغة اهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي فهو معاقدة دفع الاشجار والكروم على من يقوم باصلاحها على ان يكون له سهم معلوم من ثمرها انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال هي عبارة عن المعاملة بلغة اهل المدينة وفي الشرع عقد على دفع الشجر الى من يصلحه بجزء من ثمره وقال في الحاشية فمفهومها اللغوي اعم من الشرعي لا عينه كما توهمه صاحب العناية انتهى اقول ليس ذاك بوارد اذ الظاهر ان المراد بالمعاملة في قوله والمساقاة هي المعاملة بلغة اهل المدينة هو المعاملة المعهودة بين الناس المسماة بلغة اهل المدينة وهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على ان يكون له سهم معلوم من ثمرها وليس المراد بها مطلق المعاملة الشاملة لمثل البيع والاجارة وسائر العقود حتى يكون مفهومها اللغوي اعم من مفهومها الشرعي والا يلزم ان لا يصح قوله المساقاة هي المعاملة بلغة اهل المدينة اذ لا شك ان اهل المدينة لا يطلقون لفظ المساقاة على كل معاملة بل انما يطلقونه على معاملة مخصوصة معهودة بين الناس وقد اعترف ذلك المراد ايضا بان المساقاة عبارة عن المعاملة بلغة اهل المدينة فلا يتصور ان يكون مفهومها اللغوي اعم من الشرعي كما لا يخفى **قوله** والكلام فيها كالكلام في المزارعة قال في العناية يعني شرائطها في الشرائط التي ذكرت في المزارعة انتهى اقول في هذا التفسير خلل لان الشرائط التي ذكرت للمزارعة ليس كلها شرطا للمساقاة فان شرائط المساقاة اربعة كما نص عليه الامام قاضيخان في فتاواه وفي النهاية وغيرها ايضا وشرائط المزارعة ثمانية كما مر في الكتاب في اوائل المزارعة وكيف يتم القول بان شرائط المساقاة هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة وقد سبق صاحب الكفاية الى هذا التفسير الذي ذكره صاحب العناية ولكن قيده بما يصلحه في الجملة حيث قال اي وشرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة مما يصلح شرطا للمساقاة انتهى ثم اقول لعل مراد المصنف بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة ان الدليل على جوازها وعدم جوازها على القولين كما مر في المزارعة ويرشد اليه قوله وقال الشافعي المعاملة جائزة ولا يجوز المزارعة الا تبعا الى آخره فانه بيان قول ثالث فارق بين كون المزارعة اصلا وكونها تبعا فلو كان المراد بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة

لانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة ويشترط تسمية الجزء مشاعا لما بينا في المزارعة اذ شرط جزء معين يقطع الشركة وان سمى في المعاملة وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة
لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سمى مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت لانا لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان
تأخر فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين اختلاف في المدة المسماة فصار كما اذا اعتبر ذلك في الابتداء تحقيقا فما اذا لم يخرج اصلا كان الذهاب بالغة فلا يتبين فساد المدة
فبقي العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه **قال** تجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب واصول الباذنجان **قال** الشافعي وفي الجديد لا تجوز الا في الكرم والنخل لان جوازها
بالاثر وقد ورد في خيبر وكذا لان الجواز للحاجة وقد عمت في خيبر لاعتبارها لان اهلها يعلمون الاشجار والرطاب نعم ولكن كما زعم فالاصل في التصرف ان تكون معقولة سيما على اصله
وليس لصاحب الكرم ان يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد وكذا ليس للعامل ان يترك العمل بغير عذر لما في المزارعة بلا اضافة الى صاحب البذر على ما قدمناه **قال**
فان فعل فخلافه عن مساقاة والتقرير بالعمل جازوان كانت قد انتهت لم يجز وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز ولو استحصد وادرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل
ولا اثر للعمل بعد النضج والادراك فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة الى العمل **قال** واذا فسدت المساقاة فللعامل اجر مثله
لانه في معنى الاجارة الفاسدة وصارت كالمزارعة اذا فسدت **قال** وتبطل المساقاة بالموت لانها في معنى الاجارة وقد بقيناه فيها فان مات رب الارض والخارج لم يكن للعامل ان يقوم عليه كان
يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر ولو لزم العامل الضرر بتخيير ورثة الآخر بين ان يقسموا الثمر على
الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر بين ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ ثم يرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لانه لم يرض بالحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة ولو مات العامل
فلورثته ان يقوموا عليه وان كره رب الارض لان فيه النظر من الجانبين فان اراد وان نصفوه بسر كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاثة التي بيناها وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم
مقامه وهذا خلافه في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لان يكون ورثته في الخيار فان الى ورثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك الى ورثة رب الارض على ما وصفنا

بيان شروط المساقاة كما ذكره بين بيان الاقوال الثلثة المذكورة اجنبيا كما لا يذهب على ذي فطانة **قوله** لانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة
قال صاحب العناية وقوله لانها تنمو ما تركت في الارض دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة اذا شرط القيام عليها حتى يذهب اصولها لانه لا نهاية
كذلك فكان غير معلوم وفي نسخة فكان معلوما انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان كون قوله لانها تنمو ما تركت في الارض دليل الرطبة وحدها ممنوع
بل يمكن ان يجعل دليلا على المجموع بجريانه في المجموع كيف ولا شك ان اصل الدليل وهو قوله لانه ليس لذلك نهاية معلومة يعم المجموع فينبغي
ان يعم دليل ذلك الدليل ايضا للمجموع عند امكان ذلك واما ثانيا فلان ما ذكره من العذر لعدم ذكر المصنف دليل النخيل والرطبة اذا شرط
القيام عليها حتى يذهب اصولها ليس بتام اما على النسخة الاولى التي معناها لانه لا نهاية لذلك اي لبيان ذهاب اصولها فكان انتهاء المدة بتأويل
الوقت غير معلوم فلانه يرد عليه انه انما يفيد تحقق دليل تينك الصورتين ايضا ولا يتم عذر العدم ذكر دليلهما كما هو المقصود واما على النسخة الثانية
التي معناها لانه لا نهاية لذلك فكان معلوما اي كان دليل تينك الصورتين معلوما لظهور افساد جهالة المدة العقد فلم يحتج الى ذكره فلا يرد
عليه ان لا يقتضي انه لا يذكر دليل الرطبة ايضا لان حاصل ذلك الدليل ايضا جهالة المدة فينبغي ان لا يذكر ذلك ايضا بناء على كونه معلوما
فتأمل **قوله** ولو التزم العامل الضرر تخير ورثة الآخرين ان يقسموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على
البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر قال الامام الزيلعي في شرح الكنز وفي رجوعهم في حصته فقط اشكال وكان ينبغي ان يرجعوا عليه
بجميعه لان العامل انما يستحق بالعمل فكان العمل كله عليه ولهذا اذا اختار المضي او لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي
الى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد في المزارعة ايضا انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك قلت لا اشكال اذ
معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما انفقوا لا بحصته كما فهمه هذا العلامة انتهى اقول ما ذكره ذلك البعض من المعنى خلاف ما صرحوا به في
هذا المقام فان عبارة الكافي للعلامة النسفي وعبارة شرح الكافي للحاكم الشهيد وعبارة غاية البيان وغيرها هكذا وان شاؤا انفقوا على البسر حتى
يبلغ ويرجعوا بنصف نفقتهم في حصة العامل من الثمن كما مر في المزارعة انتهى ولا شك انها صريحة في ان ما يرجعون به نصف نفقتهم لا جميعها فالى تتميم
الحمل على خلاف ذلك **قوله** ولو اراد العامل ترك ذلك العمل بل يكون عذرا فيه روايتان قال في العناية يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان
في احدهما لا يكون عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذر وهو ما يلحقه به ضرر وههنا ليس كذلك وفي الاخرى عذرا انتهى اقول
في تفسير كلام المصنف بالوجه المذكور خلل اذ يصير حاصل معناه حينئذ في كون ترك العمل عذرا روايتان احدهما كونه عذرا والاخرى عدم كونه عذرا فيؤدي
الى كون الشيء ظرفا لنفسه ولنقيضه ولا يخفى بطلان ذلك والوجه عندي ان معنى قول المصنف فيه روايتان في جواب هذه المسئلة وهي قوله بل يكون
عذرا فيه روايتان احدهما بالايجاب وهو ان يكون عذرا والاخرى بالسلب وهو ان لا يكون عذرا فحينئذ لا غبار فيه كما لا يخفى على الفطن **قوله** وقيل
احدهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته اقول فيه انه انما يكون عذرا من جهته ان لو ترك ذلك العمل اضطرارا بسبب حدوث مرض
او نحو ذلك واما اذا ترك بالاختيار فلا يظهر وجه كونه عذرا من جهته والكلام ههنا في الترك الاختياري لان الترك الاضطراري انما يكون لسبب عذر

وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا اصحهما والله اعلم

كتاب الذبائح

مقرر وقد مر مسئلة جواز المنع بالانذار رواية واحدة فذكر مسئلتنا هذه بعدها وبيان وقوع الروايتين فيها يدل على ان المراد بترك ذلك العمل في قوله ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هو الترك الاختياري لا غير فتامل قوله وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض قال صاحب النهاية يعني لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما لشجر الغراس بل يكون تسليما للقطعة خشبية وهو ما شرط ذلك بل شرط تسليم الشجر بقوله على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين فلما لم يكن تسليمها وهي ثابتة وجب رد قيمتها انتهى واقتفى اثره في شرح هذا المحل على هذا المنوال صاحب معراج الدراية وصاحب العناية واعترض بعض الفضلاء على قولهم لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكن تسليما للقطعة خشب حيث قال فيه بحث اذ لا تسليم حينئذ لم يكن تسليما للشجر انتهى اقول منع ذلك مكابرة لان الشجر على ما نص عليه في عامة كتب اللغة اذا كان على ساق من نبات الارض فاذا قلع الغراس لم يصدق عليه هذا الحد فلا يطلق عليه لفظ الشجر فلا يكون تسليم المقلوع تسليما للشجر لا محالة بل يكون تسليما للقطعة خشبة كما قاله هؤلاء الشراح نعم ان قولهم كان الشرط تسليم الشجر لا تسليم قطعة خشبة مستدرك لا يجدي طائلا ههنا لان استحقاق الغارس الشجر ليس بمقتضى الشرط بل يكون الشجر ملكا له كما صرحوا به ولهذا يجب على رب الارض رد قيمة تمام الغراس مع كون الشرط ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين تدبر ترشد قوله وفي تخريجها وجه آخر بيناه في كفاية المنتهى يعني وفي تخريج هذه المسئلة طريق آخر اي دليل آخر سوى ما ذكرناه في كتابنا هذا من طريق تفسير الطحان بيناه اي بينا ذلك الطريق الآخر في كفاية المنتهى قال كثير من الشراح في تفسير ذلك الطريق وهو شرط رب الارض نصف الغراس بين العامل بنصف ارضه او شراؤه جميع الغراس بنصف ارضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة هذا الغراس نصفها وجعلها الاقتباس معنى الاستيجار الذي هو في معنى تفسير الطحان انتهى اقول يرد على الصورة الثانية مما ذكروه وهي قولهم او شراؤه جميع الغراس بنصف ارضه ونصف الخارج انها لا تصلح لان يكون طريق تخريج هذه المسئلة لان وضع هذه المسئلة على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين وفي الصورة المذكورة يكون جميع الغراس لرب الارض فلا يتصور المناصفة في الشجر فتامل

كتاب الذبائح

قال جمهور الشراح المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما اتلافا في الحال للانتفاع في المآل فان المزارعة انما تكون باتلاف الحب في الارض للانتفاع بما ينبت منها والذبح اتلاف الحيوان بازهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك انتهى اقول يتجه على ظاهر ما ذكروه من المناسبة انما يقتضي تعقيب المزارعة بالذبائح دون تعقيب المساقاة بالذبائح اذ لا اتلاف في المساقاة والذي وقع في ترتيب الكتاب تعقيب المساقاة بالذبائح لا تعقيب المزارعة بها فلا يتم التقريب اللهم الا ان يقال جعلوا المزارعة والمساقاة في حكم شيء واحد بناء على اتحادهما في اكثر الشرائط والاحكام كما تقرر في مباحثهما فكانت المناسبة المذكورة بين المزارعة والذبائح بمنزلة المناسبة بين المساقاة والذبائح فاكتفوا بذلك وعن هذا ترى كثيرا من اصحاب معتبرات الفتاوى كالذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيخان وغيرها اكتفوا بذكر كتاب المزارعة وجعلوا المساقاة بابا منها وعنونوها بالمعاملة وذكر كل واحدة من المزارعة والمساقاة في الكتاب بكتاب على حدة لا يدل على استبداد كل واحدة منهما بذاتها و

قال الذكاة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم وكان به تمييز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في الجلد وغيره فانه تبنى عليها ومنه قوله عليه السلام ذكاة الارض يبسها وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة والنحرين واضطرارية وهي الجرح في اي موضع كان من البدن والثاني كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا اية البدلية وهذا لان الاول يعمل في اخراج الدم والثاني اقصر فيه فاكتفي به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطها ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي وان يكون حلالا فاخرج الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى

اختصاصا باحكامها بل يكفي جهة التغاير بينهما في الجملة الا يرى انهم ذكروا الصرف بكتاب على حدة عقيب ذكرهم كتاب البيوع مع انه من انواع البيوع قطعا كما صرحوا به ثم ان الذبائح جمع ذبيحة وهو اسم لما يذبح كالذبح والذبح مصدر ذبح اذا قطع الاوداج كذا في الكافي والكفاية اعلم ان بعض المعتزلين من مشائخنا ذهبوا الى ان الذبح محظور اعتقادا لما فيه من ايلام الحيوان ولكن الشرع احله قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط بعد نقل قولهم وهذا عندي باطل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل بعثته ولا يظن به ان كان ياكل ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون باسم الاصنام فعرفنا انه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظورا اعتقادا كالكذب والظلم والسفه انتهى وقال في العناية بعد ذكر ذلك اجيب بانه يجوز ان يكون ما كان ياكل ذبائح اهل الكتاب وليس الذبائح كالكذب والظلم لان المحظور العقلي ضربان ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع باباحته الا عند الضرورة وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز ان يرد الشرع باباحته ويقدم عليه قبله نظرا الى نفسه كالحجامة للاحتفال وتداويهم بما فيه الم لهم انتهى وقال العيني بعد نقل ما قاله شمس الائمة السرخسي والجواب المذكور في العناية قلت كل من الكلامين لا يخلو عن نظر اما الاول فلا يحتاج الى دليل على انه كان يذبح بنفسه قبل البعثة واما الثاني فكذلك يحتاج الى دليل على انه كان ياكل من ذبائح اهل الكتاب فلم لا يجوز انه لم يكن اكل شيئا من الذبيحة الا بعد البعثة انتهى اقول ليس هذا شيئا لان كون النبي صلى الله عليه وسلم يتناول اللحم قبل البعثة امر متواتر لا يحتاج الى دليل والدليل على انه كان يذبح بنفسه عند شمس الائمة ان لا يظن به عليه السلام انه كان ياكل ذبائح المشركين كما ذكره والمجيب يمنع ذلك بناء على جواز انه كان ياكل ذبائح اهل الكتاب ولا يلزمه الدليل عليه ولا يحتاج اليه لكونه مانعا لا مستدلا فلا محل لنظره هذا

قوله قال الزكوة شرط حل الذبيحة قال في غاية البيان وهذا وقع على خلاف وضع الكتاب لانه اذا ذكر لفظ قال في اول المسئلة كان يشير فيه الى ما ذكر في الجامع الصغير او مختصر القدوري وههنا لم تقع الاشارة الى احدهما ولهذا لم يذكره في البداية وكان ينبغي ان لا يورد لفظ قال او يقول قال العبد الضعيف مشيرا به الى نفسه انتهى وقال العيني بعد نقل ذلك قلت هذا تطويل بلا فائدة لانه ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال باضمار الفاعل واراد به نفسه فهذا ايضا مثله ولا يلزم تعيين الفاعل الا ترى انه عند اسناد القول الى القدوري او محمد بن الحسن لم يصرح بفاعله وكذلك عند اسناده الى نفسه ولا يخفى هذا الا على من لا يميز مسائل القدوري من مسائل الجامع الصغير ومن لم يميز بينهما لم يستحق الخوض في الهداية انتهى كلامه اقول الحق ما ذكر في غاية البيان وقول العيني ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال باضمار الفاعل واراد به نفسه ان اراد به انه ذكر في اول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيرا بها الى نفسه فهو فرية بلا مرية فاذا ذكرها في اول المسئلة كان يشير بها الى ما ذكر في الجامع الصغير او مختصر القدوري على الاطراد كما ذكره صاحب الغاية وان اراد بذلك انه ذكرها في اول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيرا بها الى نفسه فهو واقع ولكن اذا ذكرها في مثل تلك المواضع كان يقول قال العبد الضعيف على ما وقع في النسخ القديمة او قال رضي الله عنه على ما وقع في النسخ الجديدة ولم يقع منه ذكر لفظة قال وحدها في مثل تلك المواضع قط وهذا غير خاف على من له دربة باساليب كلام المصنف فشارح العيني مكابر فيما ذكره ههنا قوله لقوله تعالى الا ما ذكيتم فان حكم ما بعد الاستثناء يخالف ما قبله وقد قال الله تعالى قبله حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الى آخره فاستثنى من الحرمة المذكى فيكون

قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبحة ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امرأة اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبحة لا تحل لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا

قال صاحب العناية والمرتب على المشتق معلول الصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا انتهى اقول ليس هذا الكلام منه بمعقول المعنى لان ثبوت الحل بالشرع مما لا ينافي كون الصفة المشتق منها التي هي الزكوة علة للحكم كما لا يخفى على ذي مسكة **قوله** وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم عنى بقوله لما تلونا قوله تعالى الا ما ذكيتم وهو في حق المسلم وقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم صريح في حق الكتابي من باب اللف والنشر كذا ذكره تاج الشريعة وهو الاحسن عندي ايضا في بيان مراد المصنف هنا قال صاحب العناية وقوله لما تلونا اشارة الى قوله تعالى الا ما ذكيتم ولما استشعر ان يقال الا ما ذكيتم عام مخصوص لخروج الوثني والمرتد والمجوسي فلا يكون قاطعا في الافادة ضم اليه قوله عز من قائل وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم الى هنا كلامه اقول فيه بحث اما اولا فلانا لا نسلم ان الخطاب في قوله تعالى الا ما ذكيتم عام للكفار بل الظاهر انه مخصوص بالمؤمنين كما يدل عليه السباق والسياق في النظم الشريف الا يرى ان ما قبله اول سورة المائدة وهو قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود احلت لكم بهيمة الانعام الا ما يتلى عليكم غير محلي الصيد وانتم حرم ولا شك ان الخطابات الواقعة هناك للمؤمنين خاصة ثم قال عز وجل حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما اهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما اكل السبع الا ما ذكيتم وقال القاضي البيضاوي وغيره من المفسرين ان قوله تعالى حرمت عليكم الميتة الخ بيان لما يتلى عليكم فلا جرم يكون الخطاب في حرمت عليكم والا ما ذكيتم للمؤمنين خاصة ايضا فلا يكون مما يعم الوثني ونحوه ولئن سلم عمومه للوثني ونحوه ايضا فلا نسلم انه من قبيل العام الذي خص منه البعض بل هو من قبيل العام الذي نسخ بعضه باخراج الوثني والمجوسي والمرتد من حكمه اذ قد تقرر في علم الاصول ان التخصيص عندنا انما يطلق على قصر العام على بعض ما يتناوله بما هو مستقل موصول بالعام وان قصره على بعض ما يتناوله بما هو مستقل غير موصول به هو النسخ لا التخصيص وان الذي لا يكون قطعيا انما هو العام الذي نسخ بعض ما يتناوله فانه يكون قطعيا في الباقي بلا ريب ولا شك ان ما نحن فيه من قبيل الثاني دون الاول لان الذي يخرج الوثني ونحوه غير موصول بقوله تعالى الا ما ذكيتم فكان قطعيا في الافادة ولئن سلم كونه ظنيا غير قاطع في الافادة فهو كاف في افادة المطلوب هنا بلا حاجة الى ضم شيء آخر اذ قد تقرر في علم الاصول ايضا ان الدليل الظني يفيد وجوب العمل وان لم يفد وجوب الاعتقاد وما نحن فيه من العمليات واما ثانيا فلان مثل ما ذكره صاحب العناية في قوله تعالى الا ما ذكيتم على الاستدلال بقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم بان يقال ايضا انه عام مخصوص لخروج ما لم يذكر اسم الله عليه فيقتضي ان يضم اليه ايضا دليل آخر واما ثالثا فلان الضم المذكور انما يفيد في حق ذبيحة الكتابي دون ذبيحة المسلم لاختصاص الدليل المضموم بالكتابي فيلزم ان يبقى الدليل قاصرا عن افادة حل ذبيحة المسلم على مبنى زعم الشارح المزبور اللهم الا ان يدعى ان الدليل الثاني اذا افاد حل ذبيحة الكتابي اذا دخل ذبيحة المسلم ايضا دلالة ثم ان المراد بالطعام في قوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب ذبائحهم قال البخاري في صحيحه قال ابن عباس طعامهم ذبائحهم واستدل صاحب الكافي وكثير من الشراح على ذلك بانه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص اهل الكتاب بالذكر فائدة اذ قد يستوي الكتابي وغيره فيما سوى الذبائح من الاطعمة فان المجوسي اذا اصطاد سمكة حل اكلها ورد عليهم صاحب العناية حيث قال بعد نقل استدلالهم المذكور وفيه نظر فان التخصيص باسم العلم يدل على النفي عما سواه بل مرادهم

وهو قول والمحتون من الذكور والاناث واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي والحربي والتغليب لان الشرع قيام الملة على ما قال ولا تؤكل ذبيحة المجوسي لقوله
عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولا يدل على التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى قال والمرتد لانه
لا ملة له لا يتبرع من حصانه ولا يؤكل ما ذبح في الحرم من الصيد ولا طلاق في الحرم ينتظم احل الحرم والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لان
الذكاة فعل مشروع وعدم التسمية حرام فلم تكن ذكاة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد صح لانه فعل مشروع اذ الحرم لا يؤثر في الشاة
ولا يحرم ذبحه على المحرم قال وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي تؤكل وقال مالك لا تؤكل في الوجهين
الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وهو على خلاف ما اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول من الشافعي رحمه الله خالف الاجماع
ذا لا خلاف فيه كان قبله في صحة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما انه يحرم ومن
مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم انه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ رحمهم الله ان متروك التسمية عامدا
لا نسخ فيه بالاجتهاد ولو قضى القاضي بجوازه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع لقوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم وكان التسمية لو كانت شرطا
لقوله تعالى فكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه الآية نهى عن اكل الميتة وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه الآية نهى عن اكل الميتة
وهو حرام بنصوص الكتاب والسنة وهو حديث شريح بن هانئ الطائي رضي الله عنه قال قلت يا رسول الله عليه السلام قال في الخمر فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك فحل الخمر بترك التسمية

كما يادي عليه كلامهم انه لو لم يحمل على ذلك لحصل تخصيص اهل الكتاب بالذكر في كلام رب العزة عن الفائدة تعالى عنه علوا كبيرا ولا يذهب عليك
ان الاستدلال بهذا الوجه يمشي على اصل من لا يقول بمفهوم المخالفة ايضا اذ لا يرضى احد بخلو كلام الله عن الفائدة **قوله** والاقلف والمختون
سواء لما ذكرنا اختلف المشايخ في تعيين كلام المصنف بقوله لما ذكرنا فقال صاحب النهاية وغاية البيان اراد به الاثنين المذكورين وهما قوله
تعالى الا ما ذكيتم وقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم لان الخطاب عام ورده صاحب العناية حيث قال بعد نقله وفيه نظر لان عادته
في مثله لما تلونا وقال تاج الشريعة اراد به قوله لان حل الذبيحة يعتمد الملة ورده ايضا صاحب العناية حيث قال بعد نقله ايضا وهذا ليس بمذكور
في الكتاب اقول يمكن ان يقال من جانب تاج الشريعة ان ذلك وان لم يكن مذكورا في الكتاب صراحة الا انه مذكور فيه ضمنا حيث قال
فيما مر ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد ثم قال صاحب العناية والاولى ان يجعل اشارة الى الآية والى قوله ولان به يتميز الدم
النجس من اللحم الطاهر وعادته في مثل ذلك انتهى اقول فيه نظر لان قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر انما يدل على كون الزكوة شرطا
حل الذبيحة ولا يدل على ان الاهل الذبح من هو كيف وتميز الدم النجس من اللحم الطاهر يحصل بذبح الوثني والمجوسي والمرتد ايضا مع ان احدهم
ليس باهل الذبح قطعا وقول المصنف لما ذكرنا تعليل لاستواء الاقلف والمختون في الاهلية للذبح فكيف يصلح ان يجعل اشارة الى ما لا دلالة
فيه على ذلك اصلا وهو قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر ثم اقول هذا احتمال اخر اقرب مما ذكره وهو ان يكون قوله لما ذكرنا اشارة
الى قوله ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امرأة فانه قد علم من ذلك ان مدار حل الذبيحة ان يكون
الذابح ممن يعقل التسمية والذبيحة ويضبط ولا يخفى ان الاقلف والمختون لا يتفاوتان في ذلك فكانا سواء في حكم حل ذبيحتهما تدبر تفهم **قوله** وان
ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي تؤكل في الوجهين وقال مالك لا تؤكل في الوجهين قال
صاحب العناية في شرح هذا المحل ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان او اضطراريا عامدا او ناسيا قال الشافعي بشمول الجواز و
مالك بشمول العدم وعلماؤنا فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة ميتة لا يؤكل وان تركها ناسيا اكل انتهى اقول كانه حسب انه اتى في شرح هذا المحل
بكلام مجمل جامع الاقسام المسألة كلها لكنه اخل بحق المقام في تحريره هذا اما اولا فلان قوله عند الذبح ينافي تعميم الذبح للاختياري والاضطراري
كما يقتضيه قوله اختياريا كان او اضطراريا لانهم صرحوا بان كون التسمية عند الذبح انما يشترط في الزكوة الاختيارية واما في الاضطرارية فيشترط
كون التسمية عند الارسال والرمي لا غير ويجيء ذلك في الكتاب ايضا واما ثانيا فلان قول المصنف والشارح المزبور ايضا فيما بعد وعلى هذا
الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي ينافي تعميم الذبح في مسألتنا هذه للاختياري والاضطراري اذ الظاهر
ان القياس المستفاد من قوله وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي الى آخره يقتضي عدم دخول المقيس عليه **قوله**
لقوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم اقول فيه ان دليله هذا قاصر عن افادة تمام مدعاه لان المسلم والكتابي في
ترك التسمية سواء كما مر انفا وهذا الحديث انما ينتهض حجة في حق المسلم وحده **قوله** ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه

وما لك يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسهم غير مجرى على ظاهره اذ لو
اريد به لجرت المحاجة ولعم الانقياد وارتفع الخلاف في صدر الاول ولا اقامة في حق الناسي وهو معذور ولا يدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان والتسمية
في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهو على الآلة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فيشترط
عنه فعل يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى فذبح غيرها تسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى فاصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة ووقع
باخرى كل فلو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل **قال** ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه ثلث مسائل احدها ان يذكر
موصولا لا معطوفا فيكره ولا يحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ويكره ان يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشرك لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا انه يكره لوجود القران صورة فيتصور
بصورة المحرم والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله واسم فلان او يقول بسم الله وفلان او بسم الله ومحمد رسول الله يكره الحال فيحرم الذبيحة لانه اهل به
لغير الله والثالثة ان يقول منفصلا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة او بعده وقد لا باس به لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل
هذا عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جرد التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي
لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في احد الروايتين لانه يريد به الحمد لله على نعمة دون التسمية
وما قاله اولى لان عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر مقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف **قال** والذبح
بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكاة ما بين اللبة والمحر ولانه
مجمع المجاري والعروق فيحصل الفعل فيه انهارا الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء **قال** والعروق التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم والمرئ والودجان لقوله عليه السلام فكلوا ما انهر الدم وفري الاوداج بما شئت

نهي وهو التحريم قال في العناية واحتج بالاستدلال ان السلف اجمعوا على ان المراد به الذكر باللسان يقال ذكر عليه اذا ذكر باللسان وذكره اذا
ذكر بالقلب وقوله ولا تاكلوا عام موكد من الاستغراقية التي تفيد التاكيد وتاكيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم
يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان او ناسيا الا ان الشرع جعل الناسي ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان فانه من الشرع باقامة الملة
مقام الذكر دفعا للحرج كما اقام الاكل ناسيا مقام الامساك في الصوم لذلك انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان مقتضى قوله ان السلف اجمعوا
على ان المراد به الذكر حال الذبح لا غير ان يكون قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه والا على ان لا يؤكل المذبوح بالذبح الاضطراري
اصلا لانه ذكر اسم الله عليه انما يكون حال الارسال والرمي لا حال الذبح كما نصوا عليه فكان ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح فلزم ان يدخل
تحت النهي عن الاكل في الآية المذكورة مع ان حل اكل المذبوح بالذبح الاضطراري اذا ذكر عليه اسم الله حال الارسال والرمي مجمع عليه
بلا ريب واما ثانيا فلان قوله الا ان الشرع جعل الناسي ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان ينافي قوله فيما قبل هو غير محتمل للتخصيص فيعم كل
ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان او ناسيا لان جعل الشرع الناسي ذاكرا لا يتصور بدون تخصيص الناسي من عموم قوله تعالى لم يذكر
اسم الله عليه لما كان عامدا او ناسيا وتخصيص الشيء بما هو غير محتمل للتخصيص غير متصور ايضا فتحقق التنافي بين الكلامين تامل تقف **قوله** ومالك يحتج
بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه قال في غاية البيان اي لا فصل في ظاهر ما ذكرنا من الآية ولان قوله ما لم يذكر اسم الله عليه يشمل العمد والنسيان
جميعا لعدم التقييد باحدهما انتهى وقال في العناية استدل مالك بظاهر قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فان قيد النهي بالبلغ وجه وهو تاكيده
بمن الاستغراقية عن اكل متروك التسمية وهو باطلاقه يقتضي الحرمة من غير فصل انتهى اقول الظاهر مما ذكر في هذين الشرحين ان يكون مراد المصنف
بقوله ما ذكرنا في قوله ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا هو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فيرد عليه ان يقال ان الآية في مثله ان يقول لما تلونا
فما معنى المخالفة لما هنا وقد مر نظير هذا من صاحب العناية في الصفحة الاولى فالاظهر عندي ان يكون مراده بقوله ما ذكرنا وقوله ومالك يحتج بظاهر
ما ذكرنا مجموع ما ذكره من الكتاب والسنة لا الكتاب وحده فلا يلزمه ترك عادته لان عادته ان يقول لما تلونا فيما اذا اراد الكتاب وحده وان يقول
لما روينا فيما اذا اراد السنة وحدها فلما اراد هنا مجموعهما اتى بكلمة جامعة فقال ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا وقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه
وحديث عدي بن حاتم الطائي اذ لا فصل في ظاهر كل منهما كما ترى **قوله** لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت قال تاج الشريعة الفري القطع
للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون بكسر الهمزة هنا اليق انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية والعناية غير ان صاحب الكفاية اتى بعين لفظه
واما صاحب العناية فذكر لفظ انسب بدل لفظ اليق وقال ولهذا قال المص بعد بذا الورود والامر لفريه اقول فيما ذكره هولاء الشراح
نظر لان صاحب القاموس عمم الفري والافراء للاصلاح والافساد بلا فرق بينهما حيث قال فرا يفريه شقه فاسدا او صالحا كفراه وافراه
انتهى فعلى هذا لا يتم ما ذكروه اصلا واما صاحب المغرب فقد ذكر الفرق بينهما الا انه جعل الذبح من قبيل الافراء دون الفري حيث قال عن ابي عبيد
والفرق بين الافراء والفري انه قطع للافساد وشق كما يفري الذابح والسبع والفراء الفري قطع للاصلاح كما يفري الجزار الاديم انتهى فعلى هذا لا يتم

وهي اسم جمع واقله الثلث فيتناول المري والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمري الا انه لا يمكن قطع هذه الثلثة
الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك رح ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعنه انه ان قطع اهل الاكل
وان قطع اكثرها فكذلك عنه ابي حنيفة رح وقال لا بد من قطع الحلقوم والمري واحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري الاختلاف في مختصره
والمشهور في كتب مشائخنا رحمهم الله ان هذا قول ابي يوسف وحده وقال في الجامع الصغير وان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل وان قطع الاكثر
من الاوداج والحلقوم قيل ان يموت اكل خلافا واختلف الرواية فيه فالحاصل ان عند ابي حنيفة رح اذا قطع الثلث اي ثلث كان يعمل به كان يقول ابو يوسف
او لا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة رح لان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولو روى الامر
بفريه فيعتبر اكثر كل فرد منها ولابي يوسف رح ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فيتوب احدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم
يخالف المري فانه مجرى العلف والماء والمري مجرى النفس فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة رح ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام اي
ثلث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس او الطعام ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفى به عن
زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة قال ويجوز الذبح بالظفر والسن والقرن اذا كان منزوعا حتى لا يكون باكله بل لانه يكره هذا الذبح

قوله فيكون كسر الهمزة هنا هو الاليق اذ لا شك ان الذبح اذا كان من قبيل الافراد دون الفري كان فتح الهمزة هنا هو الانسب ثم ان صاحب المغرب
قال وقد جاء فري بمعنى افري ايضا الا انه لم يسمع به في الحديث انتهى فعلى هذا لا مجال لكسر الهمزة في الحديث لكونه غير مسموع به فضلا عن ان يكون
اليق وانسب واما قول المصنف فيما بعد في اثناء تعليل قول محمد ولورود الامر فيه فلعله جزء منه على استعمال فري بمعنى افري ايضا كما ذكر في المغرب
ولا ينافيه عدم السماع به في الحديث لان ما ذكره فيما بعد لفظ نفسه لا لفظ الحديث او اختيار منه لعدم الفرق بين الفري والافراء مطلقا كما ذكر في الصحاح
هكذا ينبغي ان يفهم هذا المقام قوله وهي اسم جمع واقله الثلث فيتناول المري والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمري قال
في العناية احتج الشافعي بانه جمع الاوداج وما ثمة الا الودجان فدل على ان المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمري لان
الحيوان لا يعيش بعد قطعهما اقول يرد على هذا الاحتجاج انه لو كان المقصود بها مجرد ما يحصل به زهوق الروح لكفى قطع واحد من الحلقوم والمري
اذ الحيوان لا يعيش بعد قطع احدهما ايضا كما لا يخفى وقد افصح عنه المصنف في تقرير دليل ابي حنيفة فيما بعد حيث قال لانه لا يحيى بعد قطع مجرى
النفس او الطعام مع ان الشافعي لم يقل بكفاية قطع احدهما بل شرط قطعهما معا وقال في العناية بعد ذكر الاحتجاج المسفور وهو ضعيف لفظا
ومعنى اما لفظا فلان الاوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمري اصلا واما معنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجراه
انتهى اقول ما ذكره في وجه ضعفه لفظا ليس بسديد اذ قد ذكر في الاحتجاج المزبور وجه دلالة الاوداج على الحلقوم والمري بانه جمع الاوداج وما ثمة
الا الودجان فدل على ان المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمري فلا معنى بعد ذلك لمجرد نفي دلالتها عليهما بل لا بد من بيان
محذور كما لا يخفى قوله الا انه لا يمكن قطع هذه الثلثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه قال بعض الفضلاء فيه بحث لان المفهوم من
كلام المصنف الذي سيذكره في تعليل ابي حنيفة حمل الاوداج على الاستغراق حيث بنى تعليله على قيام الاكثر مقام الكل فحينئذ يثبت قطع الحلقوم
بتناول اللفظ لا باقتضائه انتهى اقول ليس هذا بشيء لان ما سيجيء من كلام المصنف في تعليل قول ابي حنيفة وان اقتضى حمل الاوداج على
الاستغراق الا انه لا يقتضي ان يكون الاستغراق من جهة واحدة كدلالة اللفظ عليه عبارة بل يجوز ان يتحقق الاستغراق
من جهة واحدة كدلالة اللفظ على قطع الثلثة عبارة وعلى قطع الرابع ايضا اقتضاء كما ذكره ههنا اذ لا شك انه يحصل
من المجموع استغراق العروق الاربعة كلها وان كان من جهتي الدلالة اعني العبارة والاقتضاء فلا تدافع بين كلامي المصنف كما توهم قوله
ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب اقول لقائل ان يقول لو كان في قطع الودجين معا زيادة التعذيب
وكان في الاكتفاء بقطع احدهما تحرز عنها لما كان قطع العروق الاربعة جميعا في الزكوة اولى عند ابي حنيفة ايضا بل ينبغي ان يكون الاكتفاء بقطع
احد الودجين اولى فان تعذيب الحيوان بلا فائدة مما يجب الاحتراز عنه على ما يقرر في كثير من قواعد الفقه مع انه صرح في الشروح وغيرها بان
قطع الجميع اولى عند ابي حنيفة ايضا فتامل قال في العناية لا يقال الاوداج جمع دخل عليه الالف واللام وليس ثمة معهود فينصرف الى
الواحد كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء من بعد لان ما تحته ليس افراده حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك انتهى واورد عليه بعض الفضلاء

وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا جرح بغير المذروع ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وما رواه محمد محمول على غير المذروع وان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج الدم وما كان كالجارح والحديد تعلل غير المذروع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الآدمي ولان فيه اعسارا على الحيوان وقد امرنا فيه بالاحسان قال وعن الذبح بالليطة والمروة وكل شيء انهر الدم الا السن القائم والظفر القائم فان الذبيحة بهما ميتة لما بينا وقد مر وقال محمد رح في الجامع الصغير هي انها ميتة لانه وجد فيه نصا وملك عينه فيه نهايا عتاطي ذلك فيقول في الحل لا بأس به وفي الحرمة يقول يكره اولم يكره قال ويستحب ان يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلام ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي عن النبي عليه السلام انه رأى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها قال ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الرأس كره له ذلك وتؤكل ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روي عن النبي عليه السلام انه نهى ان تنخع الشاة اذا ذبحت تفسيره ما ذكرناه وقيل معناه ان يمد رأسه حتى يظهر منبعه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وفي كل ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك في قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل ان ما فيه زيادة ايلام لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه ويكره ان يجر برجله الى اللبة وان تنخع الشاة قبل ان تبرد ويعني تسكن من الاضطراب بعد الابانة فلا يكره النخع والسلخ الا ان الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم قبل الذبح او بعده فلا يرجب التحريم فلهذا قال تؤكل ذبيحته قال وان جرح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العرق حل لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج وان ماتت قبل قطع العرق لم تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة فيهما قال وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح وما تردى من سطح او تردى في بئر وتعذر الوصول اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الاول وكذا ما تردى من النعم في بئر وتعذر الوصول اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار لما بينا وقال مالك لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر وعن ابي يوسف رح تحقق فيما الى البئر كيف ولا يسلم الندرة بل هو غالب في الكلاب الطلق فيما توحش من النعم وعن محمد رح ان الشاة اذا نادت في صحراء فذكاتها العقر فان نادت في المصر لا تحل الا بالعقر لانه نوع عن نفسها فيمكن الخلاص بها في المصر فلا يجوز العدول عنه الى البعيد نهاية تعاني عن نفسها فلا يقدر على اخذها وان تردى في المصر يتحقق العجز والصيال كالنادة اذا كان لا يقدر على اخذها حتى لو قتله الموصي لا يحل وهو بمنزلة الذكاة قال ويستحب لابل النحر ان ينحرها قائمة معقولة يدها اليسرى الى الموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العرق فيها في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي معنى في غيره فلا تمنع الحل والحل خلافا للشافعي رح مالك رح انه لا يحل قال ومن عرقوة او ذبح بقرة فوقعت في بطنها جنينا ميتا ان قد اشعر ولم يشعر وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي رح لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة امه ولانه جزء من الام حقيقة لانه يتصل بها ويفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بنفسها وكذا حكما حتى يحل في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزءا منها فالجرح في الام ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد ولهما انه اصل في الحيوة حتى يفصل حيا ويبقى بعده موتا وعند ذلك يفرح بالذكاة ولهذا يفرح بالجاري لغرة ويعتق باعتاق مضافا اليه ويقضى الوصية له به وهو حيوان مستقل وما هو المقصود من الذكاة وهو التمييز بين الدم واللحم لا يحصل بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب لخروج الدم فصار قائما مقام الكامل فيه عند العدم وانما يدخل في البيع تبعا بالحمل الصلة باستثنائه ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحرة والرقيق فضل فيما يحل اكله وما لا يحل قال ولا يؤكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطير لان النبي عليه السلام نهى عن كل ذي ناب من السباع

حيث قال فيه بحث فانه انما يحمل على الجنس اذا تعذر حمله على الاستغراق وهنا ليس كذلك انتهى اقول ليس لهذا الايراد مساس بالكلام المذكور في العناية اذ لم يقل فيها ان الجمع حمل هنا على الجنس حتى يمكن ان يورد عليه ان المعرف بالالف واللام انما يحمل على الجنس عند ارباب علم الاصول اذا تعذر حمله على الاستغراق وهنا ليس كذلك بل قال فيها ان ما تحت ما نحن فيه ليس افراده حقيقة لان اطلاقه على غير الوجدين بطريق التغليب والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك اي فيما يكون ما تحته من افراده حقيقة فصار حاصل جواب الحمل على الجنس هنا فلا يتجه عليه الايراد المذكور اصلا قوله وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة اقول هذا الحديث لا يدل على تمام مدعى الشافعي بل يدل على خلاف مدعاه في البعض فالاقتران ايضا داخل في المدعى مع ان الحديث المذكور لا يدل على عدم جواز اكل المذبوح بذلك بل يدل على جوازه حيث استثنى الظفر والسن فبقي ما عداهما في حكم المستثنى منه قوله ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكره اقول فيه بحث لانه ان اراد بقوله انه فعل غير مشروع انه محرم فهو ممنوع عندنا بل هو اول المسئلة وان اراد ذلك انه مكروه فهو مسلم ولكن لا نسلم انه لا يكون ذكوة حينئذ بل هو ايضا اول المسئلة فانه مكروه عندنا ولكنه ذكوة يجوز اكل المذبوح به كما افصح عنه المصنف بقوله حتى لا يكون باكله بأسا الا انه يكره هذا الذبح فلم يحل هذا التعليل المذكور من قبل الشافعي على المطلوب كما ترى قوله والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة قال في المغرب النخاع خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب والفتح والضم لغتان في الكسر ومن قال هو عرق فقد سماه انما ذلك النخاع بالغا يكون في القفا ومنتهى الشاة اذا بلغ بالذبح ذلك الموضع فالنخع المبلغ من النخع انتهى وذكر صاحب النهاية ما في المغرب بعينه غير انه لم ينسبه الى المغرب فصاحب العناية كانه حسب ان صاحب النهاية ذكر ما ذكره هنا من عند نفسه حيث قال فسره المصنف بانه عرق ابيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد في الصلب وروبان بدن الحيوان مركب من عظام واعصاب وعروق وهي شرائين او تار وما ثمة شيء يسمى بالخيط اصلا الى هنا لفظ العناية اقول الرد المذكور مردود لان ما ذكره من العظام والاعصاب والعروق انما هو اعضاء مفردة لبدن الحيوان وله اعضاء اخر مفردة كالنفرف والرباط والغشاء واللحم والشحم وغير ذلك ومركبة تركيبا اوليا كالعضل او ثانيا كالعين او ثالثا كالوجه ثم الرأس مثلا على ما بين كله في كتب الطب فان اراد بقوله وما ثمة شيء يسمى بالخيط انه ما في الاعضاء المفردة المخصوصة التي ذكرها شيء يسمى بالخيط فهو مسلم لكن لا يجدي شيئا اذ لم يقل احد بان النخاع من تلك الاعضاء المخصوصة حتى يلزم من ان لا يسمى شيء من تلك الاعضاء بالخيط ان لا يكون النخاع خيطا وان اراد به انه ما في اعضاء بدن الحيوان واجزائه مطلقا شيء يسمى بالخيط فهو ممنوع جدا كيف ولا شك ان النخاع من اجزائه وكتب اللغة مشحونة بتفسيره بالخيط منها المغرب كما ذكرناه في صدر الكلام ومنها صحاح الجوهري فانه قال فيه وهو الخيط الابيض الذي في جوف الفقار ومنها القاموس فانه قال فيه والنخاع مثلثة الخيط الابيض في جوف الفقار ينحدر من الدماغ وينشعب منه شعب في الجسم الى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل

لما ذكر احكام الذبائح شرع في تفصيل الماكول منها وغير الماكول اذ المقصود الاصلي من شرعية

وقيل لا يحل السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطير والبهائم ثم لا كل ماله مخلب او ناب والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عادة عادة ومعنى التحريم والله اعلم كرامة
بني آدم كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف النجسة اليهم بالاكل ولا يدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من السباع الهوام
وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما يأكلان الجيف قال ولا بأس بغراب الزرع لانه يأكل الحب ولا يأكل الجيف وليس من سباع الطير قال ولا يأكل الابقع الذي يأكل الجيف كذا الغداف قال ابو حنيفة رحمه الله لا بأس
بأكل العقعق لانه يخلط فاشبه الدجاجة وعن ابي يوسف انه يكره لان غالب اكله الجيف قال ويكره اكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا ولما روي انه
فلان النبي عليه السلام نهى عائشة رضي الله عنها حين سألته عن اكله وهو حجة على الشافعي في اباحته والزنبور من الموذيات والسلحفاة من خبائث الحشرات ولهذا
لا يجب على المحرم بقتله شيء واذا كره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها قال ولا يجوز اكل الحمر الاهلية والبغال لما روى خالد بن الوليد رضي الله عنه
ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام اهدى المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية
يوم خيبر قال ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول مالك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا بأس بأكله لحديث جابر رضي الله عنه انه
قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة
خرج مخرج الامتنان والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان على النعم ويمتن باحادها لانه آلة ارهاب العدو فيكره اكل لحومها لهذا يضرب السهم في الغنيمة ولان في ابقائها معاونة على الجهاد

الذبح التوسل الى الاكل وقدم الذبح لان وسيلة الشيء تقدم عليه في الذكر **قوله** وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول
سباع الطيور والبهائم لا كل ماله مخلب او ناب قال صاحب غاية البيان وكذا قرر شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح المبسوط ثم قال ولنا في هذا
التقرير نظر لان الثقات من المحدثين ردوا الحديث باجمعهم بتقديم كل ذي ناب من السباع على كل ذي مخلب من الطيور فلا يتمشى هذا التقرير ولو صحت
تلك الرواية فيمنع انصراف قوله من السباع الى النوعين جميعا لان قوله وكل ذي ناب اولى بالانصراف اليه لكونه اقرب انتهى اقول ان قوله لان
قوله وكل ذي ناب اولى بالانصراف اليه لكونه اقرب ليس بتام لان كونه اقرب انما يقتضي اولوية انصرافه اليه من انصرافه الى النوع الاول وحده
ولا يقتضي اولوية انصرافه اليه من انصرافه الى النوعين اليهما ومدعى الشيخين انصرافه اليهما معا فلا يقدح فيه ما ذكره والوجه ان يقال بين النوع
الاول بقوله من الطيور وهو يابى ان يكون البيان المذكور في ذيل النوع الثاني وهو قوله من السباع مصروفا الى النوعين جميعا اذ المتبادر
ان يكون كل من البيانين قيد الماقدن به من احد النوعين مذكورا بازاء الآخر فكيف يبنى الحكم الشرعي على ما هو خلاف المتبادر من الكلام فتدبر
قوله والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عادة عادة قال الشراح الفرق بين الاختطاف والانتهاب ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب
من فعل السباع البهائم انتهى اقول فعلى هذا كان ينبغي للمصنف ان يقول والسبع كل مختطف او منتهب الى آخر ما ذكره لان قوله والسبع كل
مختطف منتهب يشعر اجتماع الاختطاف والانتهاب في كل سبع وذا لا يتصور على الفرق المذكور كما لا يخفى **قوله** وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما
يأكلان الجيف الرخم جمع رخمة وهي طائر ابقع يشبه النسر في الخلقة يقال له الانوف كذا في الصحاح والبغاث طائر ابغث الى الغبرة دون الرخمة
بطي الطيران كذا في الصحاح ايضا مغربا الى ابن السكيت وقال في القاموس البغاث مثلثة الاول طائر اغبر انتهى قال جمهور الشراح ههنا البغاث
ما لا يصيد من صغار الصيد وضعافه وقال بعض منهم بعد ذلك كالعصافير ونحوها اقول هذا التفسير منهم لا يناسب ما في الكتاب اما اولا فلانه يتناول
ما يؤكل لحمه ايضا كالعصافير فانها مما يؤكل لحمه بلا خلاف كما صرح به في اوائل كتاب الصيد والذبائح من فتاوى قاضيخان واما ثانيا فلان كثيرا
مما لا يصيد من صغار الطير وضعافه لا يأكل الجيف بل يأكل الحب كما لا يخفى فلو كان المراد بالبغاث المذكور في الكتاب ما فسروه به لزم ان لا يتم قول
المصنف لانهما يأكلان الجيف نعم وقع في بعض كتب اللغة تفسير البغاث بما فسره الشراح به ههنا فانه قال في ديوان الادب البغاث ما لا يصيد
من الطير وقال في المغرب البغاث ما لا يصيد من صغار الطير كالعصافير ونحوها وقال في الصحاح قال الفراء البغاث الطير شرارها وما لا يصيد منها
انتهى الا ان شيئا من ذلك لا يصلح ان يجعل تفسيرا لما في الكتاب لما ذكرنا من الوجهين وانما التفسير المناسب لما في الكتاب ما قدمناه مما ذكر
في الصحاح اولا مغربا الى ابن السكيت وما ذكره في القاموس ايضا تبصر ترشد **قوله** وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها قال
صاحب معراج الدراية اي لان الضب من الحشرات فاذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع افراده كما اذا قال طبيب المريض لا تأكل لحم البعير
يتناول نهيه كل افراده انتهى واقتفى اثره العيني اقول ليس ذاك بسديد لان الاستدلال على كراهة الحشرات كلها بكراهة الضب لكونه من تلك
الحشرات انما هو من قبيل ان يرتب الحكم على فرد من افراد الجنس فينسحب ذلك الحكم على سائر افراد ذاك الجنس ايضا لا من قبيل ان يرتب الحكم

وفي التجريد للمرغيناني كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول اصح لما بينا فقد قيل لا بأس به لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد **قال** ولا بأس بأكل الارنب لان النبي عليه السلام
اكل منه حين اهدى اليه مشويا وامر اصحابه رضي الله عنهم بالاكل منه ولانه ليس من السباع ولا من اكلة الجيف فاشبه الظبي **قال** واذا ذبح ما لا يؤكل لحمه صار جلده وجميع الادمي والخنزير
فان الذكاة لا تعمل فيهما لما الادمي لحرمته وكرامته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لانه يؤثر في اباحة اللحم اصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا لانه
بموت الاصل صار كميتة الميتة ولنا ان الذكاة مؤثرة في ازالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم فاذا زالت طهر الجلد كما في الدباغ وهذا الحكم مفصل في الجلد
كالذنابي في الفهم فعمل الحي مستأنفة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو قطر في الماء القليل لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع به في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل
وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب لا يؤكل ويتنفع به في غير الاكل **قال** ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك وقال مالك ثلاثة وجماعة من اهل العلم
بالملاح بيع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعي انه اطلق ذلك كله والخلاف في الاكل والبيع ولهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر
من غير فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى
ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله عليه السلام عن وادي تخاذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول
على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام احلت لنا ميتتان والدمان اما الميتتان فالسمك والجراد
واما الدمان فالكبد والطحال **قال** ويكره اكل الطافي منه وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا بأس به لاطلاق ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روي جابر
رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة مثل ما نهينا ومنه البحر ما لفظه البحر
ليكون من تحته مضافا الى البحر لا ما مات فيه من غير آفة **قال** ولا بأس بأكل الجريث والمارماهي وانواع السمك والجراد بلا ذكاة وقال مالك رضي الله عنه لا يحل الجراد الا ان يقطع الاخذ راسه وبنوه
لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سائره ولنا ما روينا وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الارض وفي
الميت وغيره فقال كله كله وهذا عام من غير فصل ابانته وان مات حتف انفه فلان السمك اذا مات من غير آفة لا ناخصه بالنص الوارد في الطافي
ثم الاصل في السمك عندنا انه اذا مات بآفة يحل كالماخوذ واذا مات حتف انفه من غير آفة لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بينا هاهنا في كفاية المنتهى وعند الشافعي
يقف المبين منها منها اذا قطع بعضها فمات يحل اكل ما ابين وما بقي لا موته بآفة وما ابين من الحي ان كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان والله اعلم بالصواب

كتاب الاضحية

على الجنس فيستحب ذلك الحكم على جميع افراد ذلك الجنس كما توهم ذانك الشارحان فالظاهر ان مراد المصنف هو انه انما كره الحشرات كلها لان الضب منها وقد ورد في كراهة
اكله النص فيستدل بكراهة اكله على كراهة اكل سائر الحشرات ايضا بطريق القياس لاشتراك كلها في علة الكراهة ثم اقول البيت شعري لم وقع المص في هذا المضيق وكيف تشبث
في اثبات كراهة اكل الحشرات كلها بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث والظاهر ان الحشرات كلها من الخبائث والا لاستدعى الاستدلال بكراهة الضب على كراهة الحشرات كلها كما ذهب اليه
قوله ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول اصح قال صاحب العناية في تعليل كون الاول اصح لانه روي ان ابا يوسف سأل ابا حنيفة رحمه الله اذا قال في شيء
اكره فما رايك فيه قال التحريم انتهى اقول فيه نظر لان هذا انما يدل على كون الاول اصح ان لو كان المروي عن ابي حنيفة رحمه الله في هاتيك المسئلة منحصرا في لفظ اكره فكان بعضهم حمله على
التحريم وبعضهم حمله على التنزيه وليس كذلك بل المروي عنه فيها لفظان احدهما لا يعجبني اكله وبه اخذ من قال بكراهة التنزيه وثانيهما اكره به اخذ من قال بكراهة التحريم فمبنى اختلاف الفريقين
لاختلاف اللفظين المرويين عنه كما صرح به الشراح قاطبة حتى الشارح المزبور نفسه ايضا حيث قال متصلا بتعليله المذكور ومبنى اختلاف المشايخ
في قول ابي حنيفة على اختلاف اللفظ المروي عنه فانه روي عنه وحض بعض الفضلاء في لحم الخيل فاما انا فلا يعجبني اكله وهذا يلوح الى التنزيه وروي
عنه انه قال اكرهه وهو يدل على التحريم على ما روينا عن ابي يوسف تامل **قوله** لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل اقول الظاهر ان ضمير لهم
راجع الى جميع من خالفنا في هذه المسئلة على التفصيل المار اذ لم يذكر فيما بعد سوى دليل الشافعي مع ان التمسك بهذه الآية على الوجه المذكور لا
يتمشى على قول من قال منهم باستثناء الخنزير والكلب والانسان كما مر ذلك ايضا اذ على ذلك القول يلزم الفصل كما لا يخفى فتامل **قوله** ولانه
البحر موصوفة بالحل للحديث اقول لا يذهب على الفطن ان هذا القدر من الاستدلال لا يفيد مدعى ذلك والشافعي بدون المصير الى اطلاق ذلك
الحديث ايضا للسمك الطافي وعند ذلك لا يظهر وجه جعله دليلا مستقلا كما هو مقتضى كلام المصنف بل ينبغي ان يقال لاطلاق ما روينا واطلاق حديث حل ميتة البحر

كتاب الاضحية

اوردوا الاضحية عقيب الذبائح لان الاضحية ذبيحة خاصة والخاص بعد العام كذا قالوا اقول فيه مناقشة وهي انهم ان ارادوا ان الخاص يكون
بعد العام في الوجود فهو ممنوع اذ قد تقرر عند المحققين انه لا وجود للعام الا في ضمن الخاص وان ارادوا ان الخاص يكون بعد العام في التعقل
فهو انما يكون اذا كان العام ذاتيا للخاص وكان الخاص معقولا بالكنه كما عرف وكون الامر كذلك فيما نحن فيه ممنوع ويمكن ان يقال تمييز الذاتي
من العرضي انما يتيسر في الحقائق النفس الامرية واما في الامور الوضعية والاعتبارية كما فيما نحن فيه فكل ما اعتبر داخلا في مفهوم شيء يصير ذاتيا
لذلك الشيء ويكون تصور ذلك الشيء بالامور الداخلة في مفهومه تصورا له بالكنه ولا شك ان معنى الذبح داخل في معنى الاضحية لغة وشريعة
فيتوقف تعقلها على تعقل معنى الذبح فيتم التقريب على اختيار الشق الثاني تامل تقف ثم ان بيان معنى الاضحية لغة وشريعة قد اختلفت فيه عبارات
الشراح فقال صاحب النهاية المغة فالاضحية اسم شاة ونحوها يذبح في يوم الاضحى انتهى اقول فيه نوع مخالفة لما ذكر في مشاهير كتب اللغة من القاموس

قال الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه وعن ولده الصغار اما الوجوب
فقول ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمهم الله

والصحاح وغيرهما فان المذكور فيها ان الاضحية شاة تذبح يوم الاضحى ولم يذكر في واحد منها عموم الاضحية لشيء من غير الشاة كما يشعر به لفظ ونحوها
في عبارة صاحب النهاية وقال صاحب العناية ومعراج الدراية الاضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحى انتهى اقول فيه سماحة ظاهرة فانه
يتناول كل ما يذبح في يوم الاضحى من مثل الدجاجة والحمامة ونحوهما مما لا يطلق عليه لفظ الاضحية لا بحسب الشرع ولا بحسب اللغة وقال صاحب الكافي
والكفاية هي ما يضحى بها اي يذبح انتهى اقول فيه خلل بين فانه يتناول كل ما يذبح في يوم الاضحى وغيره وانما هذا معنى الذبيحة مطلقا ولا شك ان
الاضحية اخص منها ثم قال صاحب النهاية واما شرعا فالاضحية اسم لحيوان مخصوص وهو الابل والبقر والضان والمعز بسن مخصوص وهو الثني
فصاعدا من هذه الانواع الاربعة والجذع من الضان يذبح بنية القربة في يوم مخصوص وهو يوم الاضحى عند وجود شرائطها وسببها انتهى وقال
صاحب العناية وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الاضحى انتهى اقول يرد على ظاهره ان الاضحية في الشريعة
عبارة عما يذبح من حيوان مخصوص في وقت مخصوص لا عن ذبح ذلك الحيوان في ذاك الوقت فان هذا معنى التضحية لا معنى الاضحية وقد لوح
اليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال هي في الشريعة ما يذبح في يوم الاضحى بنية القربة وقال فيما نقل عنه ومن قال عبارة عن ذبح حيوان
مخصوص في وقت مخصوص فلم يفرق بين الاضحية والتضحية انتهى ثم اقول يمكن ان يجاب عنه بحمل الكلام على المسامحة بناء على ظهور المرام فيكون المراد بذبح
حيوان مخصوص هو الحيوان المذبوح نفسه وهذا كما قيل في تعريف العلم بحصول صورة الشيء في العقل ان المراد منه هو الصورة الحاصلة في
العقل على المسامحة كما حققه الشريف الجرجاني في عدة مواضع من تصانيفه وطعن بعض الفضلاء في التعريف الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر
حيث قال اعلم انه لا بد للتعريف من وجه آخر وهو ان يقول بسن مخصوص لئلا ينتقض التعريف انتهى اقول يمكن ان يجاب عنه ايضا بان قوله
حيوان مخصوص يغني عن ذلك القيد الآخر فان المراد بالمخصوص ما يعم المخصوص النوعي وهو الانواع الاربعة الابل والبقر والضان والمعز والمخصوص
السني ايضا وهو الثني فصاعدا من الانواع الاربعة المذكورة والجذع من الضان وحده فلا ينتقض التعريف بشيء نعم لو فصله كما وقع في النهاية
وغيرها لكان اظهر لكنه سلك مسلك الاجمال اعتمادا على ظهور تفصيل ذلك في تضاعيف المسائل الآتية ثم قال صاحب النهاية واما شرائطها
فنوعان شرائط الوجوب وشرائط الاداء اما شرائط الوجوب فاليسار الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر والاسلام والوقت وهو ايام النحر حتى
لو ولدت المرأة ولدا بعد ايام النحر لا تجب الاضحية لاجله ثم قال واما شرائط الاداء فالوقت ولو ذهب الوقت يسقط الاضحية الا ان في حق المقيمين
بالامصار يشترط شرط آخر وهو ان يكون بعد صلوة العيد ثم قال واما سببها فهو المبهم في هذا الكتاب فان سبب وجوب الاضحية ووصف العزيمة
فيها بانها ممكنة او ميسرة لم يذكر في اصول الفقه ولا في فروعه اما الاول فاقول وبالله التوفيق ان سبب وجوب الاضحية الوقت وهو ايام النحر
والغنى شرط الوجوب وانما قلنا ذلك لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم وتعلقه به اذ الاصل في اضافة الشيء الى الشيء ان يكون حادثا به سببا
وكذا اذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف ثم ههنا تكرر وجوب الاضحية بتكرر الوقت ظاهر وكذلك الاضافة فانه يقال يوم الاضحى كما يقال يوم
الجمعة ويوم العيد وان كان الاصل هو اضافة الحكم الى سببه كما في صلوة الظهر ولكن قد يضاف السبب الى حكمه كما في يوم الجمعة ومثل هذه

وعنه انها سنة ذكره في الجامع وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي ان على قول ابي حنيفة واجبة وعلى قول
ابي يوسف ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ لاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من اراد ان يضحي
منكم فلا ياخذ من شعره واظفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم
لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكوة وصار كالعشر

الاضافة في الاضحية لم توجد في حق المال الا يرى انه لا يقال اضحية المال ولا مال الاضحية فلا يكون المال سببا انتهى اقول فيه نظر لان الوقت
لما كان شرط وجوب الاضحية كما صرح به لم يبق مجال ان يكون سببا لوجوبها لان الشيء الواحد لا يصح ان يكون شرطا وسببا لشيء واحد آخر اذ قد
تقرر في علم الاصول ان الشرط والسبب قسيمان قد اعتبر في احدهما ما ينافي الآخر فانه قد اعتبر في السبب ان يكون موصلا الى المسبب في الجملة
وفي الشرط ان لا يكون موصلا الى المشروط اصلا بل كان وجود المشروط متوقفا عليه ومن الممتنع ان يكون شيء واحد موصلا الى شيء واحد آخر وان
لا يكون موصلا اليه في حالة واحدة لاقتضائه اجتماع النقيضين وعن هذا قالوا في الصلوة ان الوقت سبب لوجوبها وشرط لاداءها فلم يلزم ان يكون
سببا وشرطا بالنسبة الى شيء واحد قوله الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى قال في العناية اخذ من النهاية وهي واجبة بالقدرة
الممكنة بدليل ان الموسر اذا اشترى شاة للاضحية في اول يوم النحر ولم يضح حتى مضت ايام النحر ثم افتقر كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها
ولا تسقط عنه الاضحية فلو كانت القدرة بالميسرة لكان دوامها شرطا كما في الزكوة والعشر والخراج حيث يسقط بهلاك النصاب والخارج
واصطلام الزرع آفة لا يقال ادنى ما يتمكن به المرء من اقامتها تملك قيمة ما يصلح للاضحية ولم يجب الا بملك النصاب فدل ان وجوبها بالقدرة الميسرة
لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر وهذا الانما وظيفة مالية نظرا الى شرطها وهو الحرية فيشترط فيه الغنى كما في صدقة
الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب التمليك وليس كذلك لان القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق والمضحي ان تصدق باللحم فقد
حصل النوعان اعني التمليك والاتلاف باراقة الدم وان لم يتصدق حصل الاخير الى هنا لفظ العناية واعترض بعض الفضلاء على قوله
بدليل ان الموسر اذا اشترى شاة الاضحية في اول يوم النحر ولم يضح حتى مضت ايام النحر الى آخره حيث قال فيه ان المشتري اذا كان فقيرا
حين اشتراها ولم يضح حتى مضت الايام فكذا الحكم ففي دلالة ما ذكره على مطلوبه بحث اذ ليس في الفقير قدرة لا ممكنة ولا ميسرة فذلك الاشتراء
بنية الاضحية لا للقدرة عليها بل انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ لا نزاع لاحد في ان علة وجوب الاضحية على الموسر هي القدرة على النصاب وانما
الكلام هنا في ان القدرة التي تجب بها الاضحية على الموسر هل هي القدرة الممكنة ام القدرة الميسرة فاستدل صاحب النهاية على انها هي القدرة
الممكنة بمسئلة ذكرت في فتاوى قاضيخان وهي ان الموسر اذا اشترى شاة الاضحية في اول ايام النحر فلم يضح حتى مضت ايام النحر ثم افتقر كان
عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية واقتفى اثره صاحب العناية ولا شك في استقامة هذا الاستدلال اذ لو كان وجوبها
بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا على ما تقرر في علم الاصول ولا يضره اشتراك المعسر مع الموسر في حكم تلك المسئلة وهو وجوب التصدق
بعينها او بقيمتها لان علة الوجوب في المعسر هي الاشتراء بنية الاضحية كما صرحوا به لا القدرة وعلته في الموسر هي القدرة لا الاشتراء بنية الاضحية
كما صرحوا به ايضا فبعد ان تقرر ان علته في الموسر هي القدرة لا غير يكون تلك المسئلة دليلا واضحا على تعيين ان المراد بتلك القدرة هي الممكنة
لا الميسرة على ان اشتراك المعسر مع الموسر في حكم تلك المسئلة ممنوع اذ الواجب في صورة ان كان المشتري معسرا هو التصدق بعينها
جبرا لا غير بخلاف ان كان موسرا كما يجيء في الكتاب مفصلا وقال ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف لا يفوت بمضي الوقت يدل على ان وجوبها

وجہ الوجوب قولہ علیہ السلام من وجد سعۃ ولم یضح فلا یقربن مصلانا ومثل ہذا الوعید لا یلحق بترک غیر الواجب لانہا قربۃ یضاف الیہا
وقتہا یقال یوم الاضحی وذلک یؤذن بالوجوب لان الاضافۃ للاختصاص وہو بالوجود والوجوب ہو المفضی الی الوجود ظاہرا بالنظر
الی الجنس غیر ان الاداء یختص باسباب یشق علی المسافر استحضارہا ویفوت بمضی الوقت فلا تجب علیہ بمنزلۃ الجمعۃ والمراد بالارادۃ فیما روی
واللہ اعلم ما ہو ضد السہو لا التخییر والعتیرۃ منسوخۃ وہی شاۃ تقام فی رجب علی ما قیل وانما اختص الوجوب بالحریۃ لانہا وظیفۃ مالیۃ لا تتادی
الا بالملک والمالک ہو الحر بالاسلام لکونہا قربۃ وبالاقامۃ لما بینا والیسار لما روینا من اشتراط السعۃ ومقدارہ ما یجب بہ صدقۃ الفطر وقد مر

لیس بالقدرۃ الممکنۃ والا لم یسقط وکان علیہ ان یضحی وان لم یشتر شاۃ فی یوم النحر انتہی اقول ولیس ہذا ایضا بشیء لان مراد المصنف ہناک
فوات اداء الاضحیۃ بمضی الوقت لا سقوطہا بالکلیۃ فی حق المقیم ایضا فان الاداء ہو تسلیم عین الثابت بالامر تفوت بمضی الوقت فی الواجبات
الموقتۃ مطلقا لان الوقت شرط لاداءہا علی ما عرف فی اصول الفقہ واما القضاء وہو تسلیم مثل الواجب بالامر فلا یسقط بمضی الوقت وانما
الفائت بفوت الوقت لا غیر وہذا ایضا مما عرف فی اصول الفقہ وقد تقرر فیہ ایضا ان القضاء قد یکون بمثل معقول کالصلوۃ للصلوۃ وقد یکون بمثل غیر معقول کالفدیۃ للصوم
وثواب النفقۃ والحج وعدوا الاضحیۃ من القسم الثانی وقالوا ان اداءہا فی وقتہا باراقۃ الدم وقضاءہا بعد مضی وقتہا بالتصدق بعینہا او بقیمتہا
فقول ذلک البعض ثم ظاہر قول المصنف ویفوت بمضی الوقت یدل علی ان وجوبہا لیس بالقدرۃ الممکنۃ غیر مسلم وقولہ والا لم یسقط وکان علیہ
ان یضحی وان لم یشتر شاۃ فی یوم النحر لیس بصحیح اذ لم یقل احد بسقوط وجوبہا حتی یصح قولہ والا لم یسقط ولم یقل احد بصحۃ اداء الموقتات
بعد مضی وقتہا حتی یصح قولہ وکان علیہ ان یضحی وان لم یشتر شاۃ فی یوم النحر فان التضحیۃ اراقۃ الدم وہی انما تقبل فی وقت الاداء لا بعدہ
وانما الذی یلزم بعدہ قضاءہا وہو انما یکون بالتصدق بعینہا او بقیمتہا لا بغیر ثم قال ذلک البعض وسیقول المصنف انہا تشبہ الزکوۃ من
حیث انہا تسقط بہلاک المال قبل مضی ایام النحر کالزکوۃ تسقط بہلاک النصاب بخلاف صدقۃ الفطر لانہا لا تسقط بہلاک المال بعد طلوع
الفجر من یوم الفطر انتہی وہذا کالصریح فی ان المعتبر فیہا ہو القدرۃ المیسرۃ الی ہہنا کلامہ اقول وہذا ایضا ساقط جدا لان الاضحیۃ انما تسقط
بہلاک المال قبل مضی ایام النحر لا بہلاکہ بعد مضیہا حتی لو افتقر بعد مضیہا کان علیہ ان یتصدق بعینہا او بقیمتہا کما مر بیانہ ووجہ ذلک ما تقرر
فی علم الاصول من ان وجوب الاداء فی الموقتات التی یفضل الوقت عن اداءہا کالصلوۃ ونحوہا انما یثبت آخر الوقت اذ ہہنا یتوجہ الخطاب
حقیقۃ لانہ فی ذاک الآن یاثم بالترک لا قبلہ حتی اذا مات فی الوقت لا شیء علیہ والاضحیۃ من ہاتیک الموقتات فتسقط بہلاک المال قبل مضی
وقتہا ولا تسقط بہلاکہ بعد مضی وقتہا لتقرر سبب وجوب اداءہا اذ ذاک بل یلزم قضاءہا بالتصدق بعینہا او بقیمتہا بخلاف الزکوۃ فانہا من الواجبات
المطلقۃ دون الموقتۃ کما نص علیہ فی علم الاصول فتسقط بہلاک النصاب مطلقا ای فی ای وقت کان باعتبار القدرۃ المیسرۃ فیہا ومن شرط
تلک القدرۃ بقاءہا بالبقاء الواجب لئلا یتقلب الی العسر کما عرف فی اصول الفقہ فلو کان المعتبر فی الاضحیۃ ایضا ہو القدرۃ المیسرۃ لزم ان
تسقط الاضحیۃ اداء وقضاء بہلاک المال بعد ایام النحر ایضا لکون دوام القدرۃ المیسرۃ شرطا لا محالۃ ومراد المصنف بقولہ المزبور بیان مشابہۃ
الاضحیۃ بالزکوۃ فی مجرد سقوطہا بہلاک المال فی بعض الاحوال لا فی السقوط بہلاکہ فی کل حال ومن البین فیہ قولہ من حیث انہا تسقط بہلاک
المال قبل مضی ایام النحر کالزکوۃ بہلاک النصاب حیث قید ہلاک المال بکونہ قبل مضی ایام النحر فی سقوط الاضحیۃ واطلق ہلاک النصاب فی سقوط
الزکوۃ والعجب ان ہذا الفرق مع وضوحہ کیف خفی علی ذلک البعض حتی جعل کلام المصنف کالصریح فی خلافہ قولہ ووجہ الوجوب قولہ علیہ السلام
من وجد سعۃ ولم یضح فلا یقربن مصلانا ومثل ہذا الوعید لا یلحق بترک غیر الواجب اعترض علیہ بقولہ صلی اللہ علیہ وسلم من ترک سنتی لم تنلہ
شفاعتی واجیب بانہ محمول علی الترک اعتقادا او الترک اصلا فان ترک السنۃ اصلا حرام قد یجب المقاتلۃ بہ لان فیہ ترک الاذان ولا مقاتلۃ فی

والوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به وسنبين مقداره ان شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على ما بينا وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه
فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله وروي عنه انه لا يجب عن ولده وهو ظاهر الرواية لخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك الرأس ممونه ويلي عليه
وهما يوجبان الضمان وصدقة الفطر مختصة بالاصل في القرب ان تجب على الغير بسبب الغير فلهذا لا تجب عن عبده وان كان تجب عنه صدقة الفطر وان كان للصغير مال يضحى عنه ابوه
ودمته من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله يضحي من مال نفسه من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا يجوز التضحية
من مال الصغير في قولهم لان القربة تتأدى بالاراقة والصدقة بعينها تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير وله انه يمكنه ان يأكل كله ولا يمكن التصدق من ماله ويأكل منه ما امكنه ويبيع ما
بقي ما ينتفع بعينه قال ويأكل منها ويطعم منها ويدخر منها ثلاثة ايام بقرة او بدنة عن سبعة والقياس ان لا يجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي القربة الا انا تركنا هذا بالاثر وهو ما روي عن جابر
رضي الله عنه انه قال نحرنا مع رسول الله عليه السلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نقول في الشاة فيه على اصل القياس يجوز عن خمسة او ستة او ثلاثة ذكره محمد رحمه الله في الاصل لانه لما جاز عن سبعة
دون ما دونه لا يجوز عن ثلاثة بالقياس فيما كان يضحي لاجلهم اقل من السبع لا يجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك رحمه الله يجوز عن اهل بيت واحد
وان كانوا اكثر من سبعة ولا يجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه السلام على كل اهل بيت في كل عام اضحية وعتيرة قلنا المراد منه والله اعلم اهل البيت لان اليسار له يؤدي ما يؤدي عن كل
مسلم في كل عام اضحية وعتيرة ولكن البدنة تجزئ عن اهل بيتين نصف شاة في الاضحية لانه لما جاز ثلاثة الا سبعا جاز نصف السبع تبعا له واذا جاز عن الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموه جزافا
جاز لانه كان معه شيء من الكلام والجهالة اعتبار باليسير واذا اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك فيها ستة معه جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر وجه القياس انه عدل بها للقربة فيمنع عن
تغييره كما لا يشرك هذا صفة وجه الاستحسان انه قد يحدث بقرة سمينة يشتريها لا يظفر بالشركاء وقت الذبح وانما يطلبهم بعده فكانت الحاجة اليه ماسة فجوزنا دفعا للحرج وقد ذكر
ان الشراء للتضحية يمتنع البدء والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشراء ليكون ابعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يكره الاشراك بعد الشراء لما بينا قال و
ليس على الفقير والمسافر اضحية لما بينا وابو بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي رضي الله عنه ليس على المسافر جمعة ولا اضحية

غير الحرام كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول ذاك التأويل محتمل فيما نحن فيه من الحديث ايضا بان يكون المراد بقوله عليه السلام ولم يضح
هو ترك التضحية اعتقادا او تركها اصلا فلا يتم الاستدلال به على الوجوب كما لا يخفى ثم قال في العناية وعوض بقوله عليه السلام كتبت على الاضحية ولم
تكتب عليكم وقوله عليه السلام ضحوا فانها سنة ابيكم ابراهيم وبان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة ان يراها الناس
واجبة واجيب عن الاول بان المكتوبة الفرض ونحن نقول بانها غير فرض وانما هي واجبة وعن الثاني بانه مشترك الالزام فان قوله ضحوا امر وهو للوجوب
وقوله فانها سنة ابيكم اي طريقته فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وعن الثالث بانهما كانا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة ان يراها
الناس واجبة على المعسرين انتهى اقول في تقريره الجواب عن الثاني خلل فان القول بانه مشترك الالزام ليس بصحيح لانه لما كان قوله ضحوا امرا
وكان الامر للوجوب وجاز ان تحمل السنة في قوله فانها سنة ابيكم على الطريقة المسلوكة في الدين وهي تعم الواجب ايضا تعين جانبنا ولم نشترك في
الالزام قط فالصواب في تقرير الجواب عن الثاني ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وقوله ضحوا دليلنا لانه امر فيفيد الوجوب وقوله فانها سنة ابيكم
لا ينفي الوجوب لان السنة هي الطريقة في الدين واجبة كانت او غير واجبة انتهى واورد بعض الفضلاء على الجواب عن الاول حيث قال فيه بحث فانه
روى الدارقطني باسناده عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ثلث كتبت علي وهن لكم تطوع الحديث انتهى اقول المقصود من الجواب
المذكور دفع معارضة الخصم بقوله عليه السلام كتبت علي الاضحية ولم يكتب عليكم ولا شك في اندفاع تلك المعارضة بالجواب المذكور وما ذكره ذلك
البعض من رواية الدارقطني لا يقدح في تمام ذلك الجواب بالنظر الى ما هو المقصود منه وانما يكون ذلك معارضة اخرى لاصل المدعى ولعل جمهور
الشراح انما لم يتعرضوا للجواب عنه اصالة لكونه ضعيفا غير صالح للمعارضة لما روينا لان الدارقطني اخرجه عن جابر الجعفي عن عكرمة عن ابن
عباس مرفوعا وجابر الجعفي ضعيف كما ذكره اهل الحديث وقال صاحب التنقيح وروي من طرق اخرى وهو ضعيف على كل حال انتهى قوله

وبالوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به اقول هنا شائبة مصادرة لان قوله وبالوقت عطف على قوله بالحرية في قوله وانما اختص الوجوب بالحرية
فيصير المعنى وانما اختص وجوب الاضحية بالوقت الذي هو يوم الاضحى لانها اي الاضحية مختصة به اي بذلك الوقت فيؤول الى تعليل الاختصاص
بالاختصاص كما ترى لا يقال المذكور في العلة اختصاص الاضحية نفسها بذلك الوقت والمعتبر في المدعى اختصاص وجوب الاضحية فاللازم
هنا تعليل اختصاص وجوب الاضحية بذلك الوقت باختصاص نفس الاضحية به ولا مصادرة فيه لانا نقول لا معنى لاختصاص الاضحية بذلك
الوقت سوى اختصاص وجوبها به اذ لا شك في امكان عمل التضحية في جميع الاوقات فلا بد ان يكون المراد بقوله لانها مختصة به فيلزم
المحذور المذكور وكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير عبارة المصنف فيما قبل فقال بدل قوله وانما اختص الوجوب بالحرية الى آخره والتقييد
بالحرية لانها قربة مالية مفتقرة الى الملك والحر هو المالك ثم قال والوقت لاختصاصها به فاللازم حينئذ تعليل التقييد بالوقت باختصاص الاضحية
بذلك الوقت ولا مصادرة فيه فان قلت يجوز ان يكون مراد المص بقوله وانما اختص الوجوب بالحرية وانما اختصه القدوري في مختصره بالحرية
على ان يكون كلمة اختص مبنيا للفاعل والوجوب مفعوله ويكون مراده هنا بقوله لانها مختصة بنفي الشرع فاللازم تعليل تخصيص القدوري

قال ووقت الأضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر إلا أنه لا يجوز لأهل الأمصار الذبح حتى يصلي الإمام العيد فأما أهل السواد فيذبحون بعد الفجر لأصل فيه قوله عليه السلام من ذبح قبل الصلاة فليعد أضحيته ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الأضحية غير أن هذا الشرط في حق من تلزمه الصلاة وهو المصري دون أهل السواد وفي المنتقى احتمال التسلسل من الصلاة كما منع التأخير حتى لو ذبح قبل صلاة عليه مما رواه حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في قولهما بعد الصلاة قبل الإمام ثم المعتبر في ذلك مكان الأضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر جاز ولو كان على العكس لا يجوز إلا بعد الصلاة وحيلة المصري أن يرسل أضحيته إلى أهله في السواد ليذبحوها قبل الإمام ثم يأكلها وهذا لأنه تشبه الزكاة من حيث إنها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة وبهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المال لا مكان المالك فيجوز بخلاف صدقة الفطر لأنها لا تسقط بهلاك المال بعد طلوع الفجر من يوم النحر ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأه استحسانا لأنها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم وكذا على هذا عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا قال ومن ضحى ثلاثة أيام يوم النحر يومان بعده وقال الشافعي ثلاثة أيام بعده لقوله عليه السلام أيام التشريق كلها أيام ذبح ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها وقد ثبت أن الرأي لا يهتدى إلى المقادير وإنما يعرف بالأخبار تعارضت فأخذنا بالمتيقن وهو الأقل وأفضلها أولها كما قالوا لأن فيه مسارعة إلى أداء القربة وهو الأصل لا معارض وفي حق الذبح وليالي الأيام إلا أنه يكره تحريما لتلطخ في ظلمة الليل وأيام النحر ثلاثة وأيام التشريق ثلاثة والكل يسمى أربعة أو أحدها نحر وأخرها تشريق وأوسطها نحر وتشريق والتضحية فيها أفضل من التصدق بثمن الأضحية لأنها قربة واجبة أو سنة والتصدق بالقيمة محض فتفضل عليه ولأنها تفوت بفوات وقتها والصدقة تؤدى بأي وقت شاء فكانت منزلة الطواف والصلاة في حق الآفاقي ولو لم يضح حتى مضت أيام النحر إن كان وجب على نفسه أو كان فقيرا وقد اشترى الأضحية تصدق بها حية لأن كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشتراها أو لم يشترها وجبت على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عند أداء الوقت يجب عليه التصدق بها أحياء عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا أو الصوم بعد العجز فصل نية

وجوب الأضحية بالوقت باختصاص الأضحية في الشرع بذلك الوقت ولا مصادرة فيه قلت فحينئذ يصير معنى الكلام في هذا المقام بمنزلة اللغو فإن المقصود بيان الاختصاص الشرعي وتعليل ذلك الاختصاص كما فعله باختصاصه بالحرية وبالإسلام وبالإقامة وبالإيسار وعلى المعنى المذكور يلزم أن يكون المبين والمعلل هنا مجرد تخصيص القدوري وجوبها بالوقت بدون أن يبين ويعلم اختصاصه الشرعي بذلك الوقت شيء أصلا ولا يخفى ما فيه قوله

ووقت الأضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر إلا أنه لا يجوز لأهل الأمصار الذبح حتى يصلي الإمام العيد قال صاحب النهاية وهذه العبارة تشير إلى ما ذكره في المبسوط بقوله ومن ضحى قبل الصلاة في المصر لا يجزيه لعدم الشرط لا لعدم الوقت أقول هنا إشكال لأن الحديثين اللذين ذكرهما المصنف فيما بعد وجعلهما الأصل في هذه المسألة وكذا سائر الأحاديث الواردة في بيان وقت جواز التضحية لا يدل شيء منها على دخول وقت الأضحية بطلوع الفجر من يوم النحر في حق أهل الأمصار بل يدل ظاهر كل منها على أن أول وقتها في حق من عليه الصلاة بعد الصلاة فمن أين يؤخذ دخول وقتها بطلوع الفجر من يوم النحر في حق أهل الأمصار أيضا على تقدير أن يتحقق الماخذ لذلك فالإشكال باق لأنه إذا لم يتأد الأضحية بالذبح بعد طلوع الفجر من يوم النحر قبل الصلاة في حق أهل الأمصار بل لم يكن أداء بل قبل الصلاة في حقهم لعدم تحقق الشرط فما معنى جعل ذلك الشرط الذي قبل الصلاة من يوم النحر وقتا للأضحية في حق أهل الأمصار أيضا وما ثمرة ذلك والظاهر أن ثمرة كون وقت ما وقت الواجب صحة أداء ذلك الواجب في ذلك الوقت ولذا قيل من الكان أداء فيه فتأمل ثم إن صاحب الوقاية قال في تحرير هذه المسألة وأول وقتها بعد الصلاة إن ذبح في مصر وبعد طلوع فجر يوم النحر إن ذبح في غيره وآخره قبيل غروب اليوم الثالث انتهى ورد عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال في متنه وأول وقتها بعد طلوع فجر يوم النحر وآخره قبل غروب اليوم الثالث وشرط تقديم الصلاة عليها إن ذبح في مصر وإن ذبح في غيره لا وقال فيما نقل عنه في الحاشية هذا من المواضع التي اخطأ فيها تاج الشريعة حيث زعم أن أول وقتها يختلف بحسب مكان الفعل ولم ينبه له تاج الشريعة انتهى كلامه أقول لا خطأ في كلام تاج الشريعة أصلا فإن مراده بقوله وأول وقتها أول وقت أدائها لا أول وقت وجوبها ولا شك أنه إذا كان تقديم الصلاة عليها شرطا في حق أهل الأمصار كان أول وقت أدائها في حقهم بعد الصلاة وإن كان بعد طلوع الفجر من يوم النحر ويؤيده جدا عبارة الإمام قاضيخان في فتاواه حيث قال ووقت الأداء لمن كان في المصر بعد فراغ الإمام عن صلاة العيد انتهى قوله ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأه استحسانا لأنها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم قال الشارح قولهم أجزأه استحسانا يشير إلى أنه لا يجزيه قياسا وذلك لأن اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز ذلك فإنه قبل الصلاة من وجه وبعد الصلاة من وجه فوقع الشك في العبادات يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب انتهى أقول هنا بحث وهو أن ما ذكره في الكتاب من وجه الاستحسان لا يدفع وجه القياس الذي ذكروه لأن كون صلاة أهل المسجد صلاة معتبرة لا تنافي كون صلاة أهل الجبانة أيضا صلاة معتبرة كيف وقول المصنف وكذا هذا على عكسه صريح في أن صلاة أهل الجبانة أيضا صلاة معتبرة وإلا لم يجز العكس فإذا كانت كلتا الصلاتين معتبرة وقع الشك في جواز التضحية بعد إحدى الصلاتين فيجب الاحتياط فيه إذ الأصل في العبادات عدم جوازها فظهر وجه الاستحسان الذي ذكر في الكتاب في مقابلة القياس الذي ذكروه

قال ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك لان العجفاء لقوله عليه السلام لا تجزئ في الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء
التي لا تنقي قال الا التي خصب اذنها ان في اكثر الاذن والذنب جائز لان للاكثر حكم الكل ثمة وهنا بان الاكثر لا يعد اليسير لا يعد الحرج عنه فحمل عفوا واختلفت الرواية عن ابي حنيفة رح في مقدار الاكثر
نقل الجامع الصغير عنه ان قطع من الذنب او الاذن او العين اقل الثلث او الثلث جاز وان كان اكثر لم يجز وهذا لان الثلث مقدر فيه الوصية من حيث الورثة فاعتبر قليله وكثيره كما اذا بقي الاكثر من الصحيح
الا ترى انه اعتبر كثيرا ويروى عنه انه لا يجوز حكاية الكمال على ما مر في الصلوة ويروى الثلث لقوله عليه السلام في حديث الضحية اشرفت وشرقت وكثير وقال ابو يوسف ومحمد اذا بقي الاكثر من الصحيح
جاز اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلوة وهو اختيار الصفة ابي الليث وقال ابو يوسف اخبرت بقول ابي حنيفة فقال اي حرف له قيل هو يرجع منه الى قول ابي يوسف قيل معناه قول تيسير من ذلك وفي كون
النقص ما فاته بيان ما كان اكتساب العضو الى ابي يوسف تتمة معرفة للقدر الذي في غير العين متيسر في العين قال الشارح لما اشتد العين المعيبة بدن لا تكلف انتهاء ثم يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا
فاذا رآه من مرضه اخذ على ذلك الكان حرك شيئا عينها الصحيحة وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا رآه من مكان عليه ترى نظر الى اشارت ما بينهما وان كان الذاهب الثلث وان كان بعضا فالنصف
قال ويجوز ان يضحى بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا المكسورة القرن لما قلنا والخصي لان الطيب وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين املحين موجوءين والموجوء والخصي
البينونة رجل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يعلو المقصود واما اذا كانت لا تعتلف لا تجزيه لان الجرب في الجلد لا نقصان في اللحم وان كانت مجردة لا تجزيه لان الجرب في اللحم فانتقص
اما الجماء وهي التي لا اسنان لها عن ابي يوسف رح انه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة وعنه ان بقي ما يمكن الاعتلاف به اجزاه لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجزئ ان كان هذا لان
مقطوع الاكثر لان اذا كان لا يجوز فعدمه اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء واذا اشتراها سليمة ثم تعيبت بسبب مانع ان كان غلبه عليه غيره هذا لان
الوجوب على الغني يتعلق ابتداء بالشراء فلم تتعين به على الفقير شراء بينة لا تضحيه فتعينت فلا يجب عليه فان تصدقه كما في نصاب الزكوة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على
الموسر وكانت اخرى ولا شيء على الفقير ولو ذبحت او سرقت فاشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احديهما وعلى الفقير ذبحهما ولو اضجعهما فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها الجزاء اجزاها
عند الخلاف ثم الثاني ذبحهما الله لان حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح وكانه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت من غير ذبح وكذا لو ذبح غيره
عند محمد رح خلافا لابي يوسف لانه حصل بتقدمات الذبح قال والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا لم تنقل التضحية بغيرها عن النبي عليه السلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم قال ويجزئ
من ذلك كله الثني خصه الا الضان فان الجذع منه يجزئ لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا الا ان يعسر عليكم فليذبح الجذع من الضان وقال عليه السلام نعمت الاضحية الجذع من الضان
قالوا هذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر انه جذع الجذع من الضان تمت له ستة اشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني رح انه ابن سبعة اشهر
والثني منها من المعز ابن سنة وعن ابي حنيفة رح ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التضحية
حتى اذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد قال واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات احدهم قبل النحر قالت الورثة اذبحوا عنه وعنكم اجزاهم وان كان شريك السنة لم يجز
وهذا يريد الحر عن جميعهم وجه ان البقرة جزء عن سبعة لكن شرط ان يكون قصد القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة و
قد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة الا ترى ان النبي عليه السلام ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس من اهل ذلك قصد الله
بنائها واذا لم يقع للبعض قربة والاراقة لا تجزئ في حق القربة لم يقع الكل ايضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف
فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء على الميت ولو ذبحوها عن صغير في الورثة او
ولد جاز لما بينا انه قربة وتوماث واحد منهم فذبحها الباقون عن الورثة لا يجزيهم لانه لم يقع بعضها قربة وفي القديم وجه الاذن من الورثة فكان قربة

فكيف يترك به القياس كما هو مقتضى جواب هذا الكتاب **قوله** وهي جائزة في ثلثة ايام يوم النحر ويومان بعده اقول للقائل ان قوله ويومان بعده يشعر بانهما ليسا من
ايام النحر لان معناه ويومان بعد يوم النحر والظاهر ان ما كان بعد يوم النحر ليس بيوم النحر وقد قال فيما بعده وايام النحر ثلثة والجواب ان المراد بقوله ليوم النحر يوم النحر
المحض واليومان اللذان بعده ليسا بنحر محض وانما هما نحر وتشريق كما سيأتي في الكتاب والتحقيق ان يوم النحر بالافراد صار بمنزلة العام لليوم الاول من ايام النحر ويوم العيد
واما ايام النحر بالجمع فيتناول يوم العيد واليومين اللذين بعده على السوية فلا تدافع بين الكلامين في المقامين بهتر شد **قوله** ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه كان
فقيرا تصدق بشاة حية قال في معراج الدراية قيد الايجاب على نفسه غير مفيد لانه لو كان اوجبها بدون الايجاب على نفسه فالحكم كذلك انتهى اقول ليس كذلك بسديد لان الحكم هنا هو التصدق بشاة حية
وليس الحكم كذلك فيما لو كان اوجبها بدون الايجاب على نفسه فان الحكم هناك هو التصدق بقيمتها لا التصدق بعينها كما نص عنه المصنف بقوله وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشتري او لم يشتر **قوله** فان
فات الوقت يجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد الفجر فدية قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فاذا فات وقت التقرب بالاراقة والحق مستحق وجب التصدق
بالعين او القيمة اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد الفجر فدية والجامع بينهما من حيث ان قضاءها وجب عليه في الاداء بجنس خلاف الاداء ثم هو رد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله
وجب التصدق بالعين لا يلايم الاعتبار بالجمعة والصوم مع ان المصنف التصدق بالقيمة للمعنى الغير المرجح كما لا يخفى انتهى اقول ذلك ساقط اذ لا نسلم انه لا يلايم الاعتبار بالجمعة والصوم لان الاعتبار بهما من حيث
ان القضاء بغير المثل كما نص عليه صاحب العناية بقوله والجامع بينهما من حيث ان قضاءها وجب عليه في الاداء بجنس خلاف جنس الاداء ولا يذهب على ذي فطنة ان هذا المعنى متحقق في التصدق بالعين فيما لان الواجب
عليه في الاداء اراقة الدم والتصدق ليس من جنس الاراقة سواء بالقيمة او بالعين ثم ان كون الجامع التصدق في قوله فاذا فات الوقت يجب عليه التصدق هو التصدق بالقيمة للمعنى الغير المرجح
وحده كما زعمه ذلك البعض مما لا يناسب شأن المصنف جدا اذ يلزم حينئذ ان يترك بيان وجه المسئلة فيما اذا كان اوجب على نفسه او كان فقيرا وقد اشترى بنية الاضحية فيكون ذلك التصدير امنه وافادة
حق المقام بلا ضرورة وامثاله من ذلك فالحق ان اراده بالتصدق المذكور ما يعم التصدق بالعين وبالقيمة كما اشار اليه صاحب العناية بقوله وجب التصدق بالعين او القيمة **قوله** ولا يضحى بالعمياء والعوراء
الى آخره قال صاحب النهاية لما ذكر ما يجوز به الاضحية شرع في بيان ما لا يجوز به الاضحية انتهى اقول ليس بسديد اذ لا يذهب عليك انه لم يذكر فيما قبل ما يجوز به الاضحية وانما يذكره فيما بعد بقوله ويجوز
ان يضحى بالجماء والخصي والثولاء الى آخره والذي ذكره فيما قبل انما هو صفة الاضحية من الوجوب والسنية وشرائطها من الحرية والاسلام ونحوهما ومن حيث عنه الاضحية وعدد من يجزئ عنه من
الشاة والبقر والبدنة واول وقت الاضحية وعدد ايامها وما يتعلق بكل واحد من هاتيك الامور من الفروع والاحكام كما تحققه من قبل ولعل صاحب
العناية تدارك حيث قال في شرح هذا المقام هذا بيان ما لا تجوز التضحية به ولم يتعرض لذكر ما تجوز به التضحية **قوله** واختلفت الرواية عن ابي حنيفة في مقدار
الاكثر الى آخره اقول تطبيق هذه الروايات عن ابي حنيفة رحمه الله على عبارة مسئلة الكتاب مشكل لان عبارتها اكثر اذنها وذنبها بصيغة التفضيل

قال ويأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا وهو غني جاز ان يوكل غنيا ويستحب ان ينقص
الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلثة الاكل والادخار لنا والاطعام لقوله تعالى فكلوا منها واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا قال ويتصدق بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت
كالمنظم والجراب الغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم ولا بأس بان يشتري به ما ينتفع به في البيت بعينه مع بقائه استحسانا وذلك مثل ان كان الابدال سكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع
به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول والجزء تزال الجلد في الصحيح لو بلغ الجلد الدراهم او بما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه تصدق
بثمنه لان القربة انتقلت اليه وقوله عليه السلام من لم يجد اضحية فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم ولا يعطي اجر الجزار من الاضحية لقوله عليه السلام لعلي
رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط اجر الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عنه عن البيع ايضا لانه في معنى البيع ويكره ان يجز صوف اضحيته وينتفع به قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة القربة
بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي ويكره ان يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف قال والافضل ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسنه فالافضل ان يستنيب غيره
واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب قال ويكره ان يدفع الكبش الى الذابح لانه عمل هو قربة من عمل
اهل الكتاب او لانه من اهل الذكاة والقربة اقيمت بآلته ونيته بخلاف ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الذكاة وكان افسادا قال فان اغلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية الآخر اجزأ
عنهما لان الاضحية ملك الذابح وهذا استحسان واصل هذا ان من ذبح اضحية غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الاضحية في القياس وهو قول زفر وفي الاستحسان يجزيه ولا ضمان
على الذابح وهو قول وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها
في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها صار المالك مستغنيا بكل من يأكل اهل الذبح آذاه كدلالة لانها تفوت بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها العوض فصار كما اذا ذبح شاة تعدل القيمة
رجلها فان قيل يفوته امر مستحب وهو ان يذبحها بنفسه او يشهد الذبح فالايرضى به قلنا يحصل له مستحب آخر ان صبر وهو مضحيا لما عينه وكونه متجلدا به فيرتضيه وكلما ذكرنا رحمهم الله
من هذا الجنس مسائل استحسانية ومن ذبح لم يجز لغيره اذا ضحى خطئه او تعمد على دابته فعطبت كل ذلك بغير امر المالك يكون ضامنا وتوضيحه المالك الحر في القدر والقيد على
الكافي ثم اخطأ تحته او يجعل الخطأ في الذبح في ربط الدابة عليه او يرفع اجزاء وامالها الى نفسه او حمل على دابته فسقط في الطريق فاذا قدر هو النار فيه فطفق او ساق الدابة فطحنها او اعانه
على رفع اجزاء فانكسرت فيما بينهما او حمل على دابته ما سقط فعطبت يكون ضامنا في هذا الفصل استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا نقول في مسئلة الكتاب ذبح كل منهما اضحية غيره بغير
اذنه يصير عن اضحية خلافية ترفع بعينها ويتأتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فيأخذ كل واحد منهما مسلوخة من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فان كل ناقد اكل ناقد علما فليعلل كل
واحد منهما لصاحبه بجزء لانه لو اطعم كل واحد منهما غيره ان كان غنيا فكذا له ان يجعله ولا تنهلوا ان يشاء فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه تتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم

والاضافة الى الاذن والذنب وهي تقتضي ان يكون الجزء الباقي منهما اقل وهذا غير متحقق في شيء من هذه الروايات عنه اما في رواية الربع ورواية
الثلث فظاهر واما في رواية الاكثر من ثلثة الارباع ولا الثلث باكثر من الثلثين واما في رواية الاكثر من الثلث فلان الاكثر من الثلث
اذا لم يجاوز النصف لم يصر اكثر الكل وفي رواية الاكثر من الثلث عنه لم يشترط تجاوز النصف ولا الوصول الى النصف بل اعتبر الزيادة على الثلث
في الجملة فلم يلزم في عدم الاجزاء على هذه الرواية ايضا ذهاب اكثر الاذن والذنب فكيف يربط قوله واختلاف الرواية عن ابي حنيفة في مقدار الاكثر
بما قبله من مسئلة الكتاب فان قلت ليس المراد بالاكثر في عبارة مسئلة الكتاب معنى التفصيل بل هو بمعنى الكثير كما يرشد اليه قول المصنف في
بيان وجه رواية الاكثر من الثلث وفيما زاد لا لقيد الا برضاهم فاعتبر كثيرا وقوله في بيان وجه رواية الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث
والثلث كثير ثم ليس المراد بالكثير ايضا الكثير بالاضافة الى الجزء الباقي والا يعود المحذور بل المراد به الكثير في نفسه والاضافة الى الاذن والذنب
لمجرد بيان محل الكثير فحينئذ يمكن تطبيق كل من الروايات المذكورة على عبارة مسئلة الكتاب قلت شرط استعمال صيغة التفصيل مجردة عن معنى التفصيل ان
تكون عارية عن اللام والاضافة ومن كما تقرر في موضعه وفي عبارة مسئلة الكتاب وقعت مضافة فلا يصح تجريدها عن معنى التفصيل على قاعدة
العربية ولئن سلم ايضا عن ذلك لا يصح تعليل المصنف تلك المسئلة بقوله لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا على تقدير ان يحمل الاكثر على الكثير المطلق اذ لو كان للكثير مطلقا حكم الكل بقاء وذهابا
لزم ان يصير الاذن والذنب باقيا وذاهبا في حالة واحدة فيما اذا كان كل واحد من الباقي والذاهب منهما كثيرا في نفسه كما اذا ذهب ربعها او ثلثها او اكثر من ثلثها في الجملة على ما وقع في الروايات المذكورة
فيلزم جمع الحكمين المتضادين تأمل تقف قوله ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلثة الاكل والادخار لنا بينا والاطعام لقوله تعالى وكلوا منها واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها
اثلاثا اقول لقائل ان يقول الامر المطلق للوجوب عند اكثر العلماء كما تقرر في علم الاصول فالظاهر من قوله تعالى وكلوا منها واطعموا القانع والمعتر وجوب الاطعام والمدعى استحبابه فليتأمل في الجواب قوله ولا بأس
ان يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرناه لان المبدل اقول لقائل ان يقول ان تعليل في مقابلة النص هو قوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية
له فانه يتناول باطلاقه بيع الجلد بما ينتفع بعينه مع بقائه ايضا والتعليل في مقابلة النص غير مقبول على ما تقرر في اصول الفقه فليتأمل في الدفع قوله ولا يشتري به ما لا ينتفع
به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول اقول فيه بحث اما اولا فلان اعتبار ذلك بالبيع بالدراهم غير واضح فان الدراهم
مما لا ينتفع بعينها اصلا اي لا مع بقائها ولا بعد استهلاكها وانما هي وسيلة محضة فالمقصود منها التمول لا غير بخلاف مثل الخل والابازير فانه مما ينتفع به وان كان
ذلك بعد استهلاكه فجاز ان يكون المقصود منه الانتفاع دون التمول والانتفاع بنفس جلد الاضحية غير محرم فكذا بدله واما ثانيا فلان عدم جواز بيع جلد الاضحية بالدراهم
لما ثبت بخلاف القياس على ما نص عليه صاحب غاية البيان فانه بعد ان بين وجه الاستحسان فجوز بيعه بما ينتفع بعينه مع بقائه بانه جاز له الانتفاع بالجلد فجاز له الانتفاع بالبدل لان البدل يتحكم البدل
قال فكان القياس ان يجوز بيع الجلد بالدراهم ايضا الا انا تركنا القياس بقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه ولا تعط اجر الجزار منها فاذا اعطى اجر الجزار منها يصير بائعا للحم او الجلد بالدراهم

فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما ارتفعت عن صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه
ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع
شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح والله اعلم

وقد ثبت المنع عنه بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره انتهى واذا كان كذلك فكيف قياس عدم جواز بيع الجلد بمثل الخل والابازير على عدم جواز
بيعه بالدراهم كما يقتضيه قول المصنف اعتبارا بالبيع بالدراهم وقد تقرر في اصول الفقه ان من شرط القياس ان لا يكون حكم الاصل معدولا
عن القياس فالاظهر ان يترك القياس على البيع بالدراهم في تعليل هذه المسئلة ويقال في تعليلها لانه لا يصلح ان يكون بدلا عن عين الجلد قائما
مقامه لعدم الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد فلم يكن حكمه كحكم عين الجلد بخلاف ما ينتفع بعينه مع بقائه كما مر وقد اشار اليه صاحب البدائع حيث قال ولانه
ان بيع هذه الاشياء وبما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه من متاع البيت كالجراب والمنخل لان البدل الذي يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقوم مقام
البدل فكان البدل قائما معنى وكان الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد بخلاف البيع بالدراهم او الدنانير لان ذلك مما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه
فلا يقوم مقامه الجلد فلا يكون الجلد قائما معنى انتهى **قوله** فصار كما لو باع اضحيته قال جماعة من الشراح في بيان معنى هذا الكلام يعني انه لو باع اضحيته
واشترى بثمنها غيرها فلو كان غيرها انقص من الاولى تصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشتر حتى مضت ايام النحر تصدق بثمنها كله انتهى اقول فلا تكلف
في بيان مراد المصنف بقوله المذكور جدا حيث جعلوه صورتين فزادوا في الصورة الاولى اشتراه غيرها بثمنها واعتبروا التصدق في تلك الصورة
في بعض الثمن دون كله وزادوا في الصورة الثانية مضى ايام النحر وليس في كلام المصنف هذا ما يدل على شيء من ذلك وليس في المقام ما يقتضي
شيئا منهما كما لا يخفى مع ان الامر في معنى هذا الكلام على طرف التمام عملا على حذف المضاف اي كما لو باع لحم اضحيته فيكون المراد به الاشارة الى ما
في الكتاب من قوله ولو باع الجلد واللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه تدبر **قوله** ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرنا
قال في العناية وقوله ومن اتلف لحم اضحية غيره متصل بقوله وان تشاحا يعني ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم اضحية صاحبه ومن
اتلف لحم اضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه انتهى اقول ليس هذا التوجيه بوجيه فان قول المصنف فان تشاحا
فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه مسئلة تامة لا بد لها من دليل مغائر لها وفي التوجيه المذكور قد اخذ مقدم المسئلة وهو قوله وان
تشاحا وضم اليه تال مغائر لتالي المسئلة غير مذكور في الكتاب اصلا فصار ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم اضحية صاحبه وجعل
ذلك صغرى الدليل وجعل كبراه قول المصنف بعد المقدمات الكثيرة ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ولا يخفى ما فيه والحق عندي ان
قول المصنف ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه متصل بما قبله وهو قوله وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له فما قبله بمنزلة
الصغرى وهذا بمنزلة الكبرى ومجموعهما دليل تام على اصل المسئلة وهو قوله وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه فمعنى الدليل ان
تضحية كل واحد منهما لما وقعت من صاحبه كان اللحم الذي اتلفه بالاكل لصاحبه لا لنفسه ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه من تضمين
صاحبه اياه قيمة لحمه وليت شعري ان صاحب التوجيه الاول ماذا يصنع في حق قول المصنف وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان
اللحم له فهل يجعله وحده دليلا آخر على اصل المسئلة ام يجعله متصلا بشيء آخر غير اصل المسئلة فانظر وتبصر بل تبصر

كتاب الكراهية

قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد رحمه الله نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها فصل في الاكل والشرب قال ابو حنيفة يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بابوال الابل

كتاب الكراهية

اورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحد منهما لم تخل من اصل او فرع يرد فيه الكراهية الا يرى ان التضحية في ليالي ايام النحر مكروهة وكذا التصرف في الاضحية لجز صوفها وحلب لبنها وابدال غيرها مكانها وكذلك ذبح الكتابي وغير ذلك كما ان الامر في كتاب الكراهية كذلك كذا في الشروح ثم ان عبارات الكتب قد اختلفت في ترجمة هذا الكتاب فقد سماه محمد في الجامع الصغير باسم الكراهية وعليه وضع الطحاوي في مختصره وتبعهما المصنف وسماه محمد في الاصل بالاستحسان وعليه كتب كثير من مشائخنا كالكافي للحاكم الشهيد والمبسوط والمحيط والذخيرة والمغني وغيرها وسماه الكرخي في مختصره بالحظر والاباحة وتبعه القدوري في مختصره والامام قاضيخان في فتاواه وكذا وقع في التحفة والتتمة والايضاح ولكل وجهة هو موليها اما وجه التسمية بالكراهية فلان بيان المكروه اهم لوجوب الاحتراز عنه واما وجه التسمية بالاستحسان فلان فيه ما حسنه الشرع وما قبحه ولفظ الاستحسان احسن فلقب به اولان اكثر مسائله استحسان لا مجال للقياس فيها واما التسمية بالحظر والاباحة فلان الحظر المنع والاباحة الاطلاق وفيه ما منع عنه الشرع وما اباحه كذا ذكر وجه كل منهما في الاختيار شرح المختار وفي شرح الكنز للامام الزيلعي ثم ان الكراهية في اللغة مصدر كره الشيء كرها وكراهة وكراهة قال في الميزان هي ضد المحبة والرضى قال الله تعالى عسى ان تكرهوا شيئا وهو خير لكم وعسى ان تحبوا شيئا وهو شر لكم فالمكروه خلاف المندوب والمحبوب لغة والكراهة ليست بضد للارادة عندنا فان الله تعالى كاره للكفر والمعاصي اي ليس برض بهما ولا محب لهما وان كان الكفر والمعاصي بارادة الله تعالى ومشيئته وعند المعتزلة هي ضد الارادة ايضا على ما عرف في اصول الكلام واما معنى الكراهية في الشريعة فما هو المذكور في الكتاب **قوله** قال رضي الله عنه تكلموا في معنى الكراهية يعني اختلف اصحاب الشرع في معنى الكراهية فروي عن محمد انه نص على ان كل مكروه حرام الا انه لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام فكان نسبة المكروه الى الحرام عنده كنسبة الواجب الى الفرض في ان الاول ثابت بدليل قطعي والثاني ثابت بدليل ظني وروي عن ابي حنيفة وابي يوسف انه الى الحرام اقرب ثم ان هذا احد المكروه كراهة تحريم واما المكروه كراهة تنزيه فالى الحل اقرب هذا خلاصة ما ذكروا في الكتب ولبعض المتاخرين ههنا كلمات طويلة الذيل لا حاصل لها تركنا التعرض لما في تضاعيفها من الاختلال كراهة الاطناب **قوله** قال ابو حنيفة رحمه الله يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بابوال الابل قال جماعة من الشراح حمل الاتن مع كراهة لحم سائر الحمر ليستقيم عطف الالبان عليه اذ اللبن لا يكون الا من الاتان انتهى يعنون انه لو قال يكره لحومها الحمر والبانها لرجع الضمير في البانها الى الحمر المذكور فيما قبل وذلك يعم المذكور والاناث فلا يستقيم عطف الالبان مضافة الى الضمير الراجع الى مطلق الحمر على ما قبلها لان الالبان لا يتصور في ذكور الحمر وانما يتحقق في اناثها التي هي الاتن نعم يمكن تصحيح ذلك بتقدير وتاويل لكن مرادهم عدم استقامة ذلك نظرا الى ظاهر التركيب فسقطت عن كلامهم مواخذة بعض المتاخرين وقال ذلك البعض وانما خص كراهة لحم الاتن بالذكر ولم يذكر كراهة لحم غيرها مما سبق في كتاب الذبائح لانه لما عنون الفصل بانه في الاكل والشرب وقد ذكر في الذبائح جميع ما لا يؤكل لحمه ولو اعاد كلها يلزم التكرار فذكر بعضا منها تذكيرا لباقي الاكل والشرب انتهى اقول ليس هذا مما يعتد به لان حديث عنوان الفصل بانه في الاكل والشرب لا يفيد شيئا فيما نحن فيه اصلا فان ما يتعلق بالاكل والشرب في هذا الفصل غير منحصر في هذه المسئلة بل كثير من المسائل الآتية المذكورة في هذا الفصل

وتاويل قول ابي يوسف انه لا باس به للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه قال ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله عليه السلام في الذي يشرب في اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم وآتى ابو هريرة بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم

من مسائل الاكل والشرب ايضا فيصح عنوان الفصل بالاكل والشرب سواء لم يذكر هذه المسئلة فيه اصلا وذكر معها غيرها ايضا مما سبق في الذبائح واما حديث ذكر من المسائل السابقة في الذبائح تذكير اللبواقي فغير تام ايضا لان ذكرها ذكر مرة وبين مستوفى تذكير البواقي المذكورات ليس من واب المصنفين ولا مما يهم اصلا ثم اقول الاوجه ان يقال انما خص الاتن بالذكر مع كراهة لحوم غيرها ايضا لان جميع ما لا يوكل لحمه قد ذكر في الذبائح مستوفى وكراهية لحوم الاتن انما ذكرت ههنا توطئة لكراهة البانها التي لم تذكر فيما مر قط ولا مدخل لكراهة لحوم غيرها للتوطئة لذلك فلا جرم خص الاتن بالذكر دون غيرها ثم قال ذلك البعض واما حكم ابوال الابل فانما ذكره المصنف فيما سبق وذكره محمد ههنا في الجامع الصغير فليس فيه التكرار حتى يحتاج فيه الى الاعتذار انتهى كلامه اقول ليس هذا بكلام صحيح لان المص ايضا ذكره ههنا في الهداية والبداية فلزمه التكرار قطعا وانما لم يلزمهما التكرار لو ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكره المصنف ههنا واما كون ما خذ ما ذكره المصنف ههنا ما ذكره محمد في الجامع الصغير فلا يجدي شيئا في دفع التكرار لان المصنف ليس في حيز الاجتهاد فكل ما ذكره ماخوذ من قول مجتهد فاذا ذكر مسئلة مرتين لزم التكرار لا محالة **قوله** وتاويل قول ابي يوسف لا باس به للتداوي انما احتاج المصنف الى هذا التاويل لان مذهب ابي يوسف ان بول ما يوكل لحمه نجس كما مر في كتاب الطهارات فلزم ان يكون شربه حراما والمفهوم من قوله ههنا وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بابوال الابل حل شربها عند ابي يوسف ايضا فاول المصنف قول ابي يوسف المذكور ههنا بنفي الباس عن شربها للتداوي وشربها للتداوي ليس بحرام عنده وان كانت نجسا تمسكا بقصة العرنيين كما مر بيانه في كتاب الطهارات قال صاحب نهاية البيان في هذا المقام واما قول ابي يوسف ومحمد وفي الجامع الصغير لا باس بذلك فينصرف الى لحم الفرس خاصة لان بول الفرس نجس عند ابي يوسف ايضا الا انه اطلق شربه للتداوي وقد مر بيانه في كتاب الطهارات في فصل البئر انتهى اقول فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير هكذا محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة قال كره شرب ابوال الابل واكل لحوم الفرس وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بذلك كله الى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير وقد اعترف به الشارح المذكور حيث ذكر لفظه هكذا بعينه ولا يذهب عليك ان عبارة كله في قوله وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بذلك كله تمنع من ان يكون قول ابي يوسف ومحمد في الجامع الصغير منصرفا الى لحم الفرس خاصة بل يقتضي شموله لابوال الابل ايضا **قوله** وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها اقول في رواج هذه الحوالة بحث فان البان الاتن من هذه الجملة ولم تبين فيما تقدم قط وكذا ابوال الابل من هذه الجملة ولم تبين في شئ من كتابي الصلوة والذبائح وانما ثبت في كتاب الطهارات في فصل البئر في ضمن بيان بول ما يوكل لحمه مطلقا وعن هذا قال صاحب الكافي وقد مرت هذه الجملة في كتاب الطهارات والذبائح ويمكن ان يتحيل في توجيه كل من هاتين الصورتين اما في توجيه الصورة الاولى فيهما فبان يجعل المراد بهذه الجملة في قوله قد بينا هذه الجملة على ما عدا الالبان بقرينة بيان كراهة اللبن بعد قوله فلا نعيدها بقوله واللبن يتولد من اللحم فاخذ حكمه واما في توجيه الصورة الثانية منهما فبان الطهارة لما كانت من شروط الصلوة ومبادئها عبر المصنف عن كتاب الطهارات بكتاب الصلوة مسامحة قال بعض المتاخرين وانما قال في الصلوة مع ان البيان لم يكن فيها بل في كتاب الطهارة في فصل البئر اشارة الى انه ينبغي ان يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول كتاب الصلوة كما وقع في فتاوى قاضيخان وان لا يتم

واذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان دفعا لانه في معناه ولانه تشبه بزي المشركين وتنعم بنعيم المترفين المسرفين
وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة
والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذلك ما اشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا قال ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور
والعقيق وقال الشافعي رح يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة
قال ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة رح والركوب في السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي
الفضة ومعناه يتقي موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السرير السرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف يكره ذلك وقول محمد يروى مع ابي حنيفة
ويروى مع ابي يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا اذا جعل ذلك في السيف والمنطقة
وحلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والنعل اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او
فضة على هذا وعلى الاختلاف فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع

لها كتاب على حدة انتهى اقول ليس هذا بشيء لان ماله ان يكون مرادا المصنف بتعبيره المذكور الاشارة الى تقبيح نفسه فيما فعله في اول كتابه من جعله
الطهارات بكتاب على حدة دون فصل من فصول كتاب الصلوة وهل يليق بالعاقل ان يقصد الاشارة الى مثل ذلك على ان الشراح ذكروا قاطبة
في اول الكتاب وجها وجيها لايراد الطهارة في كتاب مستقل فكون الذي ينبغي ان يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول الصلوة ممنوع وعن هذا
ترى اكثر ثقات السلف والخلف ذكروا مسائل الطهارة في كتاب على حدة وقال ذلك البعض ثم ان المصنف بين فيما تقدم ان شرب البول الا لعلل
حرام عند ابي حنيفة رحمه الله مطلقا وحلال عند محمد رح مطلقا وللتداوي فقط عند ابي يوسف رح وذكروا دلتهم هناك لكن بنى دليل محمد على طهارته
مع ان استلزام طهارته حل شربه محل ظاهر وان طهارته لم يلزم عنده الا من حله الثابت بقوله عليه السلام ما وضع شفاكم فيما حرم عليكم كما سبق فيدخله
على طهارته دور ظاهر الى هنا كلامه اقول حديث الدور ساقط جدا لان حله انما يكون علة الطهارة في العقل بان يصير دليلا عليها واما الطهارة فانما
تكون علة لحله في الخارج فاختلفت الجهة وهذا نظير ما قالوا في العلوم العقلية ان الحمى علة للعفونة في الذهن والعفونة علة للحمى في الخارج فالاستدلال
بالحمى على العفونة برهان انى وبعكسه برهان لمى ولا دور اصلا وهكذا الحال بين كل مؤثر واثره فان الاول علة للثاني في الخارج وان كان الثاني
علة للاول في العقل اي دليلا عليه ومن هذا القبيل استدلالنا بوجود العالم على وجود الصانع **قوله** واذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان
ونحوه لانه في معناه اي لان الادهان في آنية الذهب او الفضة ونحوه في معنى الشرب منها لان كلا من ذلك استعمال لها والمحرم هو الاستعمال
باي وجه كان لما فيه من التجبر والاسراف فيشمل الادهان والتطيب ايضا وفي النهاية قيل صورة الادهان المحرم هو ان ياخذ آنية الذهب او الفضة
ويصب الدهن على الراس اما اذا ادخل يده فيها واخذ الدهن ثم صب على الراس من اليد لا يكره كذا ذكره صاحب الذخيرة في الجامع الصغير قال
صاحب العناية بعد نقل ذلك واري انه مخالف لما ذكره المصنف في المكحلة فان الكحل لابد وان ينفصل عنها حين الاكتحال ومع ذلك فقد ذكره
في المحرمات انتهى اقول يمكن دفع المخالفة بين القولين بان المحرم في اواني الذهب والفضة والآنية هو استعمالها واستعمال آنية الذهب او الفضة
عند ارادة الادهان منها انما يتحقق في العرف والعادة باخذ آنيتها وصب الدهن منها على البدن لا بادخال اليد فيها واخذ الدهن ثم صبه
على البدن واما استعمال مكحلة الذهب او الفضة فانما يتصور عادة بادخال الميل فيها ثم الاكتحال به فانفصال الكحل عنها حين الاكتحال
لا يقدح في تحقق استعمالها فافترقا واعترض صاحب التسهيل على ما قيل في صورة الادهان المحرم بوجه آخر وهو انه يقتضي ان لا يكره اذا اخذ الطعام
من آنية الذهب او الفضة بملعقة ثم اكل منها وكذا اذا اخذه بيده واكله منها واجاب عنه صاحب الدرر والغرر بما يقرب مما ذكرناه في دفع ما قاله
صاحب العناية في المكحلة حيث قال بعد ذكر ذلك الاعتراض اقول منشأه الغفلة عن معنى عبارة المشائخ وعدم الوقوف على مرادهم اما الاول
فلان من في قولهم من اناء ذهب ابتدائية واما الثاني فلان مرادهم ان الادوات المصنوعة من المحرمات انما يحرم استعمالها اذا استعملت فيما
صنعت له بحسب متعارف الناس فان الاواني الكبيرة المصنوعة من الذهب والفضة لاجل اكل الطعام انما يحرم استعمالها اذا اكلت الطعام منها باليد او الملعقة لانها وضعت
لاجل ابتداء الاكل منها باليد او الملعقة في العرف واما اذا اخذ منها ووضع على موضع مباح فاكل منه لم يحرم لانتفاء ابتداء الاستعمال منها

لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل لجميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة رح ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في القصر قال ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لهما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وهو كذلك فان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان ياكل منه

وكذا الاواني الصغيرة المصنوعة لاجل الادهان ونحوه انما يحرم استعمالها اذا اخذت وصب منها الدهن على الراس لانها انما صنعت لاجل الادهان منها بذلك الوجه واما اذا ادخل يده فيها واخذ الدهن وصبه على الراس من اليد فلا يكره لانتفاء ابتداء الاستعمال منها فظهر ان مرادهم ان يكون ابتداء الاستعمال المتعارف من ذلك المحرم الى هنا كلامه اقول فيه نوع استدراك بل اختلال فان قوله منشاؤه الغفلة عن معنى عبارة الشارح ثم بيانه اياه بقوله اما الاول فلان من في قولهم من اناء ذهب ابتدائية امر زائد بل محتمل اما اولا فلان المذكور في عبارة عامة المشائخ في آنية الذهب والفضة بكلمة في بدل كلمة من وعليه عبارة الكتاب والجامع الصغير والمحيط والذخيرة وعامة المعتبرات وانما وقعت كلمة من في كلام بعض المتاخرين من اصحاب المتون واما ثانيا فلانه لا تاثير للابتداء في تشبيه الجواب الذي ذكره هنا اذ يكفي فيها الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره سواء كان الاستعمال في الابتداء او في الانتهاء يظهر ذلك بالتامل الصادق والذوق السليم ثم ان بعض المتاخرين بعد ان ذكر الجواب المزبور وطعن في بعض عباراته قال والحق ان الفرق بين صور الادهان ليس بما ذكره المجيب بل لوجود مماسة اليد بالاناء وقت الاستعمال في الصورتين وعدمها في الثالثة فان للمماسة تاثيرا في الحرمة كما سيجيء من وجوب الانفساس عن موضع الفضة في الاناء المفضض او المضبب وقت الشرب فتامل انتهى اقول يرد على هذا الفرق الذي زعمه حقا النقض الذي اورده صاحب التسهيل فانه اذا اخذ الطعام من آنية الذهب او الفضة بملعقة ثم اكل منها او اخذ بيده واكله منها لم يوجد هناك مماسة اليد بالآنية مع انه يكره بلا شك فالمخلص الكلي هنا انما يحصل بالمصير الى الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره لا بغير ذلك واما الاناء المفضض او المضبب فمعزل عما نحن فيه فانه ليس بخالص فضة او ذهب بل هو مركب من لوح وفضة او ذهب فاعتبر ابو حنيفة في حرمة الشرب منه مماسة العضو بالجزء الذي هو الفضة او الذهب ولم يعتبرها صاحباه ولكل من الجانبين اصل ياتي بيانه قوله لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل لجميع الاجزاء فيكره تمامه في التعليل جريا على رواية كون قول محمد في هذه المسئلة مع ابي يوسف وان كان افرد ابا يوسف في بيان الحكم فيما قيل واما صاحب الكافي فافرده هنا ايضا حيث قال احتج ابو يوسف بعموم ما ورد من النهي ورد عليه بعض المتاخرين حيث قال بعد نقل ما في الكافي قلت ورد النهي عن الشرب في اناء الذهب والفضة كما سبق وصدقه على المفضض والمضبب ممنوع وقال في الحاشية رد لما في الكافي من احتجاج ابو يوسف اقول ليس ذاك بتام لان ما ورد من النهي عن الشرب في اناء الذهب والفضة ان لم يعم المفضض والمضبب عبارة فعمومها دلالة كعمومه للادهان فيه ونحوه وكعمومه للاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب وكذا ما اشبه ذلك به كالمكحلة والمرآة وغيرهما فان المدار في كلها تناول النهي الوارد المذكور لكل منها دلالة كما صرحوا به عن هذا قال في المحيط البرهاني حجتهما العمومات الواردة بالنهي عن استعمال الذهب والفضة ومن استعمل اناء كان مستعملا لكل جزء منه فكره وهذا لان الحرمة في استعمال الذهب والفضة في الاناء وغيره انما كانت لما فيه من التشبه بالاكاسرة والجبابرة فكل ما كان بهذا المعنى يكره بخلاف خاتم الفضة والمنطقة حيث لا يكره لان الرخصة جاءت في ذلك نصا اما ههنا بخلافه الى هنا لفظ المحيط تامل وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز لابي يوسف ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه السلام قال من شرب في اناء ذهب او فضة او اناء فيه شيء من ذلك فانه يجرجر في بطنه نار جهنم رواه الدارقطني انتهى ورد عليه ايضا ذلك البعض حيث قال بعد

معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة **قال** ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن
قول العبد والجارية والصبي لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في
الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه ان
يأخذها لانه لا فرق بين ما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا **قال** ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل
ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرط الرشد يؤدي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا
كافرا كان او مسلما عبدا كان او حرا ذكرا كان او انثى دفعا للحرج اما الديانات لا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة
شرط فلا يقبل فيها الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر
لا يمكنه المقام في ديارنا الا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها وكان فيه ضرورة فيقبل

نقل ذلك قلت لو ثبت هذا كان حجة قاطعة على ابي حنيفة رح لكن لم نجده في روايات البخاري وغيره الا خاليا عن زيادة او انا وفيه شيء من ذلك
وقال في الحاشية رد لما ذكره الزيلعي من احتجاج ابي يوسف انتهى اقول عدم وجدانه تلك الزيادة فيما راه من روايات البخاري وغيره لا يدل
على عدم وجودها في رواية اخرى لم يرها وقد بين الامام الزيلعي طريق اخراج ما ذكره من الحديث حيث قال رواه الدارقطني فكيف يصح ان يجعل
ذلك البعض مجرد عدم اطلاعه على ذلك رد له وهو ليس من فرسان ميدان علم الحديث كما لا يخفى **قوله** معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم
اقول كان الاظهر ان يقال معناه اذا كان قوله غير ذلك بان قال اشتريته من غير الكتابي والمسلم لان المقصود بالبيان هنا كون قول الكافر
مقبولا فيما هو من جنس المعاملات سواء تضمن الحل او الحرمة لا كون ذبيحة المسلم والكتابي مما يؤكل دون ذبيحة غيرهما فانه من مسائل كتاب الذبائح
وقد مر هناك مستوفى وعبارة المصنف توهم اصالة الثاني كما ترى ثم انه لو قال في المتن وان قال غير ذلك بدل قوله وان كان غير ذلك
لكان اظهر من الكل وكان اوفق لما قبله وهو قوله وقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم الا انه لم يغير لفظ محمد رح في الجامع الصغير
تبركا به **قوله** لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة قال صاحب العناية في شرح هذا المحل قوله لانه لما قبل قوله في الحل يعني في قوله
وسعه اكله فانه يتضمن الحل لا محالة اولى ان يقبل في الحرمة لان الحرمة مرجحة على الحل دائما انتهى اقول في تفسير قول المصنف في الحل بقوله يعني
في قوله وسعه اكله ركاكة جدا لان قوله وسعه اكله جواب المسألة فهو في قوة ان يقال يقبل قوله فيما اخبر به لانه ثمرة قبول قوله في ذلك فلو كان مراد
المصنف ههنا بقوله في الحل في قوله وسعه اكله يصير معنى كلامه لما قبل قوله في قبول قوله فيما اخبر به ولا حاصل له بل هو من قبيل اللغو من الكلام
والحق عندي في شرح كلام المصنف ههنا ان يقال يعني انه لما قبل قوله في الحل اي فيما يتضمن الحل وهو قوله اشتريته من يهودي او نصراني
او مسلم فانه يتضمن اثبات حل اكل ما اشتراه كما صرحوا به فاطبة اولى ان يقبل قوله في الحرمة اي فيما يتضمن الحرمة وهو قوله اشتريته من غير الكتابي
والمسلم فانه يتضمن اثبات حرمة ما اشتراه كما صرحوا به ايضا تبصر **قوله** لانه لا فرق بين ما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا قال جمهور الشراح قوله
لما قلنا راجع الى قوله لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء انتهى اقول لمانع ان يمنع ان نفس الجواري والعبيد تبعث عادة على ايدي
هؤلاء بخلاف اهداء غير انفسهم من الهدايا فانها تبعث عادة على ايديهم بلا مجال النكير من احد وقال صاحب العناية قوله لما قلنا اشارة الى
قوله فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وتبعه العيني اقول ولمانع ان يمنع ان عدم قبول قولهم في اهداء انفسهم يؤدي الى الحرج لامكان
اهدائهم على ايدي غيرهم من سائر العبيد والجواري او الصبيان وعدم القدرة على غيرهم اصلا نادر لا يعد مثله مؤديا الى الحرج بخلاف اهداء الهدايا
مطلقا على ايدي غير جنس العبيد والجواري والصبيان فان فيه حرجا بينا سيما في اهداء الامور الخسيسة **قوله** ويقبل في المعاملات قول الفاسق
ولا يقبل في الديانات الا قول العدل قال في التلويح قبل ذكر فخر الاسلام في موضع من كتابه ان اخبار المميز الغير العدل يقبل في مثل الوكالة
والهدايا من غير انضمام التحري وفي موضع آخر انه يشترط التحري وهو المذكور في كلام الامام السرخسي ومحمد وذكر القيد في كتاب الاستحسان ولم يذكره
في الجامع الصغير فقيل يجوز ان يكون المذكور في كتاب الاستحسان تفسير الهدايا فيشترط ويجوز ان يشترط استحسانا ولا يشترط رخصة ويجوز ان يكون

ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يقبل قوله فيما لا جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الرأي قال ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرنا ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبره مسلم رضي لم يتوضأ به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر رأيه انه صادق يتيمم ولا يتوضأ به

في المسئلة روايتان انتهى اقول يشكل على التوجيه الاول الفرق بين المعاملات والديانات لان قول الفاسق يقبل في الديانات ايضا بشرط التحري كما سيأتي التصريح به في الكتاب وكذا يشكل ذلك على التوجيه الثالث على احدى الروايتين وهي رواية الاشتراط فالظاهر المناسب عندي هو التوجيه الثاني فان الفرق المذكور يستقيم حينئذ اذ لا رخصة لقبول قول الفاسق في الديانات بدون التحري **قوله** ولا يقبل فيها قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رح انه يقبل قوله جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به قال الشارح وظاهر الرواية اصح لانه لا بد من اعتبار احد شطري الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد وفيما اعتبار العدالة انتهى اقول فيه بحث لان اصل ابي حنيفة في الشهادة ان يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة اذا لم يطعن الخصم فيما عدا الحدود والقصاص كما تقرر في كتاب الشهادات وكان احد شطري الشهادة عنده ظاهر العدالة دون حقيقتها ولا ريب ان المستور ظاهر العدالة لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ففي غير ظاهر الرواية ايضا لم يلزم عدم اعتبار احد شطري الشهادة فلم يدل ما ذكروه على اصحية ظاهر الرواية ويمكن ان يقال ليس مقصودهم بيان اصحية ظاهر الرواية على اصل ابي حنيفة في الشهادة بل على ما يقتضيه فساد الزمان من عدم الاعتداد برواية المستور ما لم يتبين عدالته كما لم تعتبر شهادته في القضاء عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ما لم يظهر عدالته وعن هذا قال المصنف في كتاب الشهادات والفتوى على قولهما في هذا الزمان ويؤيد هذا التوجيه ما ذكره صاحب غاية البيان نقلا عن شمس الائمة السرخسي حيث قال قال شمس الائمة السرخسي في اصوله وروى الحسن عن ابي حنيفة انه بمنزلة العدل في رواية الاخبار بثبوت العدالة له ظاهرا بالحديث المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضي الله تعالى عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض ولهذا اجوز ابو حنيفة القضاء بشهادة المستور فيما يثبت مع الشبهات اذا لم يطعن الخصم ولكن ما ذكره في الاستحسان اصح في زماننا فان الفسق غالب في اهل هذا الزمان فلا يعتمد على رواية المستور ما لم يتبين عدالته كما لا يعتبر شهادته في القضاء قبل ان تظهر عدالته انتهى وبما ذكرنا تبين اختلال تحرير بعض المتأخرين في هذا المقام حيث قال في شرح قول المصنف ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية اي لا يقبل قوله في الديانات في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رح ثم قال وجه الظاهر انه لا بد من اعتبار شطري الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقي اعتبار العدالة انتهى فانه جعل ما ذكروه وجها لاصحية ظاهر الرواية وجها لنفس ظاهر الرواية عن ابي حنيفة فيرد عليه قطعا ان حقيقة العدالة ليست باحد شطري الشهادة عند ابي حنيفة بل يكفي ظاهر العدالة عنده في قبول الشهادة ولا يخفى ان ظاهر العدالة متحقق في المستور فما معنى اعتبار العدالة في قبول قوله في الديانات في ظاهر الرواية عنه فتدبر **قوله** ويقبل فيها قول الحر والعبد والامة اذا كانوا عدولا اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان ذكر الحر ههنا خال عن الفائدة اذ لا يشتبه على احد قبول قول الحر في كل امر خطير اذا كان عدلا بخلاف العبد والامة ولعل صاحب الكافي ذاق شناعة ذكر الحر ههنا فقال ويقبل فيها قول العبد والامة اذا كانا عدلين بدون ذكر الحر قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقوله ويقبل فيها اي في الديانات قول الحر والعبد والامة لان خبر هؤلاء في امور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما في رواية الاخبار انتهى اقول قد زاد هذا الشارح في الطنبور نغمة حيث اتى بمحذور آخر في كلام نفسه فانه قال لان خبر هؤلاء في امور الدين كخبر الحر ولا شك ان كلمة هؤلاء من جموع اسماء الاشارة فيكون ههنا اشارة

وان اراق الماء تيمم كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اما التحري فمجرد ظن ولو كان اكبر رايه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم واما في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومبنى الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى قال ومن دعي الى وليمة او طعام فوجد تمرا لعبا او غناء فلا بأس بان يقعد ويأكل قال ابو حنيفة مرة ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة

الى الاشياء الثلثة المذكورة وهي العبد والحر والامة فيه من كلام الشارح المذكور لان خبر العبد والحر والامة في امور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا غير قبل الشبهة في الشبهة ولا يخفى فساده وقال صاحب النهاية ويقبل فيها اي في الديانات قول العبد والحر والامة لان في امور الدين خبر العبد كخبر الحر كما في رواية الاخبار وتبعه صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المواضع اقول في كلامهما ايضا نوع محذور لانهما جعلا الحر مقيسا عليه او مشبها به وهو داخل ايضا في المدعى هنا وكان مما يلزم اثباته ايضا هنا فكيف يتم ان يجعل مقيسا عليه او مشبها به لاحد قرينة قبل ان يتبين حال نفسه فالتعليل التام الشامل لكل ما ذكره المصنف بقوله لان عدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه **قوله** وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط اقول فيه اشكال عندي لانه اذا كان اكبر رايه انه صادق كان نجاسة الماء راجحة عنده فاذا اراق هذا الماء على اعضاء الوضوء كان الراجح ان يتنجس تلك الاعضاء واذا تنجست اعضاؤه لم تجز صلوته ما لم تطهر والمفروض انتفاؤها اخر مطهر والا لم يجز التيمم فكان ينبغي ان يكون الاحتياط اذ ذاك في ترك الاراقة لتادينا الى محذور شديد بخلاف الاحتياط بالتيمم بعد الوضوء فيما اذا كان اكبر رايه انه كاذب كما سياتي من بعد فان التيمم هناك بشيء طاهر فلا يلزم محذور اصلا فليتامل **قوله** ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اقول لقائل ان يقول لا نسلم سقوط احتمال الكذب مع مجرد العدالة بدون ان يصل حد التواتر كيف وقد صرحوا في علم الاصول بان خبر الواحد العدل وان كان صحابيا لا يوجب اليقين بل احتمال الكذب قائم وان كان مرجوحا والا لزم القطع بالقطعيين عند اختيار العدلين بهما ولهذا قالوا انه لا يفيد الا غلبة الظن دون اليقين ويوافقه قول المصنف لما مر لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه والجواب ان مراد المصنف باحتمال الكذب في قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب هو الاحتمال الظاهر الذي يعتد به شرعا دون مطلق الاحتمال وعن هذا قال صاحب الكافي ومع العدالة سقط احتمال الكذب شرعا لانها عبارة عن الانزجار عن المعاصي والكذب فيها فكان منزجرا عنه انتهى فان قلت اذا بقي احتمال الكذب في العدالة فما معنى قوله فلا معنى للاحتياط بالاراقة قلت مراده انه لا معنى للاحتياط بالاراقة في صورة العدالة احتياطا فيما مثل الاحتياط بها في صورة التحري في خبر الفاسق والمستور فان قلت اذا كان مفاد خبر العدل هو الظن دون اليقين فما معنى قول المصنف في مقابلة ذلك واما التحري فمجرد ظن قلت معناه انه مجرد تخمين وظن لا غلبة ظن بخلاف عدالة المخبر فان الحاصل هناك غلبة الظن وهي اقوى من الاول فافترقا

قوله وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترن بها من البدعة من غيره كصلوة الجنازة واجبة وان حضرها بناء قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة السنة واجيب بانها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم كذا في العناية وغاية الشروح اقول الجواب منظور فيه لانهم ان ارادوا بقولهم انها سنة في قوة الواجب انها مثل الواجب في الاحكام كما يفصح عنه قول صاحب العناية والكفاية فيثبت الحكم فيها على وفاق ما يثبت في الواجب فهو مشكل على قواعد علم الاصول اذ قد تقرر فيه ان كون السنة قريبا الى الواجب ومغايرة له في الاحكام حيث صرحوا فيه بان الواجب ما كان فعله اولى من تركه مع منع تركه والسنة ما كان فعله اولى من تركه بلا منع تركه فان تارك الواجب

قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يترك لها ما اقترنت به من البدعة من غير ان تصلى الجنازة واجبة الاقامة وان حضر تهانياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر لم يصبر وصلى اذا لم يكن مقتدى فان كان ولم يقدر على منعهم خرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكى عن ابي حنيفة مرة في الكتاب كان قبل ان يصير مقتدى ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي ان يقعد ان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين

يستحق العقوبة بالنار وتارك السنة لا يستحقها بل يستحق حرمان الشفاعة فكيف يتصور الاشتراك في الاحكام وان ارادوا بقولهم انها سنة في قوة الواجب مجرد بيان تاكد سنيتها فهو لا يجدي نفعا في دفع السوال اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الواجب تحمله لاقامة السنة وان كانت موكدة تاكدا تاما لظهور التفاوت بينهما في الحقيقة والاحكام فلا يتم القياس على ان صلوة الجنازة فرض لا واجب محض فعلى تقدير ان يكون اجابة الدعوة في حكم الواجب بل نفس الواجب لا يندفع السوال ايضا اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة الواجب لثبوت الفرض بدليل قطعي دون الواجب ولهذا يكفر جاحد الاول دون الثاني فلا وجه للقياس واجاب صاحب العناية عن السوال المذكور بوجه آخر حيث قال ويجوز ان يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة انتهى اقول الظاهر ان الشيخ لا ان تشبيه اجابة الدعوة لصلوة الجنازة في مجرد الاقتران بالبدعة مع ظهور الفرق بينهما في القوة والضعف لا يفيد شيئا فضيا فيلزم ان يكون قول المصنف كصلوة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة كلاما زائدا خارجا عن صنعة الفقه وحاشاه ثم اقول يمكن ان يجاب عن ذلك السوال بوجه آخر وهو ان اجابة الدعوة وان كانت سنة عندنا ابتداء الا انها تنقلب الى الواجب بقاء بعد الحضور الى محل الدعوة حيث يلزمه حق الدعوة بالتزامه اجابتها كما اشار اليه المصنف فيما بعد فيصير النظر الصلوة النافلة فانها تنقلب الى الواجب بل الى الفرض بالتزامه اقامتها بالشروع فيها كما تقرر في محله ولذلك لو علم المدعو البدعة قبل الحضور لزمه ترك اجابة الدعوة كما سيجيء فيكون قوله كصلوة الجنازة واجبة وان حضرتها نياحة قياس الواجب على الواجب في الحال فيندفع الاشكال ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح رد الدليل المذكور في الكتاب حيث قال لان اجابة الدعوة سنة فلا تترك بسبب بدعة كصلوة الجنازة تحضرها النياحة لانه ان اراد مطلق الدعوة فالانسلم ان اجابتها سنة وان اراد الدعوة على وجه السنة فلا يتم التقريب بل لان حق الدعوة يلزمه بعد الحضور لا قبله الى هنا كلامه وقصد بعض المتاخرين الجواب عن ذلك فقال ثم المراد بالاجابة المسنونة في قوله لان اجابة الدعوة سنة يعم الاجابة ابتداء وانتهاء والاجابة انتهاء فقط حتى يتم التقريب لان فرض المسئلة في حق دعواه اقترنت بامور فيها الا يسن الاجابة ابتداء كما سيجيء فاذا عرف المدعو ذلك قبل الاجابة لا يجب عليه الاجابة اصلا واما اذا هجم عليه ولم يعرفه كما هو المفروض بدليل قوله فوجد ثمه يجب عليه الجلوس والصبر والاكل وهذا اجابة انتهاء وبهذا ينطبق الدليل على المدعى فلا يرد عليه ما قيل ان اراد بقوله لان اجابة الدعوة سنة ان اجابة مطلق الدعوة سنة فالانسلم ذلك لما سيجيء ان الدعوة اذا اقترنت شيئا من المحرم لم يلزمه حق الدعوة وان اراد ان اجابة الدعوة على وجه السنية كذلك فلا يتم التقريب ووجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم فتامل الى هنا كلامه فذلك البعض اقول لا يذهب على ذوي فطانة ان هذا كلام خال عن التحصيل ابتداء وانتهاء اما خلوه عن التحصيل ابتداء فلانه لا معنى لاجابة الدعوة انتهاء فقط اذ لا يتصور تحقق اجابة الدعوة انتهاء بدون تحققها ابتداء لان عدم تحقق اجابة الدعوة من المدعو ابتداء انما يتصور بعدم مجيئه الى محل الدعوة اصلا لاجل اجابة تلك الدعوة فاذن كيف يتصور منه اجابة تلك الدعوة انتهاء اجابتها انتهاء فرع مجيئها الى محل الدعوة اولا وليس فليست وانما الذي يتصور وقوعه عكس ذلك وهو الاجابة ابتداء فقط كما اذا دعي الى وليمة او غيرها فاجاب وذهب الى محل الدعوة فوجد ثمه لعبا او غنا فلم يقعد ولم ياكل فانه يوجد هناك الاجابة

وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة

ابتداء لا انتهاء كما لا يخفى وصورتها الشرعية فيما اذا كان المدعو مقتدى ولم يقدر على منعهم كما سيجئ في الكتاب والعجب ان ذلك القائل ذكر الاجابة ابتداء وانتهاء والاجازة انتهاء فقط ولم يذكر الاجابة ابتداء فقط وكتب بحق قوله والاجابة الوقوع وبالعكس ولم يدر ان تحقق انتهاء الشئ في الخارج يستلزم تحقق ابتدائه فيه دون العكس كما لا يخفى واما خلو كلامه عن تحصيل انتهاء فلان الظاهر من قوله ووجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم انه اختار كون المراد ان اجابة مطلق الدعوة سنة لان عدم لزوم حق الدعوة كان من متفرعات منع ذلك ولكن ما ذكره في وجه الاندفاع ليس بسديد لانه اذا علم المدعو قبل الحضور ان الدعوة قارنت شيئا من البدعة لم يلزمه الاجابة اصلا كما سيجئ في الكتاب وذكره ذلك القائل ايضا في اثناء كلامه ويكفي لسند منع ان اجابة مطلق الدعوة سنة هذه الصورة فقط فلا وجه لقوله لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم لان لزوم حق الدعوة للمدعو انتهاء اذا هجم عليه انما يكون بان علم ذلك قبل الحضور وهو صورة اخرى غير الصورة الاولى التي هي السند للمنع المذكور ولا شك انه لا يلزمه حق الدعوة في الصورة الاولى لا ابتداء ولا انتهاء فكيف يكون ما ذكره وجها للاندفاع والصواب في الجواب عما ذكره صاحب الاصلاح والايضاح اختيار الشق الثاني من ترديده وهو كون المراد ان اجابة الدعوة على وجه السنة سنة وبيان تمام تقريب الدليل بان الدعوة على ثلثة اوجه الاول ان دعي الى وليمة او طعام ولم يكن فيه شئ من البدع اصلا والثاني ان دعي الى ذلك ولم يذكر حين الدعوة ان ثمة شيئا من البدع ولم يعلمه المدعو قبل الحضور ولكن هجم عليه والثالث ان دعي الى ذلك وذكر ان ثمة شيئا من البدع فعلمه المدعو قبل الحضور ففي الوجهين الاولين كانت الدعوة على وجه السنة فتكون الاجابة سنة وفي الوجه الثالث لم تكن الدعوة على وجه السنة فلا يكون الاجابة لازمة للمدعو اصلا والمسئلة التي نحن فيها من الوجه الثاني من تلك الاوجه فيتمشى فيها الدليل المذكور فيتم التقريب تامل تقف **قوله** وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يقبله اقول لقائل ان يقول الحديث المذكور يعم ما بعد الحضور وما قبله اذ قد تقرر في علم الاصول ان المعرف باللام اذا لم يكن للعهد الخارجي فهو للاستغراق والدعوة في قوله عليه الصلوة والسلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم معرفة باللام ولم يظهر هناك معهود خارجي فهي للاستغراق فيعم كل دعوة والجواب انه ان كان عاما من حيث اللفظ فهو مخصص بالنصوص الدالة على وجوب الاجتناب عن اقتراب تلك البدع بلا ضرورة توفيقا بين النصوص عما امكن وقد دعت الضرورة الى الصبر فيما اذا علم بعد الحضور لانه قد لزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا علم قبل الحضور اذ لم يلزمه ذلك هناك كما بينه المصنف فافترقا **قوله** ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب لان محمدا رحمه الله اطلق اسم اللعب والغنا بقوله فوجد ثمة اللعب والغنا فاللعب وهو اللهو حرام كذا في العناية وهذا القدر من التعليل كاف في بيان دلالة المسئلة على ان الملاهي كلها حرام وهو الصحيح المختار عندي وقد زاد جمهور الشراح على ذلك كلاما آخر حيث قالوا فاللعب وهو اللهو حرام بالنص قال النبي صلى الله عليه وسلم لهو المومن باطل الا في ثلث تاديبه فرسه وفي رواية ملاعبته بفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع اهله وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلث وكان باطلا انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان زيادة قولهم بالنص في قولهم فاللعب وهو اللهو حرام بالنص يدل على ان الدليل

بخلاف ما اذا حمل عليه لانه قد لزمه وتلك المسئلة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب

على حرمة اللهو هو النص والكلام في دلالة المسئلة على ذلك فلا يتم التقريب بخلاف ما اذا لم يوت بتلك الزيادة اذ يكون قولهم فاللعب وهو اللهو حرام اذ ذاك متفرعا على ما قبله وهو اطلاق محمد اسم اللعب والغنا بقوله فوجد ثمه اللعب والغنا فيصير حاصل التعليل ان محمدا لما اطلق اسم اللعب والغنا في ما يتك المسئلة ولم يقيده بنوع علم ان اللعب الذي هو اللهو حرام مطلقا وهو جيد مفيد للمدعى واما ثانيا فلان قولهم وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلث فكان باطلا ينافر قولهم في اول التعليل لان محمدا اطلق اسم اللعب والغنا اذ على تقدير ان لا يكون ما ذكره محمد في ما يتك المسئلة من هذه الثلث يلزم ان لا يكون اسم اللعب فيها مطلقا بل ان يكون مقيدا بغير هذه الثلث لا يقال مرادهم باطلاق محمد اسم اللعب اطلاقه بالنسبة الى ما عدا هذه الثلث لا بالنسبة الى كل لعب فلا تنافر لانا نقول لا يساعده لفظ محمد لانهم انما اخذوا اطلاقه اسم اللعب من قوله فوجد ثمه اللعب والغنا ولا يخفى ان قوله المذكور انما يقتضي الاطلاق بالنسبة الى جنس اللعب لا بالنسبة الى بعض منه وهو ما عدا الثلث المذكورة ثم اقول بقي شيء في اصل كلام المصنف وهو انه لو اعتبرت دلالة المسئلة المذكورة على ان الملاهي كلها حرام وجاز العمل بهذه الدلالة لزم القول بحرمة الصور الثلث المستثناة في الحديث ايضا ولم يقل بها احد اللهم الا ان يقال تلك الثلث مستثناة في كلام محمد تقديرا بناء على كونها مستثناة في الحديث صريحا ويجعل شهرة الحديث قرينة على ذلك ثم ان صاحب العناية قال لا يقال الحيوة الدنيا لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا انما الحيوة الدنيا لعب ولهو والحيوة الدنيا ليست بحرام لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام وهو ما استثناه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله لهو المومن باطل الا في ثلث تاديبه لفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع اهله انتهى كلامه اقول اراد بالقياس في قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام القياس المنطقي الذي ذكره في السوال على الشكل الثالث من الاشكال الاربعة لقسمة الاقتراني وبالحاصل منه نتيجته واشار بقوله بعض اللهو واللعب الى جزئية تلك النتيجة بناء على ان الشكل الثالث لا ينتج الا جزئية كما تقرر في موضعه فبطل قول بعض الفضلاء وهنا لكن القياس الاول يقتضي الكلية كما لا يخفى فكانه غفل عن كون القياس المذكور على الشكل الثالث او عن كون نتيجة الشكل الثالث جزئية لا غير وقال بعض المتاخرين هنا ان شرط انتاج الشكل الثالث كلية احدى مقدمتيه وهي هنا منتفية انتهى اقول ليس هذا ايضا بصحيح اذ الظاهر ان كلتي مقدمتي القياس المذكور كليتان صغراهما موجبة كلية وكبراهما سالبة كلية وان حمل السلب في الثانية على رفع الايجاب الكلي دون السلب الكلي فكلية الاولى مقررة واداة سور الكلية هي اللام الاستغراقية الداخلة على الحيوة الدنيا وليست اداة سورها منحصرة في لفظة كل بل كل ما يدل على الكلية من الالفاظ فهو اداة سورها كما صرحوا به ثم اقول في الجواب الذي ذكره صاحب العناية نظر فان قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام جيد واما قوله وهو ما استثناه النبي عليه السلام فلا لان القياس المذكور انما ينتج ان بعض اللهو واللعب وهو الحيوة الدنيا ليس بحرام فان الذي كان حدا اوسط في ذلك القياس هو الحيوة الدنيا فهي المراد بالبعض في النتيجة ونظير هذا ما اذا قلنا كل انسان حيوان ولا شيء من الانسان بفرس فانه ينتج ان بعض الحيوان الذي هو الانسان ليس بفرس لا ان بعضه اي بعض كان ليس بفرس والا لم يكن للحد الاوسط تاثير ودخل في النتيجة وليس كذلك قطعا وهذا كله غير خاف على من له دراية بعلم الميزان فاذا كانت النتيجة في القياس المذكور ان

وكذا قول ابي حنيفة رحمه ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون

بعض اللهو واللعب الذي هو الحيوة الدنيا ليس بحرام فلا معنى لتخصيصه بالصور الثلث المستثناة في الحديث لان ما لا يحرم من امور الدنيا كثير لا يحصى نعم الوجه للتخصيص على ان ما ذكره من الجواب لا يحسم مادة السوال لامكان ان يورد السوال بصورة القياس الاستثنائي ويقال لو كانت الملاهي كلها حراما لكانت الحيوة الدنيا ايضا حراما لانها لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا انما الحيوة الدنيا لعب ولهو ولكن الحيوة الدنيا ليست بحرام ينتج ان الملاهي كلها ليست بحرام ولا شك ان الجواب المذكور لا يتمشى حينئذ فالصواب في الجواب ان يقال ليس المراد بقوله تعالى اعلموا انما الحيوة الدنيا لعب ولهو انها لعب ولهو حقيقة بل المراد والله اعلم انها لعب ولهو على طريق التشبيه البليغ يعني انها كاللعب واللهو في سرعة فنائها وانقضائها صرح به في التفاسير فلا يلزم من عدم حرمة الحيوة الدنيا عدم حرمة اللعب واللهو ايضا كما لا يخفى قوله وكذا قول ابي حنيفة ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون يعني ودل ايضا قول ابي حنيفة ابتليت على ان الملاهي كلها حرام لان الابتلاء لا يكون الا بالمحرم وقد اشار الى هذا القصر بتقديم الجار والمجرور على الفعل في قوله بالمحرم يكون اقول لقائل ان يقول دلالة قوله ابتليت على حرمتها وجدة ثمة مسلمة بناء على ان الابتلاء لا يكون الا بالمحرم واما دلالته على حرمة كل الملاهي كما هو المدعى فممنوعة كيف وقد قال ابتليت بهذا مرة انتهى ولا شك ان ما ابتلي به مرة لا يكون شيئا معينا منها واعترض عليه صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال في شرح الوقاية قالوا قوله ابتليت يدل على الحرمة ويمكن ان يقال ان الصبر على الحرام لاقامة السنة لا يجوز والصبر الذي قال ابو حنيفة جاز ان يكون جالسا معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مشتغل ولا متلذذ به انتهى اقول ذلك ساقط لان اجابة الدعوة وان كانت سنة ابتداء الا انها تصير واجبة بقرائن حيث يلزمه حق الدعوة بعد الحضور لالتزامه الاجابة بالحضور كما هو الشان في سائر النوافل من الصلوة والصوم ونحوهما فان كلا منها تصير واجبة بالشروع فيها فكان الصبر على الحرام فيما قال ابو حنيفة لاقامة الواجب فيجوز كما في صلوة الجنازة اذا حضرتها النياحة وقد مر منا مثل هذا الجواب فيما قبل فتذكر ثم ان جواز كون ابي حنيفة جالسا معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مشتغل ولا متلذذ به لا يدفع حرمة ذلك اللهو ولا حرمة الجلوس عليه اذ قد ذكر في الكافي والشروح ان الصدر الشهيد روى في كراهيته الواقعات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال استماع الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر ومدلول هذا الحديث ان مجرد الجلوس على اللهو فسق فاني يتصور اختيار ذلك من مثل الامام الاعظم لو لم يعارض وجوب اجابة الدعوة بعد الحضور شر ذلك فتامل وقد اورد صاحب الاصلاح والايضاح ما اورده صدر الشريعة مع زيادة بعض من المقدمات سيما في اول ايراده حيث قال بعد قوله ودل قوله على حرمة كل الملاهي وان الابتلاء بالمحرم يكون كذا قالوا وفيه نظر لان الابتلاء المستعمل فيما هو محظور العواقب ولو كان مباحا ومنه قوله عليه السلام من ابتلي بالقضاء والحديث ثم ان الصبر على الحرام رعاية لحق الدعوة لا يجوز لان السنة ترك حذرا عن ارتكاب المحظور فالظاهر ان جلس معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مستمع له فلم يتحقق منه الجلوس على اللهو فعلى هذا لا يكون مبتلى بحرام انتهى وقد نقله بعض المتاخرين بتقصير وتحريف وعزاه في الحاشية الى صاحب الاصلاح والايضاح ثم قصد رده فاتى بكلام مفصل مشوش قائل للدخل والخرج تركنا ذكره وبيان ما فيه تحاشيا عن الاطناب المخل ومن شاء فليراجع كتابه

فصل في اللبس قال لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج باحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان حرامان على ذكور امتي حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم الا ان القليل عفو وهو مقدار ثلثة اصابع او اربع كالاعلام والمكفوف بالحرير لما روي انه عليه السلام نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلث او اربع اراد الاعلام وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير

فصل في اللبس قال صاحب العناية لما ذكر مقدمات مسائل الكراهية ذكر ما يتوارد على الانسان مما يحتاج اليه بالفصول فقدم اللبس على الوطي لان الاحتياج الى اللبس اشد منه الى الوطي انتهى كلامه وقفى اثره صاحب الغاية في هذا المعنى ولكن بعبارة اقصر اقول صدور هذا التوجيه منهما في غاية الاستبعاد فان مقتضاه الغفلة عما تقدم من الفصل الاول المعقود لبيان الاكل والشرب ما ذكر فيه من مسائل كثيرة متعلقة بالاكل والشرب مقصودة بالذات غير صالحة لان تكون من مقدمات مسائل الكراهية كما ترى الصواب في وجه الترتيب ان يقال قدم فصل الاكل والشرب لان احتياج الانسان الى الاكل والشرب اشد وعقبه على فصل اللبس فقدمه على فصل الوطي لان احتياج الانسان الى اللبس اكثر من احتياجه الى الوطي لتحقق الاول في جميع الاوقات دون الثاني وقد اشير الى هذا التوجيه في معراج الدراية قوله

وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة الى آخره لما ذكر حرمة لبس الحرير على الرجال وحله للنساء واستدل على الحرمة بما يعم الرجال والنساء لزمه ان يقول وانما حل للنساء بحديث آخر فان قيل المحرم والمبيح اذا اجتمعا يجعل المحرم متأخرا كيلا يلزم النسخ مرتين وهنا لو تأخر قوله عليه السلام هذان حرامان الحديث يلزم النسخ مرتين في حق الاناث فيجعل قوله عليه السلام حل لاناثهم مقدما قلنا انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة يحتمل ان يكون بيانا لقوله حرامان على ذكور امتي لان هذا وعيد لا بيان حكم فيحمل عليه تعليلا للنسخ ولان قوله هذان حرامان الحديث نص لبيان التفرقة في حق الحل والحرمة للذكور والاناث وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة لبيان الوعيد في حق من لبس الحرام فكانا كالظاهر والنص راجح على الظاهر او نقول الدليل دل على ان مقتضى الحل للاناث متأخر وهو استعمال الاناث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وهذا آية قاطعة على تأخره كذا ذكر السؤال والجواب في شرح تاج الشريعة والكفاية قال صاحب العناية في تقرير السؤال والجواب هنا فان قيل الحديث الدال على حله لهن انما يكون قبل الاول فينسخ به او بعده فيتعارضان لان العام كالخاص في افادة القطع عندنا او لا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخرا لئلا يلزم النسخ مرتين فالجواب انه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير وذلك آية قاطعة على تأخره فينسخ به المحرم وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع انتهى كلامه اقول تقرير السؤال على الوجه الذي ذكره صاحب العناية ليس بسديد لان الترديد الثالث المذكور فيه قبيح جدا بل مختل المعنى فانه ان اراد بقوله في الشق الثاني فيتعارضان انهما حينئذ يتعارضان فليت قطان ليس بصحيح اذ المتأخر تكون ناسخا للمتقدم البتة عند التعارض والتساوي في القوة وانما التساقط فيما اذا لم يعلم التاريخ ولم يمكن الجمع بينهما بطلب المخلص كما تقرر كله في علم الاصول وان اراد بذلك انهما يتعارضان ويكون المتأخر ناسخا للمتقدم فهو يدفع السؤال عن المقام فلا وجه لدرجه في جانب السؤال واقول في الجواب الذي ذكره ايضا شيء وهو انه ذكر في الشروح وسائر المعتبرات انه قال بعض الفقهاء ليس الحرير حرام على النساء ايضا لعموم النهي ولما حدث الطحاوي عن ابي بكرة عن ابي داود عن شعبة قال اخبرني ابو دبيان قال سمعت ابن الزبير يخطب يقول يا ايها الناس لا يلبسوا نساءكم الحرير فاني سمعت عمر بن الخطاب يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من لبس الحرير في الدنيا لم يلبسه في الآخرة فقد ظهر ان بعض الفقهاء سيما ابن الزبير رضي الله تعالى عنه انكروا استعمال النساء الحرير فكيف يتم ان يقال في الجواب انه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير فتأمل ثم قال صاحب العناية قال قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان اشارة الى جزئيين فمن اين العموم اجيب بان العموم المراد بالجنس ولئن كان شخصا فغيره ملحق به بالدلالة انتهى اقول في الجواب بحث وهو انه قد تقرر في علم الاصول ان عبارة النص مرجح على اشارته واشارته ترجح على دلالته فعلى تقدير ان يكون غير الشخص المشار اليه

قال ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول أبي يوسف وانما ذكره القدوري وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الأبواب لهما العمومات ولأبي حنيفة ان الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام وقال عمر رضي الله عنه اياكم وزي الاعاجم وله ما روي انه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنهما مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجا على ما عرف قال ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما لما روي الشعبي رحمه الله انه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولان فيه ضرورة فان الخائض منه أدفع لمعرة السلاح واهيب في عين العدو ولبريقه ويكره عند أبي حنيفة لانه لا فصل فيما روينا والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمخطور لا يستباح الا لضرورة

في قوله عليه السلام هذان حرامان الحديث ملتحقا به بالدلالة يلزم ان يرجح الحديث الدال عبارة او اشارة على حرمة لبس الحرير مطلقا على الذكر والانثى كقوله عليه السلام انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة على هذا الحديث في حق ما افاده دلالة وهو حل لبس الحرير الذي هو غير الشخص المشار اليه في هذا الحديث للنساء فيلزم ان لا ينتهض هذا الحديث حجة لحل لبس الحرير الغير المشار اليه للنساء فمن اين ثبت العموم قوله ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة وقالا يكره قال الشراح يعني للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس واخذهم الخلاصة فان قال فيها والرجل والمرأة في هذا سواء بخلاف اللبس وعن هذا قال في النهاية كذا في الخلاصة وقال في معراج الدراية ذكره في الخلاصة اقول تعميم قول الامامين هنا للمرأة ايضا مشكل فان قول النبي صلى الله عليه وسلم حلال لاناثهم ليس بمقيد باللبس بل الظاهر انه يعم التوسد والنوم عليه ايضا وهما مع كونهما مستدلين على مدعاهما ههنا بالعمومات كيف يتركان العمل بعموم هذا الحديث المشهور الذي رواه جماعة من كبار الصحابة رضي الله عنهم قوله لهما العمومات قال صاحب النهاية وهي ما ذكره من قوله نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وما روي عن عمر رضي الله تعالى عنه اذا استقبل جيشا من الغزاة رجعوا بغنائمكم ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم اعرض عنهم فقالوا لم اعرضت عنا قال لاني رأيت عليكم ثياب اهل النار انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في بيان المراد من العمومات لهذه المذكورات اقول حمل العمومات على هذه المذكورات لا يكاد يتم لان مدلول كل من هذه المذكورات انما هو حرمة لبس الحرير والكلام ههنا في توسده والنوم عليه والظاهر انهما ليسا بلبس اذ لا يقال لمن توسد شيئا او نام عليه انه لبسه لا في اللغة ولا في العرف فاني يوجد العموم اللهم الا ان يقال التوسد والافتراش وان لم يكونا لبسا في الحقيقة الا انهما في حكم اللبس في تحقق الاستعمال والانتفاع بهما فصار المحقين باللبس عندهما وكان مرادهما بالعموم هو العموم دلالة لا عبارة لكنه تعسف جدا كما لا يخفى وقال تاج الشريعة في بيان العمومات وهي هذا ان حرامان الحديث وقوله عليه السلام لان اتكئ على جمرة الغضا احب الي من ان اتكئ على مرفقة حرير وعن علي رضي الله عنه انه اتى بدابة على سرجها حرير فقال هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية في هذا البيان اقول هذا اشبه من الاول ولكن فيه ايضا شيء فان العموم في الحديث الاول ظاهر حيث لم يقيد الحرمة فيه بشيء من اللبس والتوسد وغيرهما واما في الاخيرين فلا لان الثاني مخصوص بالانكار والثالث مخصوص بالفعل في الشرح من القعود والافتراش فلم يظهر في شيء منهما العموم الا ان ينظر في الثالث الى مجرد قوله هذا لهم في الدنيا والآخرة مع قطع النظر عما قبله فحينئذ يتحقق العموم كما ترى قوله والمخطور لا يستباح الا لضرورة قال بعض المتأخرين قوله والمخطور لا يستباح الا لضرورة يوهم ان ما لحمته حرير وسداه غيره مباح في غير الحرب ايضا فحق التعبير والضرورة اندفعت باباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة الاعلى ولو حملنا المعنى على ان المخطور لا يستباح الا لضرورة فاذا امكن اندفاعها بالادنى منه لا يصار الى استباحة الاعلى كان الكلام من قبيل الايجاز المخل اقول ليس هذا بشيء فان جميع مقدماته مجروح اما قوله والمخطور لا يستباح الا لضرورة يوهم ان ما لحمته حرير وسداه غير مباح في غير الحرب ايضا فلان ذلك الايهام انما يتصور ان لو تحققت الضرورة في غير الحرب ايضا وليس فليس واما قوله فحق التعبير والضرورة اندفعت

وما رواه محمول على المخلوط قال ولا بأس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال ابو يوسف اكره ثوب القز يكون بين القز والظهارة لا ارى بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس قال وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير لا بأس به في الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بينا

بالاباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة الاعلى فلان حق التعبير كيف يكون ذلك ويرد عليه ان يقال يجوز ان يكون استباحة الاعلى للتوسعة بها لا للحاجة اليها فلا بد في دفع ذلك من المصير الى قول المصنف والمحظور لا يستباح الا لضرورة واما قوله ولو حملنا المعنى الى قوله كان الكلام من قبيل الايجاز المخل فلانه انما يكون الكلام على ذلك المعنى من قبيل الايجاز المخل ان لو كان قوله فاذا امكن اندفاعها بالادنى منه لا يصار الى استباحة الاعلى مقدرا في كلام المصنف واما اذا كان مضمون ذلك القول مفهوما من المقدمة السابقة وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط كما هو حقيقة الحال فلا يوجد الايجاز المخل في الكلام الذي ذكره المص كما لا يخفى وكان ذلك البعض لم يلاحظ ارتباط هذه المقدمة اعني قوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة بالمقدمة السابقة عليها وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط ولا شك ان قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط شروع في الجواب عن دليلهما العقلي وهو قولهما ولان فيه ضرورة الى آخره وقد اعترف به ذلك البعض في شرحه المقام ثم لا يذهب على الفطن ان الجواب عن ذلك لا يتم بمقدمة واحدة فقوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة من تمام الجواب والمعنى ان المحظور الشرعي لا يستباح الا لضرورة والضرورة فيما نحن فيه قد اندفعت بالمخلوط الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك فلا مجال لاستباحة الخالص منه فالمقدمة الثانية في تقرير المصنف متقدمة في المعنى الا انه اخرها في الذكر لكون مناسبة المقدمة الاولى بدليلهما العقلي اكثر وتاثيرها في الجواب عن ذلك الدليل اظهر فلا غبار في كلام المصنف ههنا اصلا تامل تر شد **قوله** وما رواه محمول على المخلوط اقول فيه نظر لان ما رواه ترخيص النبي صلى الله عليه وسلم في لبس الحرير والديباج في الحرب والحمل على المخلوط ان صح في الحرير لا يصح في الديباج لان الديباج في اللغة والعرف ما كان كله حريرا قال في المغرب الديباج الذي سداه ولحمته ابريسم وقال الشراح جملة وجوه هذه المسئلة ثلثة الاول ما يكون كله حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق واما في الحرب فعند ابي حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز والثاني ما يكون سداه حريرا ولحمته غيره ولا بأس بلبسه في الحرب وغيره والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب دون غيره فقد صرحوا في كلامهم هذا بان الديباج ما كان كله حريرا فلا مجال للحمل على المخلوط في حقه **قوله** ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى قال جمهور الشراح في تعليل هذا لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الحكم الى آخرهما واللحمة آخرهما انتهى وقال بعض المتاخرين وقد يقال ولان الثوب لا يكون ثوبا الا بهما والشيء اذا تعلق وجوده بشيئين يضاف الى آخرهما وجودا اقول لا يخفى ان المصنف لم يعتبر في التعليل كون اللحمة آخر جزء من الثوب ولم يلتفت فيه الى المقدمة القائلة اذا تعلق وجود شيء بشيئين يضاف الى آخرهما وجودا فيكون كل ما ذكر دليلا مستقلا مقطوعا عن الآخر يرشد اليه قول الزيلعي لان الثوب لا يصير ثوبا الا بالنسج والنسج باللحمة وكانت هي المعتبرة او نقول الثوب لا يكون ثوبا الا بهما فيكون العلة ذات وصفين فيعتبر آخرهما وهو اللحمة انتهى لكن لا يخفى عليك ان القول بان النسج يكون باللحمة وهم بل هو باللحمة والسدى معا فالتاويل على الدليل الثاني ولهذا عدل عنه صاحب الكافي وقال ولانه بالنسج يصير ثوبا وهو باللحمة والسدى فيضاف كونه ثوبا الى آخر الاخرين وهو اللحمة وجعلت حكما في الاباحة ثم الفرق بين ما ذكره المصنف وبين ما نقلناه من الدليلين مع كونه ظاهرا اخفى على بعض الشراح حيث علل الاول بالثاني الى ههنا نقط ذلك البعض اقول لم يصب ذلك في رايه ههنا بل خرج عن سنن السداد اذ لا يخفى على ذي مسكة ان الدليل الذي ذكره المصنف لا يفيد المدعى بدون المعنى

قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانها في معناه الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة تحقيقا لمعنى التموه والفضة اغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة وهذا النص على ان التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على رجل خاتم صفر فقال مالي اجد منك رائحة الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال مالي ارى عليك حلية اهل النار ومن الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه

الى المقدمة القائلة ان الحكم اذا تعلق بشيئين يضاف الى آخرهما لان النسج انما يحصل باللحمة والسدى معا لا باللحمة وحدها اذ النسج انما هو تركيب اللحمة بالسدى كما صرحوا به فلا يثبت كون الاعتبار باللحمة دون السدى الا بملاحظة تلك المقدمة فاذا لم يفد ما ذكره المص المدعى بدون المصير الى تلك المقدمة لم يبق احتمال ان يكون هذا دليلا مستقلا وتلك المقدمة دليلا آخر فلا جرم نبه جمهور الشراح على كون تلك المقدمة معتبرة فيما ذكره المصنف بقسميه اياها اليه بطريق التعليل لقوله وكانت هي المعتبرة دون السدى واصابوا فيما فعلوا حيث حملوا الدليل الذي ذكره المصنف على المعنى الصحيح التام مع تحمل كلامه اياه فان عدم اعتباره في التعليل كون اللحمة آخر جزء من الثوب ليس اعتبار العدمه وعدم التفات فيه الى التصحيح تلك المقدمة يجوز ان يكون بناء على ظهور اعتبارها فيه او اعتمادا على تقرره في كلمات المشائخ وليس في كلامه ما يمنعه فانه قال في اللحمة بدون القصر عليها وكانه قال وتمام النسج او آخر النسج باللحمة والعجب من ذلك البعض انه مع اعترافه ببطلان ما ذكر في كلام المصنف بدون اعتبار اضافة الحكم الى آخر الجزئين حيث قال لا يخفى عليك ان القول بان النسج يكون باللحمة وهم بل هو باللحمة والسدى معا جعل ما ذكره المصنف دليلا مستقلا بدون المصير الى تلك المقدمة فاختار بطلان ما ذكره المصنف وغيره وما غيره الا عبارة الزيلعي ولم ينظر او لم يلتفت الى ما وقع في كلام فحول المشائخ من جعل المجموع دليلا واحدا منهم صاحب البدائع فانه قال في تقرير الدليل المذكور ان الثوب يصير ثوبا باللحمة لانه انما يصير ثوبا بالنسج والنسج تركيب اللحمة بالسدى وكانت اللحمة كالوصف الاخير فيضاف الحكم اليه انتهى ومنهم صاحب المحيط وانه ايضا قال في تقرير ذلك لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج انما يتأتى باللحمة آخرها فيضاف صيرورته ثوبا على اللحمة فاذا كانت اللحمة من الحرير كان الكل حريرا حكما انتهى ومنهم صاحب الكافي فانه ايضا جمع كما نقله ذلك البعض ثم انه يجوز ان يكون مراد الزيلعي بقوله او نقول الى آخره تقرير ذلك الدليل بعبارة اخرى من غير تعرض لقيد النسج لا ذكر دليل آخر مستقل مغاير للاول في المعنى والمآل ترشد اليه انه قال بعد ذلك ولان اللحمة هي التي تظهر في المنظر فيكون العبرة بما يظهر دون ما يخفى انتهى حيث اعاد حرف التعليل وهي اللام في هذا الدليل اشارة الى استقلاله ولو كان مراده بما ذكره بقوله او نقول الى آخره ايراد دليل آخر مستقل لاعاد اللام ايضا تصريحا

قوله ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانه في معناه اقول لمانع ان يمنع كونه في معناه كيف وقد صرح فيما بعد بانه ادنى منه حيث قال في تعليل حرمة التختم بالذهب على الرجال ولان الاصل فيه التحريم والاباحة بضرورة التختم او التموه وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة ولا يخفى ان الادنى لا يكون في معنى الاعلى وتوضيحه ان معنى المصنف بقوله لانه في معناه اثبات عدم جواز التحلي بالفضة للرجال بدلالة النص الوارد في حرمة الذهب على الرجال وهو قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور امتي وقد تقرر في علم الاصول ان شرط دلالة النص ان يكون المسكوت عنه اولى من المنطوق في الحكم الثابت للمنطوق او مساويا له فيه ولا يجوز ان يكون ادنى منه وليس الامر في الفضة كذلك لما عرفت ومن الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر اقول الاستدلال على عدم حرمة التختم باليشب بانه ليس بحجر مما لا اصل له لان ما ليس بحجر قد يكون مما يحرم التختم به بلا خلاف كالحديد والصفر ولم يرد نص في حرمة التختم بالحجر كوروده في الذهب والحديد والصفر حتى يكون المقصود من نفي كونه حجرا هو الاحتراز عن كونه مورد نص الحرمة بل ورد النص في جواز التختم ببعض الاحجار كالعقيق فانه روي ان

المصنف في التعليل وهو على الشراح كلامه لعدم الاقتصار ... منه

الذهب بالرجال حرام تكرهة بتدوين علم رضي الله عنه ان النبي عليه السلام نهى عن التختم بالذهب كذا اصل فيه التحريم كما بلغه ورد اعلم والكرهة وقوله تحت بالاذى وهو الفضة والحلقة
بالفضة لان لم يكن الخاتم لا كالمعتبر بالفص حتى يجوز ان يكون بعض الفص ان لو كفيه بخلاف السوار لانه زينة في حق الرجال اما تحلية السلطان الحاجة الى الختم فانما اعتبرها لا تصل اليه قال ولا بأس بتحريم الذهب بجعل في حجر الفص اي في فصه كالنبي والثوب اذا جعل لا بسالة قال ولا بأس بالذهب بتشديد الفضة وهو قول ابي حنيفة وقال محمد لا بأس بالذهب
عن ابي يوسف من قبل كل منهما لهما ان عرفة اسعاد صيب لفقه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره النبي عليه السلام بان يتخذ انفا من ذهب ولابي حنيفة ان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة
وقد ارتفعت بالفضة وهي الادنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روى لم تندفع في الانف دونه وصيت لان قال يكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير لان التحريم ما ثبت في حق الذكور حرم
حرم الابس كالخمر لما حرم شربه حرم شفيه قال وتكره الحرقة التي يحل فيها العرفة لانه لوح بحجر وتكره بكل التي يعبر بها الوضوء او يمسح بها دليل اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن تكبر
تجبر وصار كالتبرج في الجلوس ولا بأس بان يربط الرجل واصبعه او خاتمه لحفظ الحاجة وتسمى ليلة الرقم والرقيمة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم شعرا لا يعتبك اليوم ان هممت بهم كرمة
ماتوسمي بعقاد الرقم وقد روي ان النبي عليه السلام امر بعض اصحابه بذلك لانه ليس بحيث فيه من العرض الصحيح ويتذكر عند النسيان فصل في الوطء والنظر والمس قال ولا يجوز ان ينظر
الرجل الى الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد
بالزينة المذكورة مواضعها لان في ابدا الوجه والكف ضرورة الحاجة الى المعاملة مع الرجال اخذا واعطاء وغير ذلك وعلى تصيص على انه لا يباح النظر الى قدمها عن ابي حنيفة رحمه الله انه يباح لان فيه
بعض الضرورة وعن ابي يوسف انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا لانه قد يبدو منها عادة قال فان كان لا يأمن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن امرأة اجنبية عن شهوة
صب في عينيه الآنك يوم القيمة فان خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن التحريم وقوله لا يأمن يدل على انه لا يباح اذا شك ولا اشتهى لكنه اذا علم وكان اكبر رأيه كذلك لا يحل له ان ينظر وجهها ولا كفيها
وان كان يأمن الشهوة لقيام التحريم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر الى الوجه لبلوى التحريم لقوله عليه السلام من مس كفه امرأة ليس بينها وبينه سبيل مس على كفه جمرة يوم القيمة وهذا اذا كانت شابة تشتهى

ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يتختم بالعقيق فانه روي قال يختموا بالعقيق فانه مبارك كما ذكر في الكافي وغيره فكان التشبث بكونه حجرا اظهر لنفي اثبات مدعى
من قال بعدم حرمة التختم به من نفي كونه حجرا عن هذا قال الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير وفي فتاواه ظاهر لفظ الكتاب يقتضي كراهة التختم بالحجر الذي
يقال له يشب والصحيح انه لا بأس به لانه ليس بذهب ولا حديد ولا صفر بل هو حجر وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه تختم بالعقيق انتهى كلامه
قوله والتختم بالذهب على الرجال حرام قال بعض المتأخرين هذا التصريح لما علم من قوله الا بالخاتم الا انه توطئة لما فصله من دلالته انتهى اقول ليس كذلك
لان معنى قوله الا بالخاتم الا انه يجوز للرجال التحلي بالخاتم لانه استثناء من النفي اثبات بلا ريب ما ذكره هنا حرمة التختم بالذهب على الرجال فكيف يكون هذا
تصريحا بما علم من قوله الا بالخاتم والتخالف بين نفي جواز الشيء واثباته ضروري ولو قال هذا تصريح بما فهم من قوله من الفضة في قوله الا بالخاتم والمنطقة
وحلية السيف من الفضة على القول بان مفهوم المخالفة معتبر في الروايات بالاتفاق لكان له وجه لما قيل

فصل في الوطء والنظر واللمس لا يذهب على الناظر في المسائل المذكورة في هذا الفصل ان ما يتعلق منها بالوطء انما هي مسئلة جواز العزل عن امته
بغير اذنها وعدم جواز ذلك في الحرة وان تلك المسئلة مع كون المقصود منها بيان مجرد جواز العزل وغير محله لا بيان حال الوطء نفسه قد ذكرت في آخر هذا
الفصل فالمناسب ان يؤخر ذكر الوطء في عنوان الفصل ايضا فيقال فصل في النظر واللمس والوطء على ترتيب ذكر المسائل الآتية كما في الكافي والاولى
من ذلك ان يبدل الوطء بالعزل في التعبير بعد التأخير ليحصل تمام الموافقة بين عنوان الفصل ومسائله ثم ان مسائل النظر اربعة اقسام نظر الرجل
الى المرأة ونظر المرأة الى الرجل ونظر الرجل الى الرجل ونظر المرأة الى المرأة والقسم الاول منها على اربعة اقسام ايضا نظر الرجل الى الاجنبية الحرة ونظره
الى من يحل له من الزوجة والامة ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى امة الغير فبدأ في الكتاب باول الاقسام من القسم الاول كما ترى **قوله قال**

علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف اقول الظاهر ان المقصود من نقل قول علي وابن عباس ههنا انما هو
الاستدلال على جواز ان ينظر الرجل الى وجه الاجنبية وكفيها بقولهما في تفسير قوله تعالى الا ما ظهر منها فان في تفسيره اقوالا من الصحابة لا يدل على المدعى
بشيء منها سوى قولهما لكن دلالة قولهما على ذلك غير واضح ايضا اذ الظاهر ان موضع الكحل هو العين لا الوجه كله وكذا موضع الخاتم هو الاصبع
لا الكف كله والمدعى جواز النظر الى وجه الاجنبية كله والى كفيها بالكلية فالاولى في الاستدلال على ذلك هو المصير الى ما جاء من الاخبار في الرخصة
في النظر الى وجهها وكفيها منها ما روي ان امرأة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر الى وجهها ولم يرفع فيها رغبة ومنها ما روي
ان اسماء بنت ابي بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليها ثياب رقاق فاعرض عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا اسماء
ان المرأة اذا بلغت المحيض لم يصلح ان يرى منها الا هذا وهذا اشار الى وجهه وكفيه ومنها ما روي ان فاطمة رضي الله عنها لما ناولت احد ابنيها
بلالا او انسا قال ايت كفيها كانها فلقة قمر اي قطعته فدل على انه لا بأس بالنظر الى وجه المرأة وكفيها **قوله وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت**

عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة قال بعض المتأخرين يريد ان حرمة نفس الوجه والكف تختص بما اذا كانت
شابة اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمسها انتهى اقول ليس هذا بشيء صحيح اذ لم يذكر في هذا الكتاب ولا في غيره من كتب الفقه عدم البأس

اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روى ان ابا بكر رضى الله عنه كان يدخل بعض القبائل التى كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير رضى الله عنه استأجر عجوزا لتمرضه وكذا تغمز رجله وتغلى رأسه وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا وان كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعرض المفضية والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال وبحرز القاضى اذا اراد ان يحكم عليها والشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان تشتهى للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة ولكن ينبغى ان يقصد به اداء الشهادة او الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح واما النظر لاجل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهى فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء ومن اراد ان يتزوج امرأة فلا بأس ان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها لقوله عليه السلام فيه انظر اليها فانه احرى ان يؤدم بينكما ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة ويجوز للطبيب ان ينظر الى عورة المريض للضرورة وينبغى ان يعلم امرأة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس اسهل فان لم يقدر وأتى بها عضو منها سوى موضع المرض نظر اليه

بمس وجه المرأة الاجنبية وان كانت عجوزا واما المذكور هنا وفى سائر الكتب عدم البأس بمس كفها اذا كانت عجوزا والاصل فيه ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصافح العجائز فى السفر ولا يصافح الشواب كذا فى المحيط وغيره وما روى عن ابى بكر وعبد الله بن الزبير رضى كما ذكر فى الكتاب يعم ظاهر الدليل العقلى وهو قوله لانعدام خوف الفتنة لا يأبى عن التعميم لكن لا مجال لاختراع مسئلة بمجرد ذلك بدون ان تذكر فى الكتب نقلا عن الائمة او المشائخ ثم ان تاج الشريعة اعترض على قوله لانعدام خوف الفتنة واجاب حيث قال فان قلت هذا تعليل فى مقابلة النص وهو ما ذكر فى الكتاب من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه حجرا يوم القيمة قلت المراد امرأة تدعو النفس الى مسها اما اذا اشتهت العين من رؤيتها وانزوى الخاطر من لقائها فلا انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب الكفاية اقول يرد الاعتراض المذكور على قول المصنف فيما بعد وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا فان قوله لما قلنا اشارة الى قوله لانعدام خوف الفتنة كما لا يخفى وقد صرح به بعض الشراح ولا يتمشى الجواب المزبور هناك اذ الظاهر ان تلك المسئلة فيما اذا كانت شابة يشتهى يدل على بعض ذلك عطفا على قوله اذا كانت عجوزا لا تشتهى ولا شك ان الشابة المشتهاة ممن تدعو النفس الى مسها وكانت داخلة تحت النص المذكور لا محالة فيكون التعليل بقوله لما قلنا تعليلا فى مقابلة النص وهو لا يجوز كما عرف فى علم الاصول فان قلت تلك المسئلة مقيدة بان يأمن على نفسه عليها فلا يتحقق دعوتها النفس الى مسها فى تلك الصورة قلت ان لم يتحقق دعوتها النفس الى مسها بالفعل فى تلك الصورة فما سا لها ذلك فى كل حال والظاهر ان المراد بالمرأة المذكورة فى النص المزبور هى المرأة الصالحة لان تدعو النفس الى مسها لا التى تحققت فيها دعوتها اليه بالفعل والا لزم ان لا يثبت حرمة مس الرجل الشاب المرأة الاجنبية الشابة اذا امن على نفسه وعليها تأمل تفهم قوله وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها قال بعض المتأخرين اشتراط امنه عليها محل تأمل لعدم كون ذلك فى وسعه لعدم الوقوف عليه انتهى اقول يمكن الوقوف عليه بالقرائن الحالية او بالتجربة فى نظائرها فجاز اشتراط امنه عليها ايضا بناء على ذلك قوله فان كان لا يأمن عليها لا يحل مصافحتها قال بعض المتأخرين تخصيص عدم امنه بكونه عليها غير ظاهر ايضا فان جعلنا الضمير فى عليها للنفس يلزم التخصيص من وجه آخر انتهى اقول الضمير فى عليها للمرأة ووجه تخصيص عدم الامن عليها بالذكر ظاهر وهو حصول العلم بحكم عدم الامن على نفسه دلالة من بيان حكم عدم الامن عليها عبارة فانه اذا لم يحل مصافحتها عند عدم الامن عليها لما فيه من تعرض الغير للفتنة فلان لا يحل مصافحتها عند عدم الامن على نفسه اولى لما فيه من المباشرة للفتنة بنفسه قوله ويجوز للقاضى اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد

اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان تشتهى للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة قال بعض المتأخرين قد ينور ذلك باباحة النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لاقامة الشهادة عليه ثم قال خطر ببالى هنا اشكال وهو ان شهود الزنا كما صرحوا فى كتبهم بين تبين اقامة الحد والتحرز من الشك والستر افضل لقوله صلى الله عليه وسلم للذى شهد به عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وليس فى الحدود حقوق الناس الا فى السرقة ولهذا يجب ان يشهد بالمال فيقول اخذ احيا الحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر فلم يكن ما ذكر من التنوير فى شئ اصلا لانعدام الحاجة وانتفاء الضرورة فى الشهادة بالزنا ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية فى كتاب الحدود من الذخيرة يعنى كون الستر افضل يجب ان يكون بالنسبة الى من لم يتعمد الزنا ولم ينهتك به واما اذا حصل

وبعض الصورة فيما استطاعه لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من
الرجل لانه صار امرأة ويجوز للمرض لكن بالمرأة الفلانية على ما روى عن ابي يوسف لانه صار امرأة للمرض قال وينظر الرجل من الرجل الى جميع
بدنه الا ما بين سرته الى ركبته لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى تجاوز ركبته وبهذا
ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي رحمهما الله والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعي والفخذ عورة خلافا
لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل الكماري رحمه الله وهذا لانه
لا اعتبار بهما مع النص بخلافه وقد روى ابو هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال الركبة من العورة

وصل الحال الى اشاعته والتهتك به بل يعصم ربما افتخر فيجب كون الشهادة به اولى من تركها لان مطلوب الشارع اخذ الارض من الفواحش
وذلك يتحقق بالتوبة وبالزجر فاذا ظهر حال الشره في الزنا مثلا وعدم المبالاة به باشاعته فاخلاء الارض بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها فيجب تحقيق
السبب الآخر للاخلاء وهو الحد بخلاف من زل مرة او مرارا مستترا متخفيا مشدا عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد انتهى اقول ما ذكره بعض شراح الهداية
في كتاب الحدود لا يدفع الاشكال الذي خطر ببال ذلك القائل الا في مادة جزئية وهي ما اذا وصل الحال الى اشاعة الفاحشة والتهتك بها لا فيما
عدا ان الستر فيه افضل بلا شبهة مع ان النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لاقامة الشهادة عليه مباح هناك ايضا فكفى بذلك اشكالا فلم يتم قوله ثم
دفعه بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود ثم اقول في دفع ذلك الاشكال بالكلية ان الحاجة الى النظر الى العورة غليظة عند الزنا والضرورة
متحققتان في الشهادة بالزنا مطلقا في تحصيل احدى الحسبتين وهي اقامة الحد باقامة الشهادة على الزنا اذ لا يتيسر اقامة الشهادة عليه بدون
النظر الى العورة الغليظة عند الزنا وان لم تحقق الحاجة اليه ولا الضرورة في تحصيل الحسبة الاخرى وهي التحرز عن التهتك فمن اراد ان ينال الحسبة
الاولى يحتاج ويضطر الى النظر اليها فيباح له النظر اليها اذ ذاك اذ يكفي في اباحة ذلك الحاجة اليه والضرورة بالنسبة الى تحصيل خصوص الحسبة
ولا يتوقف اباحته على الحاجة اليه والضرورة المطلقتين اي من كل وجه ولا على ان لا يكون فوق تلك الحسبة حسبة اخرى افضل منها الا يرى ان من
اراد ان يتزوج امرأة فلا باس له بان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها بناء على ان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة كما سيأتي في الكتاب مع ان
الحاجة الى النظر اليها والضرورة انما يتحققان في اقامة تلك السنة لا مطلقا لامكان ترك تزوجها الداعي الى النظر اليها وان فوق تلك السنة
ما هو افضل منها من الواجبات بل من بعض السنن المؤكدات فقد اندفع ذلك الاشكال بخذافيره قوله وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا
ما بين سرته الى ركبته قال صاحب العناية هذا هو القسم الثاني من اصل التقسيم اقول ليس الامر كذلك بل هو القسم الثالث منه كما لا يشتبه على من
نظر الى تقسيمه في صدر الفصل قوله وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي قال صاحب النهاية وابو عصمة هو سعد بن
معاذ المروزي فانه يقول ان السرة احد حدي العورة فتكون من العورة كالركبة ثم قال وقوله والشافعي بالعطف على ابي عصمة في اثبات
ان السرة عورة عندهما كانه وقع سهوا لوجهين احدهما ما ذكرنا من تعليل ابي عصمة في اثبات ان السرة عورة بقوله انها احد حدي العورة فيكون
عورة كالركبة فان هذا التعليل انما يستقيم ان يقول بان الركبة عورة والشافعي لا يقول بكون الركبة عورة والثاني ان الشافعي علل في اثبات
ان الركبة ليست من العورة بقوله انها حد العورة فلا تكون من العورة كالسرة لان الحد لا يدخل في المحدود وهذا نص منه على ان السرة
ليست بعورة ورد عليه صاحب العناية حيث قال قيل عطف الشافعي على ابو عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول الركبة
عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف لم يعلل بهذا التعليل في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز ان يكون مذهبهما واحدا والمانع
متعددا فالمذكور يكون تعليلا لابي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو ان السرة محل الاشتهاء انتهى اقول قد ذكر صاحب النهاية لعدم استقامة
العطف المزبور وجهين وقد نقل صاحب العناية احد ذينك الوجهين واجاب عنه كما ترى ولم يتعرض للوجه الآخر اصلا فكانه لم يظفر بالجواب عنه

وابدى الحسن بن علي رضي الله عنهما سرته فقبلها ابو هريرة رضي الله عنه وقال عليه السلام الفخذ عورة وان فخذك ما علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوءة حتى ان كاشف الركبة يسلم عليه بردّ وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوءة يؤدب ان لم ومايباح النظر اليه للرجل من الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء

فبقي الاشكال في العطف الواقع في كلام المصنف من ذلك الوجه ولابد من دفعه فاقول في الجواب القاطع لعرق الاشكال ان في السرة والركبة ثلاث روايات عن الشافعي احديها ان السرة عورة والركبة ليست بعورة كما هو مدلول كلام المص ههنا وفي كتاب الصلوة ايضا والثانية انهما ليستا بعورة كما ذكر في وجيز الشافعية والثالثة انهما عورة وذكر صاحب الغاية باتين الاخيرتين وقال للاولى منهما وبذا اصح الوجهين واذ قد تقرر هذا فجاز ان يكون تعليل الشافعي في اثبات ان الركبة ليست من العورة بقوله انها حد العورة فلا يكون من العورة كالسرة مبنيا على قوله في الرواية الثانية وبذا لا ينافي اشتراكه مع ابي عصمة في قوله الاخر الواقع في الرواية الثالثة عنه بل لا ينافي اشتراكه معه في تعليله بقوله انها احد حدي العورة فيكون عورة كالركبة بناء على ذلك القول فلا محذور في العطف المذكور اصلا تامل تفت قوله وابدى الحسن بن علي رضي الله عنهما سرته فقبلها ابو هريرة هذا جواب عن قول ابي عصمة والشافعي اخرجه احمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والبيهقي في سننه عن ابن عون عن عمير بن اسحق قال كنت امشي مع الحسن بن علي رضي الله عنهما في بعض طرق المدينة فلقينا ابو هريرة فقال للحسن اكشف لي عن بطنك جعلت فداك حتى اقبل حيث رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبله قال فكشف عن بطنه فقبل سرته ولو كانت من العورة لما كشفها قال الشارح العيني بعد بيان هذا المحل بهذا المنوال وفي معجم الطبراني خلاف هذا حدثنا ابو مسلم الكشي حدثنا ابو عاصم عن ابن عون عن عمر بن اسحق ان ابا هريرة لقي الحسن بن علي رضي الله عنهم فقال له ارفع ثوبك حتى اقبل حيث رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل فرفع عن بطنه ووضع يده على سرته انتهى وقال بعض المتاخرين بعد نقل ما ذكره العيني قلت لا مخالفة بين الروايتين لامكان الجمع بين المس والتقبيل ولو سلم فذلك لا يضر نابل يثبت مدعانا بالاولوية انتهى اقول كان ذلك البعض خبط في استخراج ما رواه الطبراني في معجمه حيث حسب ان معنى قوله ووضع يده على سرته وضع ابو هريرة يده على سرة الحسن فبنى عليه نفي المخالفة بين الروايتين بامكان الجمع بين المس والتقبيل يعني ان وضع ابو هريرة يده على سرة الحسن مس لها وهو لا ينافي تقبيله اياها فلا مخالفة بينهما ثم بنى عليه ايضا كلامه المتسلي يعني لو سلم المخالفة بينهما فما رواه الطبراني لا يضر نابل يثبت مدعانا ههنا وهو ان لا يكون السرة من العورة بالاولوية فان عدم جواز مس العورة بوضع اليد عليها اولى من عدم جواز تقبيلها فاذا وضع ابو هريرة يده على سرة الحسن ولم يمنعه الحسن ثبت ان السرة ليست من العورة لكن لا يخفى على من له ادنى تمييز ان معنى قوله ووضع يده على سرته وضع الحسن يده على سرة نفسه وعن هذا قال ووضع يده بالواو دون فوضع يده بالفاء كما قال في الرواية الاولى فقبل سرته والاسلوب المقرر في الحكاية عن الاثنين ادخال الفاء عند الانتقال الى حكاية قول الاخر او فعله او ترك العاطف والسلوك مسلك الاستيناف كما في قوله تعالى قالوا سلاما قال سلام واذ قد كان معنى رواية الطبراني ووضع الحسن يده على سرته كانت هذه الرواية مخالفة للرواية الاولى لعدم تيسر تقبيل سرة الحسن عند وضعه يده على سرته ثم ان كان مقصود الحسن رضي الله عنه من وضع يده على سرته في رواية الطبراني التحرز عن انكشاف نفس السرة عند رفع ثوبه عن بطنه لشعر فعله المذكور بكون السرة من العورة وان كان مقصوده منه التحرز عن انكشاف ما تحت السرة لا يدل فعله المذكور على كون نفس السرة من العورة فلم يحصل منه جزم باحد الطرفين قوله ومايباح للرجل النظر من الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء

[illegible]

اقول تامل ان يقول استواؤهما فيه ممنوع كيف وقد مر ان وجه الاجنبية وكشف ما ليست بعورة حيث يجوز للرجل ان ينظر اليها اذا امن الشهوة
ولكن لا يجوز له ان يمسها وان امن الشهوة فلم يستوا النظر والمس فيما يمكن ان يقال المراد انهما سواء لم يرد النص على خلاف ذلك كما في الصورة
الماضية فان النبي صلى الله عليه وسلم قال من مس كف امراة ليس منها بسبيل فتح على كفه جمرة يوم القيمة فاذكر هنا من حديث الاستواء المنص المباح
وما يوجب النص فلا تنافي بينهما ثانيا قوله يجوز للمراة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر اليه منه اذا امن الشهوة قال صاحب العناية قوله ويجوز للمراة
ان تنظر منه الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منها عكس هذا القسم الذي نحن فيه اقول ليس الامر كذلك في الظاهر اذ الظاهر ان المراد بالقسم الذي نحن فيه
هو الذي ذكر قبيل هذه المسئلة اعني قوله وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته فانه الصالح لما يعنون بما نحن فيه ولا يذهب
عليك ان هذا الذي ذكره هنا ليس بعكس ذلك وانما هو عكس القسم الاول المذكور في صدر الفصل ويحتمل ان يكون مراده بالقسم الذي نحن فيه
هو القسم الاول المذكور في صدر الفصل بناء على ان الحص لما لم يستوف بعد اقسام ذلك القسم الاول بل ادخل في خلالها الاقسام الثانية لا
من اصل التقسيم كما ستطلع عليه لم يكن فارغا عن بيان ذلك القسم بالكلية بل كان في عهدته الآن بيان ما بقي منه فبهذا الاعتبار جاز ان يعبر عنه
الشارح المراد بالقسم الذي نحن فيه وان كان مستبعدا عند من له سلامة الفطرة ثم ان بعض المتاخرين طعن في تحرير هذه المسئلة حيث قال
ولو نكر الرجل الثاني كان اولى اقول ليس هذا الشيء اذ لا يخفى على ذي مسكة ان المقصود من هذه المسئلة بيان حال الجنس مطلقا لا بيان
بعض من افراده وان كان غير معين فالاولى ان يعرف الرجل في الموضعين معا تعريف الجنس لا ان ينكر الثاني والا الاول تامل تفهم قوله
وينظر المراة من المراة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل قال صاحب العناية هذا هو القسم الثالث من اصل التقسيم اقول بل هذا هو القسم
الرابع منه كما لا يشتبه على احد من اولي النهى والمراد وكيف يخفى على مثل ذلك والعجب انه قد ابتلى بمثله فيما مر كما عرفته فتدبر عليه ولعل حكمته لا
في هذا الفصل ما وقع منه ومن سوء الظن بالمصنف حيث قال فيما بعد والمسامح في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر فعند ذلك من نفسه هو اشد
تعجبا منه قوله وعن ابي حنيفة ان نظر المراة الى المراة كنظر الرجل الى محارمه يعني لا تنظر الى ظهرها وبطنها وهذا معنى قول صاحب الكافي حتى لا يباح
لها النظر الى ظهرها وبطنها كذا قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني لا تنظر الى ظهرها وبطنها وفخذها كما سياتي انتهى اقول ذكر الفخذ هنا مستدرك
بل مخل لان عدم جواز نظر المراة الى فخذ المراة قد تقرر في القول الاول لان الفخذ ليس مما يجوز ان ينظر الرجل اليه من الرجل والذي لا بد منه
هنا بيان امتياز هذا القول الثاني عن القول الاول وهو ان لا ينظر الى ظهرها وبطنها ايضا وذكر الفخذ في هذا الاثناء يوهم جواز النظر اليه في القول
الاول قوله والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن امتك وامراتك قال في الكافي بعد ذكر هذا الاصل الذي هو حديث ابي هريرة
وقالت عائشة رضي الله عنها كنت اغتسل انا ورسول الله من اناء واحد وكنت اقول ابق لي ابق لي وهو يقول ابقي لي ابقي لي ولو لم يكن النظر مباحا
لما تجردت وكنا واحدا بين يدي صاحبه انتهى وقصد الشارح العيني تزييف الاستدلال على المدعى هنا بحديث عائشة رض فقال بعد ان ذكر
الاستدلال بذلك قلت لا يتم الاستدلال بهذا لانه لا يلزم ان يكون اغتسالهما معا بل يجوز ان يكونا متعاقبين ولكن في ساعة واحدة ولئن

قال وينظر الرجل من ذوات محارمه الى وجهه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها

سلمنا فلا يدل ذلك على ان كلا منهما كان ينظر الى فرج الآخر كيف وقد روي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرني ولم ار منه انتهى اقول ليس نفي من كلامه المنفي والتسليمي بصحيح اما الاول فلان قولها رضي الله عنها فكنت اقول بقي لي بقي لي وهو يقول بقي لي بقي لي يدل قطعا على ان يكون اغتسالهما معا اذ لو كان على التعاقب لما صح من المتقدم منهما طلب بقية الماء من الآخر اذ المباشر اولا هو المتقدم فالبقية وظيفة الآخر فلا معنى لطلبها من الآخر واما الثاني فلان المدعى ههنا مجرد جواز النظر الى الفرج لا لزوم وقوعه البتة ولا شك ان تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه يدل على جواز ذلك فان التجرد سبب لرؤية العورة عادة فلو لم يكن النظر اليها مباحا للزوج لما وقع التجرد منهما للقطع بتحرز النبي صلى الله عليه وسلم عن مظان الحرمة ثم ان مجرد جواز النظر لهما الى فرج الزوج لا ينافي عدم وقوعه منهما تأديبا على مقتضى مكارم الاخلاق قلت ما بين حديثي عائشة اصلا **قوله** وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها اقول كان الانسب ان لا يذكر الفخذ ههنا فانه لما تقرر فيما مر عدم جواز ان ينظر الرجل من الرجل مطلقا اي وان كان ذا رحم محرم منه الى ما بين سرتها الى ركبتها بالاولوية لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ وعن هذا لم يتعرض صاحب المحيط في هذا المقام لذكر شيء مما بين السرة الى الركبة حيث قال ولا يحل ان ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى جنبها ولا يمس شيئا من ذلك انتهى وظهر منه ايضا ان ذكر الجنب احق من ذكر الفخذ ههنا فان قلت المقصود من ذكر الفخذ في الكتاب بيان الواقع والتصريح بما علم التزاما مما تقدم قلت فحينئذ كان الانسب ان يقال بدل وفخذها ما بين سرتها الى ركبتها كما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها والى ما بين السرة والركبة منها ومنها انتهى فان فيه عموم الافادة فان قلت المقصود بالاكتفاء بذكر الفخذ هو السلوك مسلك الدلالة في افادة حرمة النظر الى ما عداه ايضا فما بين السرة والركبة بالاولوية قلت فحينئذ كان الاحق الاكتفاء بذكر الركبة فان حكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السرة كما تقرر فيما مر فبذكر الفخذ لا يعلم حكم الركبة دلالة لكونها اخف منه في حرمة النظر واما بذكر الركبة فيعلم حكم الفخذ والسرة ايضا دلالة بالاولوية لكونهما اقوى منها في حرمة النظر ثم ان بعض المتأخرين قصد حل بعض عبارة هذه المسئلة فقال واصل التركيب ذوات الرحم المحارم على ان المحارم صفة الذوات وقد يحذف الرحم فيقال ذوات المحارم بطريق المسامحة والنكتة فيه شمول المسئلة للمحرم بسبب كما سيجيء وجعل المحرم ههنا مصدرا اسميا بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا يلائمه تفسيره بما سيجيء فتأمل الى هنا كلامه اقول فيه خلل اما اولا فلانه لو كان اصل التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم على ان المحارم صفة الذوات فحذفت الرحم واضيفت الذوات الى المحارم بطريق المسامحة كان مدلول هذه المسئلة مختصا بالمحرم بسبب اذ الرحم لا يتصور في غير النسب فلا مجال لان يكون النكتة في حذف الرحم واضافة الذوات الى المحارم شمول المسئلة للمحرم بسبب اذ النكتة في العبارة لا يصلح ان تغير المعنى بالكلية حتى تنقله من الخصوص الى العموم وبالجملة بين ان يكون معنى التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم وبين ان تشمل المسئلة المذكورة المحرم بسبب تفاوت لا يخفى واما ثانيا فلان قوله وجعل المحرم ههنا مصدرا اسميا بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا يلائمه تفسيره بما سيجيء ليس بسديد فان كلا من قوله مع عدم استعماله فيه ومن قوله لا يلائمه تفسيره بما سيجيء في حيز المنع اما الاول فلانه قال في المغرب والمحرم الحرام والحرمة ايضا وقال في البدائع النسائي في هذا الباب

والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية والمراد والله اعلم مواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك مواضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست مواضع الزينة

سبعة انواع نوع منهن المنكوحات ونوع منهن المملوكات ونوع منهن ذوات الرحم المحرم كالام والبنت والعمة والخالة ونوع منهن ذوات الرحم بلا رحم من المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة ونوع منهن مملوكات الاغيار ونوع منهن من لا رحم لهن ولا محرم ومن الاجنبيات الحرائر ونوع منهن ذوات الرحم بلا محرم وكبنت العم والعمة والخال والخالة انتهى ولا يخفى على الفطن ان المحرم المذكور ثمة في مواضع متعددة انما يصلح منه ان يكون بمعنى الحرام ما ذكر في قوله ذوات الرحم المحرم والباقي منه بمعنى الحرمة لا غير كما في قوله ذوات المحرم بلا رحم وقوله من لا رحم لهن ولا محرم وقوله ذوات الرحم بلا محرم يظهر كل ذلك بالتامل الصادق والذوق الصحيح وقال في فتاوى قاضيخان ولا باس للرجل ان ينظر من امه وابنته واخته البالغة وكل ذات رحم محرم منه كالجدات واولاد الاولاد والعمات والخالات الى شعرها وصدرها وراسها وبدنها وعنقها وعضدها وساقها ولا ينظر الى ظهرها وبطنها ولا الى ما بين سرتها الى ان تجاوز الركبة وكذا الى كل ذات محرم برضاع او صهرية وزوجة الاب والجد وان علا وزوجة الابن واولاد الاولاد وان سفلوا وابنة المراة المدخول بها فان لم يكن دخل بها فهي كالاجنبية انتهى ولا يخفى على الفطن ايضا ان المحرم المذكور في قوله وكذا الى كل ذات محرم برضاع او صهرية بمعنى الحرمة دون الحرام اذ لا معنى لان يقال كل ذات حرام اي صاحبة حرام لان الحرام هي صاحبة الحرمة نفسها فلا معنى لاضافة الذات اليه واما الثاني فلانه انما لا يلايمه تفسيره بما يجي لو كان مراد المصنف بما يجي تفسير المحرم الذي هو مفرد المحارم في قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه واما اذا كان مراده بذلك تفسير المحرم بمعنى الحرام الماخوذ من مجموع قوله ذوات محارمه لا من قوله محارمه فقط فلا يلزم عدم الملائمة كما لا يخفى فالظاهر ان مراد المصنف هو الثاني ويعضده تقرير صاحب المحيط في هذه المسئلة حيث قال واما النظر الى ذوات محارمه فيقول يباح النظر الى موضع زينتها الظاهرة والباطنة ثم قال وذوات المحارم من حرم عليه نكاحهن بالنسب نحو الامهات والبنات والجدات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت او بالسبب كالرضاع والمصاهرة انتهى فانه فسر ذوات المحارم بما فسر به المصنف المحرم نفسه ثم ان التحقيق في معنى التركيب المذكور وهو قولهم ذوات محارمه انه اذا اريد به من حرم عليه نكاحهن بالنسب وحده يجوز ان يكون اصله ذوات الرحم المحارم على ان يكون المحارم صفة الذوات وتكون جمع محرم بمعنى حرام ويجوز ان يكون معناه ذوات الحرمات على ان يكون المحارم جمع محرم بمعنى الحرمة واما اذا اريد به من حرم عليه نكاحهن بنسب او سبب كما في مسئلة الكتاب فلا مجال لتقدير الرحم لكونه منافيا للتعميم بل يتعين المعنى الثاني قوله والاصل فيه

قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقوله والاصل فيه اي في جوازه ما جاز وعدم جوازه ما لم يجز على تاويل المذكور قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الآية وتبعه الشارح العيني اقول فيه نظر لان الآية المذكورة انما تدل على جواز ما جاز وهو النظر الى موضع الزينة ولا تدل على عدم ما لم يجز وانما يدل عليه آية اخرى وهي قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم كما افصح عنه صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها والى ما بين السرة والركبة منها ومسها لعموم قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم الا انه رخص للمحارم النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية فبقي غير البصر عاملا ما مورا به واذا لم يحل النظر فالمس اولى لانه اقوى انتهى او آية الظهار كما اشار اليه صاحب المحيط حيث قال ولا يحل ان ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى جنسها ولا يمس شيئا من ذلك

وكان البعض يدخل على البعض من غير استيذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى
الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقل ما تشتهي بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد
بسبب او كان بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح والاصح لما بينا قال ولا بأس بان يمس ما يجوز ان ينظر
اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفها حيث لا يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة مكاملة
الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا
بذوات المحارم اغلظ فيجتنب ولا بأس بالخلوة والمسافرة بها لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلاثة ايام وليالي الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها

والوجه فيه ان الله تعالى سمى الظهار في كتابه منكرا من القول وزورا وصورة الظهار ان يقول الرجل لامرأته انت كظهر امي ولولا ان ظهرها محرم عليه
نظرا ومسا لما سمى الظهار منكرا من القول وزورا واذا ثبت هذا في الظهر ثبت في البطن والجنبين انتهى فتامل **قوله** ولان البعض يدخل على البعض
من غير استيذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج قال بعض المتأخرين وتقريره
الدليل واضح الا ان قوله يدخل على البعض من غير استيذان يشكل بما ذكره صاحب البدائع في مسائل الدخول في بيت الغير انه اذا كان من محارمه
فلا يدخل عليه من غير استيذان فربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكره بان ذلك ثم استدل عليه بآثار انتهى كلامه اقول مراد المصنف
بقوله ان البعض يدخل على البعض من غير استيذان ان العادة جرت بين الناس على دخول بعض المحارم على بعضهم من غير استيذان لا انه امر
مندوب في الشرع وما ذكره صاحب البدائع حكم الشرع في امر الدخول في بيت الغير فانه قال واما حكم الدخول في بيت الغير فالداخل لا يخلو
اما ان يكون اجنبيا او من محارمه فان كان اجنبيا فلا يحل له الدخول فيه ثم قال وان كان من محارمه فلا يدخل من غير استيذان ايضا وان
كان يجوز له النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة ثم قال الا ان الامر في الاستيذان على المحارم اسهل واليسر لان المحرم مطلق النظر الى
مواضع الزينة منها شرعا انتهى فقد تلخص منه ان الدخول في بيت الاجنبي من غير استيذان حرام والدخول في بيت محارمه من غير استيذان مكروه و
يكفي في التأذي الى الحرج جريان العادة بين الناس بدخول بعض المحارم على بعضهم بلا استيذان وان كان ذلك مما لا يبيح في حكم الشرع والحرج
مدفوع شرعا فلا اشكال **قوله** والمحرم من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بسبب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه سببية
بالمعنيين فيه الضرورة وقلة الرغبة كذا في الشروح وفي عبارة بعضهم يعني الحرج وقلة الرغبة قال تاج الشريعة فان قلت فعلى هذا ينبغي ان
لا يقطع اذا سرق المرء من بيت امه من الرضاع لجواز الدخول من غير احتشام واستيذان فوقع نقصان في الحرز قلت لا يقطع عند البعض واما
جواز الدخول من غير استيذان فممنوع ذكر خواهر زاده ان المحارم من جهة الرضاع لا يكون لهم الدخول من غير حشمة واستيذان ولهذا يقطعون
بسرقة بعضهم من بعض انتهى كلامه واقتفى اثره العيني في ذكر هذا السؤال والجواب بعينهما اقول ليس الجواب بتام اما اولا فلانه لا يقطع عند البعض
فلان عدم القطع عند البعض وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف كما مر في كتاب السرقة لا يدفع السؤال على قول ابي حنيفة ومحمد وعلى قول ابي يوسف
ايضا في رواية اخرى عنه فان كون المحرم بسبب الرضاع في حكم المحرم بالنسب متفق عليه واذا كانت العلة في ذلك وجود المعنيين المذكورين كما قال
المصنف يتوجه السؤال المذكور على قول الاكثر وهو القول المختار وظاهر الرواية كما تقرر في كتاب السرقة ولا يدفعه عدم القطع عند البعض كما لا يخفى واما
قوله واما جواز الدخول من غير استيذان فممنوع وتأييد ذلك بما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده فانه ان لم يكن للمحارم من جهة الرضاع الدخول
من غير حشمة واستيذان لم يصح قول المصنف لوجود المعنيين فيه فان وجود احد ذينك المعنيين فيه يتوقف على ان يكون له الدخول من غير حشمة
واستيذان كما تحققه ومعنى السؤال المذكور على صحة قوله كما يفصح عنه الفاء في قول السائل فعلى هذا ينبغي ان لا يقطع اذا سرق المرء من بيت امه
من الرضاع فالاولى في الاستدلال على كون المحرم بسبب في حكم المحرم بنسب ان يعتبر الى الدليل النقلي كما فعله صاحب البدائع حيث قال

وقوله عليه السلام لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاجت الى الركاب والانزال فلا بأس بان يمسها من وراء ثيابها
وياخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتها اذا امنا الشهوة فان خافا على نفسه او عليها يقينا او ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها تمنعه عن ذلك
اصلا وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وان وجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال ينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر اليه
من ذي رحم محرم لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الاجانب كحال المرأة داخله في حق محارمها الاقارب وكان عمر
رضي الله عنه اذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال الق عنك الخمار يا فاجرة تتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل رحمه
انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة لانه عورة كما في الحرائر بل الى قبلة الشهوة فيهن كما في الاماء ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة
كالمكاتبة عند ابي حنيفة على ما عرف واما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كما في المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة وفي الاصل ان ضرورة
فيهن في ذوات المحارم هي الحاجة قال ولا بأس بان يمس ذلك اذا لم يرد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا ذكر في المختصر واطلق ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا
رحمهم الله يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى او كان اكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر
الى الشرط عدم الشهوة قال واذا حاضت لا تعرض في ازار واحد ومعناه بلغت وهذا لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد رحمه الله اذا كانت تشتهى وتجامع مثلها فهي كالبالغة
لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاء قال والنظر في الشعر الاجنبية كالفعل لقول عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله كالجبوب يحرم ذلك الخصي في الحرم لان الانزال يقطع

وامّا النوع الرابع وهو ذوات المحرم بلا رحم فحكمهن حكم ذوات الرحم المحرم والاصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
وروي ان افلح اراد ان يدخل على عائشة رضي الله عنها فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه السلام ليلج فانه عمك ارضعتك
امرأة اخيه انتهى قال في المبسوط بعد ما ذكر حكم ذوات المحارم بالنسب والحرمة بالرضاع وكذلك الحرمة بالمصاهرة لان الله تعالى سوى بينهما
بقوله فجعله نسبا وصهرا قوله وقوله عليه السلام الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما اقول لقائل
ان يقول كون المراد اذا لم يكن محرما ليس باجلى من اصل المسألة لجواز ان يكون المراد اذا لم يكن زوجا فهذا الاحتمال كيف يثبت المدعى و
لئن سلم كون المراد ذلك فجواز ان يخلو الرجل بامرأة ذات محرم منه لا يستفاد من هذا الحديث الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا قوله
والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله قال الشارح العيني ههنا ايرادان على
المصنف الاول ان هذا لم يثبت عن عائشة رضي الله عنها وانما اخرجه ابن ابي شيبة في مصنفه عن ابن عباس قال حدثنا اشياخ بن محمد بن فضل عن مطرف عن
رجل عن عباس قال خصاء البهائم مثلة ثم تلا ولآمرنهم فليغيرن خلق الله واخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن مجاهد وعن شهر بن حوشب الخصاء مثلة ذكره في كتاب الحج
الثاني ان هذا لا يدل على مدعاكم فان كون الخصاء مثلة لا يدل على ان نظر الخصي الى الاجنبية كالفحل الى هنا كلامه اقول كل من ايراديه ساقط اما الاول فلان حاصله عدم
ثبوت هذا القول عن عائشة رض عنده بطريق الاسناد وهو لا يقتضي عدم ثبوته عند المجتهدين بطريق الاسناد او بطريق الارسال وقد روي ذلك
عن عائشة رضي الله عنها في عامة كتب اصحابنا بطريق الارسال وتقرر في علم الاصول ان مرسل الصحابي مقبول بالاجماع ومرسل القرن الثاني
والثالث وان لم يقبل عند الشافعي بدون ان يثبت اتصاله من طريق آخر كمراسيل سعيد بن المسيب الا انه يقبل عندنا وعند مالك على الاطلاق
حتى قالوا انه فوق المسند ومرسل من دون هو لا يقبل عند بعض اصحابنا ويرد عند البعض فهذا القول المرسل الى عائشة رض ان كان من
مراسيل القرن الثاني او الثالث فلا شك في كونه مقبولا عندنا وان كان من مراسيل من دون القرن الثالث فهو ايضا مقبول على القول
المختار من اصحابنا واما الثاني فلان قوله فلا يبيح ما كان حراما قبله من كلام عائشة رض كما يدل عليه تقريرات الثقات في عامة المعتبرات فدلالة اثر عائشة
رض على المدعى اظهر من ان يخفى ثم اقول ولكن بقي شيء وهو انه قد ذكر في اصول الفقه ان قول الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه والا
اختلافهم فيه انما يوجب التقليد فيما لا يدرك بالقياس لان لا وجه له الا السماع او الكذب والثاني منتف فتعين الاول لا فيما يدرك بالقياس لان
القول بالرأي منهم مشهور والمجتهد يخطئ ويصيب والظاهر ان ما نحن فيه مما يدرك بالقياس ولهذا استدلوا عليه بالدليل العقلي الذي مرجعه القياس
على ما تقرر في كتب الاصول حيث قالوا ولانه محل مجامع ولم يعلم اتفاق سائر الصحابة على قول عائشة المذكور ههنا فيلزم ان لا يوجب التقليد فكيف
يتم الاستدلال به قوله وكذا المجبوب لانه يستحق وينزل قال بعض المتأخرين ويستحق بفتح الياء وينزل بضمها اي يفعل الانزال ولا حاجة الى تقدير
المفعول كما فعله العيني حيث قال المعنى بعد قوله وينزل انتهى اقول الصواب ما فعله العيني لانه لو كان معنى ينزل ههنا يفعل الانزال كان هذا
الفعل المتعدي منزلا منزلة اللازم القاصر الى نفس الفعل كما في نحو ذلك فلان يعطي ان يفعل الاعطاء ويوجد هذه الحقيقة على ما ذكر في المفتاح

والحاصل انه يوخذ فيه بحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك رح هو كالمحرم وهو احد قولي الشافعي له لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استيذان ولنا انه محل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز المكاتبة في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغركم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطي حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطي فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى

وغيره وليس ذلك المعنى بصحيح ههنا اذ الايثبت المطلوب بمجرد كون المجبوب فاعل حقيقة الانزال فان هذا يتحقق بانزاله البول ونحوه وليس ذلك بعلة لحرمة النظر الى الاجنبية لا محالة وانما العلة لها شهوة المني فلا بد من تعيين مفعول ينزل ههنا بالمني حتى يتم المطلوب **قوله** والحاصل انه يوخذ فيه بحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه اي يوجد في كل واحد منها كذا في شرح تاج الشريعة وقال بعض الفضلاء اي في الخنث الذي في اعضائه لين وتكسر باصل الخلقة ولا تشتهي النساء على سبيل الاستخدام انتهى اقول الحق ما قاله تاج الشريعة اما اولا فلانه يصح ان يوجد في كل واحد من الاصناف الثلثة المارة اعني الخصي والمجبوب والخنث بحكم كتاب الله تعالى بلا ريب وهو قوله تعالى قل للمومنين يغضوا من ابصارهم وكذا قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية فما معنى تخصيص ذلك بالثالث وحده مع امكان حمله على الثلثة جميعا والمقصود المصنف من كلامه هذا بيان دليل آخر اقوى مما ذكره اولا جامع للصور الثلث معا كما ترى واما ثانيا فلان كلمة الحاصل لتقضي في الاستعمال تفصيلا سابقا يكون ما ذكر في خبرها تلخيصا لذلك التفصيل وهذا انما يتصور ههنا اذا كان كلام المصنف هذا ناظرا الى مجموع الصور الثلث المارة لا الى الصورة الثالثة وحدها سيما لوارياه بالضمير المجرور في قوله يوخذ به الخنث بالمعنى الغير المذكور فيما مر على سبيل الاستخدام كما زعمه ذلك البعض فانه لا يكون حينئذ لكلمة الحاصل مساس بما قبلها اصلا كما لا يخفى على ذي فطنة **قوله** والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغركم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال صاحب النهاية اطلق اسم السعيد ولم يقيده بالنسبة ليصح تناوله للسعيدين على ما روينا من رواية المبسوط انتهى وتبعه جماعة من الشراح في هذا التوجيه ورده صاحب الغاية حيث قال اراد به سعيد بن المسيب لما ذكرنا عن الكشاف وقال بعضهم في شرحه انما اطلق السعيد ليتناول السعيد بن سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وفيه نظر لانه يلزم حينئذ ان يكون للمشترك عموم في موضع الاثبات وهو فاسد انتهى اقول نظره ساقط اذ الظاهر ان مراد هولاء الشراح بالتناول في قولهم ليتناول السعيدين هو التناول على سبيل البدل لا التناول على سبيل الشمول والعموم ولا شك ان المشترك يتناول معانيه على سبيل البدل ولقد صرحوا به حتى قال المحقق التفتازاني في التلويح والمشترك مستغرق لمعانيه على سبيل البدل والذي لا يجوز عندنا دون الشافعي انما هو عموم المشترك لمعانيه على سبيل الشمول في اطلاق واحد كما تقرر في علم الاصول وهو غير لازم من عبارة هولاء الشراح وقال الشارح العيني بعد نقل كلام هولاء الشراح ونظر صاحب الغاية فيه قلت نظره وارد ولكن تعليله غير مستقيم اما ورده فلانه لم يستعمل احد من السلف لفظ سعيد من غير نسبة واراد به سعيد بن المسيب او سعيد بن جبير واما ان تعليله غير مستقيم فلانه ادعى فيه لزوم عموم المشترك ولا نسلم ثبوت الاشتراك ههنا لان الاشتراك ما وقع لمعان انتهى اقول كلا وخليه ليس بشيء اما الاول فلانه لا شك ان العلم هو لفظ سعيد لا مجموع سعيد بن المسيب او سعيد بن جبير فعدم استعمال السلف لفظ سعيد من غير نسبة في سعيد بن المسيب او سعيد بن جبير على تقدير صحته ليس لعدم صحة اطلاق لفظ سعيد وحده على احد منهما والا لما كان علما لكل واحد منهما بل لقصدهم زيادة اظهار المراد وتعيينه واذا كان مقصودهم تناول لفظ سعيد ههنا للسعيدين كما ذهب اليه هولاء الشراح لزمه ترك النسبة وصح الاطلاق واما الثاني فلان لفظ سعيد علم مشترك والاعلام المشتركة مما تقرر امره في علم النحو فكيف يمنع ثبوت الاشتراك ههنا وقوله لان الاشتراك ما وقع لمعان لا يجدي شيئا لانه ان اراد بالمعاني ما يستفاد من اللفظ فهو متحقق في العلم المشترك ايضا بلا ريب

ولو كانت تحته امة غيره فقد ذكرناها في النكاح **فصل** في الاستبراء وغيره

وان اراد بها الصور العقلية المقابلة للاعيان الخارجية فليست تلك بمعتبرة في معنى المشترك فان المشترك ما وضع لمتعدد بوضع متعدد اي شيء كان ذلك المتعدد والموضوع له والامر في العلم المشترك كذلك فانه لا يتناوله لتميان بوضع واحد بل لكل واحد منها وضع مستقل كما عرف في موضعه ثم ان صاحب العناية علل كون المراد بالنص الاما بوجه آخر حيث قال ولان الذكور مخاطبون بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم فلو دخلوا في قوله عز وجل او ما ملكت ايمانهن لزم التعارض انتهى اقول ليس ذاك بصحيح اما اولا فلانه منتقض بخطاب الاناث ايضا بقوله تعالى وقل للمؤمنات يغضضن من ابصارهن فان مقتضى ما ذكره ان لا تدخل الاما في قوله عز وجل او ما ملكت ايمانهن بناء على لزوم التعارض بينه وبين قوله تعالى وقل للمؤمنات يغضضن من ابصارهن مع ان دخول الاما فيه مجمع عليه واما ثانيا فلان اللازم من كون المذكور من المماليك مخاطبين بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم دخولهم في جانب الغاضين من ابصارهم لا في جانب من يجب غض البصر عنه وهو الذي منع النظر اليه فان كلمة من في قوله تعالى من ابصارهم للتبعيض كما صرح به المفسرون فكان المعنى يغضوا بعضا من ابصارهم وهو غير معين فكانت تلك الآية مجملة في حق من منع النظر اليه فلو دخل المذكور من المماليك في قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن لم يلزم التعارض بين الآيتين اصلا وانما يلزم ان يكون احدى الآيتين مبينة لما في الآية من الاجمال وهو معنى صحيح حسن مقرر على كل حال فان قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن على تقدير ان لا يدخل فيه ذكور المماليك كما هو مذهبنا وكذا نظائره من قوله تعالى الا لبعولتهن او آبائهن او ابناء بعولتهن الى آخر الآية كلها مبينات للاجمال الواقع في الآية الاخرى كما لا يخفى على من رفق النظر وحقق **قوله** ولو كانت تحته امة غيره فقد ذكرناه في النكاح يعني قوله واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة رحمه الله وعن ابي يوسف ومحمد ان الاذن اليها قال في البدائع وجه قولهما ان لها حقا في قضاء الشهوة والعزل يوجب نقصانا فيه ولا يجوز النجس بحق الانسان من غير رضاه ووجه قول ابي حنيفة ان الكراهة في الحرة لكان خوف فوت الولد الذي لها فيه حق والحق ههنا في الولد للمولى دون الامة وقولهما فيه نقصان قضاء الشهوة فيعم لكن حقها في اصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال الا يرى ان من الرجال من لا ماله وهو يجامع امرأة من غير انزال ولا يكون لها حق الخصومة فدل هذا على ان حقها في اصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال ايضا انتهى واورد عليه بعض الشارحين بعد نقله حيث قال اقول انما لم يكن لها حق الخصومة لعدم صنع الزوج فيه بخلاف العزل فانه بصنعه ولهذا يحتاج الى رضاها في العزل لما فيه انتهى اقول ليس هذا بشيء لان عدم صنع الزوج فيه لا يقتضي ان لا يكون لها حق الخصومة اذ لا شك ان حقها لا يسقط بمجرد عدم صنع الزوج فيما يبطل حقها الا يرى ان للزوجة حق الخصومة في الجب والعنة بلا خلاف وان لم يكونا بصنع الزوج فتعين ان الوجه في ان لا يكون لها حق الخصومة فيمن لا ماله وهو يجامعها من غير انزال كون حقها في اصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال فكذا في العزل تدبر

فصل في الاستبراء وغيره قال الشراح آخر الاستبراء لانه احتراز عن وطء مقيد والمقيد غير المطلق وقال بعض الفضلاء فان قلت ان الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق قلت فهم ذلك بطريق الدلالة او الاشارة فانه يتضمن اللمس فالنهي عن المس نهي عنه فلهذا عنونه بالوطء تفاؤلا انتهى اقول لا السؤال شيء ولا الجواب اما الاول فلانهم ما قالوا ان الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق حتى يتوجه السؤال

قال ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها ولا اصل فيه قوله عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة افاد وجوب الاستبراء على المولى فدل على السبب في المسبية وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص

بابين الاحتراز عن الوطى المطلق فيما سبق بل مرادهم ان الوطى المقيد نفسه بعد الوطى المطلق نفسه فاخر ما يتعلق بالوطى المقيد وهو الاستبراء ما يتعلق بالوطى المطلق وكيف يتوهم ان يكون مرادهم ان الاحتراز عن الوطى المقيد بعد الاحتراز عن الوطى المطلق وانتفاء المقيد لا يستلزم انتفاء المطلق كما لا يخفى فاما يتصور ان يكون الاحتراز عن الوطى المقيد بعد الاحتراز عن الوطى المطلق واما تحقق المقيد فيستلزم تحقق المطلق في ضمنه فيصح ان يقال الوطى المقيد بعد الوطى المطلق بناء على ان المركب بعد المفرد كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية واما الثاني فلان بناءه على ان يكون المراد ان الاحتراز عن المقيد بعد الاحتراز عن المطلق وقد عرفت ما فيه وايضا لا معنى لقوله فلهذا عنونه بالوطى لان النهي عن المس اذا كان نهيا عن الوطى كان العنوان بالمس عنوانا بالوطى ايضا فكان ينبغي ان لا يعنون الفصل السابق بالوطى استقلالا كما لم يذكر فيه النهي عن الوطى استقلالا ثم اقول الظاهر ان مرادهم بالوطى المطلق المذكور فيما تقدم ما في مسالة العزل المذكورة قبيل فصل الاستبراء فان العزل ان يطأ الرجل فاذا قرب الانزال اخرج فينزل خارج الفرج وان مرادهم بالوطى المقيد ههنا ما قيد بزمان فان الوطى في الاستبراء مقيد بالزمان كما ستعرفه وفي العزل مطلق عنه وان المراد بالوطى المذكور في عنوان الفصل السابق ايضا ما في ضمن تلك المسالة كما نبهت عليه في صدر ذلك الفصل **قوله** ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها اقول في اطلاق هذه المسالة نظر فان من اشترى جارية كانت تحت نكاحه او كانت تحت نكاح غيره ولكن طلقها زوجها بعد ان اشتراها ذلك المشتري وقبضها او كانت معتدة الغير فانقضت عدتها بعد ان اشتراها وقبضها لم يلزمه الاستبراء في شيء من هذه الصور كما صرحوا به وسيظهر مما ذكروا في حيلة الاستبراء مع ان كلا من هاتيك الصور داخلة في اطلاق هذه المسالة كما ترى فكان المناسب تقييدها بما يخرج تلك الصور **قوله** لانه هو الموجود في مورد النص قال بعض الفضلاء في الحصر كلام فان الشيء من جملة ما وجد في مورد النص وهو يصلح للسببية فان الظاهر ان التملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرى صيانة لماءه ثم يباشر المسبب فلا حاجة الى استبراء المتملك ح انتهى اقول كلامه ساقط اذ لا شك ان مراد المص حصر ما يصلح للسببية في مورد النص في استحداث الملك واليد فالمعنى لانه انما استحداث الملك واليد هو الموجود الصالح للسببية في مورد النص وقول ذلك القائل وهو يصلح للسببية ممنوع فان ما ذكروه من الحكمة فيه والعلة الحقيقة انما يقتضي ان يكون السبب فيه هو استحداث الملك واليد من غير دخل فيه للسبي كما لا يخفى على من تامل في تقرير المص في بيان الحكمة فيه وبيان علة الحقيقة وما يكون دليلا عليها على ان تاج الشريعة قد تكفل ببيان عدم دخلية السبي في السببية باوضح الوجه حيث قال لا يقال الموجب كونها مسبية لان كونها مسبية اضافة والاضافات لا مدخل لها في العلة لانه لو اعتبر ذلك لسد باب القياس وانه مفتوح بالنصوص فلم يبق ههنا الا كونها مملوكة رقبة وهذا هو المؤثر كما ذكر في الكتاب انتهى ثم ان قول ذلك القائل فان الظاهر ان التملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرى صيانة لماءه ثم يباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المتملك ح ممنوع ايضا فان علة الاستبراء ارادة الوطى والمشتري هو الذي يريده دون البائع ولهذا يجب الاستبراء على المشتري لا على البائع كما سياتي في الكتاب فمن اين كان استبراء المتملك قبل مباشرة السبب ظاهرا ولئن سلم كونه ظاهرا بالنظر الى ما هو اللائق بحال المسلم من صيانة ماءه فذلك لا ينافي وجوب الاستبراء على التملك بناء على توهم شغل الرحم بالمحترم فان مجرد توهمه كاف في وجوبه كما سيظهر من البيان الآتي

وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة الحقيقة ارادة الوطي والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه

في الكتاب قوله وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه اورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال يرد عليهم انهم ينكرون انعلاق الولد الواحد من مائين لعدم امكان الاختلاط بينهما على ما مر في باب التدبير والاستيلاد فكيف نبوا ههنا حكمة الاستبراء على جوازه انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ ليس المراد بالاختلاط المذكور في قولهم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط الاختلاط الحقيقي بل المراد به هو الاختلاط الحكمي وهو ان لا يتبين ان الولد من اي ماء انعلق يرشد اليه قول المص والانساب عن الاشتباه ويفصح عنه قول صاحب الكافي في تعليل الاختلاط اذ لو وطئها قبل ان تتعرف براءة رحمها فجاءت بولد فلا يدري انه منه او من غيره انتهى والذي ينكرونه انما هو اختلاط المائين اختلاطا حقيقيا فلا تدافع بين الكلامين في المقامين قوله وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان في مرجع ضمير هو في قوله وهو ان يكون الولد ثابت النسب نوع اشتباه وعن هذا قد اختلفت الناظرون وفيه فقال صاحب العناية قوله وهو ان يكون الولد ثابت النسب اي المراد من توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد بحيث يمكن اثبات نسبه من غيره انتهى اقول فيه خلل فان تفسير المذكور بشيء بارجاعه ضمير هو الى توهم الشغل بماء محترم وليس بسديد لان الامر في حقيقة الشغل بماء محترم ايضا كذلك فلا وجه للتخصيص بتوهم الشغل على انه لم يذكر ما يصح عليه ان يكون الولد ثابت النسب بالمواطاة على ضمير هو الراجع الى توهم الشغل على مقتضى تقريره ولا يتم المعنى بدون ذلك اذ لا شك ان توهم الشغل بماء محترم ليس بنفسه يكون الولد ثابت النسب حتى يصح حمله عليه بالمواطاة تامل وقال بعض الفضلاء قوله وهو ان يكون الولد ثابت النسب اي الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب وحذف الجار مع ان وان قياس انتهى اقول فيه ايضا خلل فان الاستبراء مع كونه بعيدا من حيث اللفظ والمعنى عن ان يكون مرجعا لضمير هو ههنا ليس هو لان يكون الولد ثابت النسب بل لارادة الوطي ونظرا الى علته ولتعرف براءة الرحم نظرا الى حكمته كما تدل عليه عبارة الكتاب فيما قبل وما بعد كيف ولو لم يدع المشتري نسب الولد الذي جاءت به المشتراة بعد ان استبرأها لم يثبت نسب ذلك الولد منه لكون فراش الامة ضعيفا على ما عرف في محله فما معنى القول بان الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب فتامل اقول في هذا المقام ان ضمير هو ههنا راجع الى ماء محترم مذكور قبله فالمعنى وهو اي الماء المحترم بان يكون الولد ثابت النسب على حذف الجار من كلمة ان كما هو القياس على ما عرف في علم النحو لكون الولد ثابت النسب انما يتحقق بان تكون الامة من قبل في ملك الغير نكاحا او ايطاء فتدبر قال تاج الشريعة وانما قيده بماء محترم والحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية اذا كانت حاملا من الزنا لا يحل وطئها لانه اخرج الكلام مخرج اوضاع الشرع لان وضع الشرع ان لا يكون الا في الحلال انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب العناية في خلاصة هذا التوجيه حيث قال في بيان ما محترم بان لا يكون من بغي وقال انما قيد بذلك وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية الحاملة من الزنا لا يحل وطيها حملا للحال على الصلاح انتهى وسلك بعض المتاخرين في توجيه هذا التقييد بماء محترم مسلكا اخر وقصد رد التوجيه الاول حيث قال ولا يكون من بغي لما سبق في كتاب النكاح ان نكاح المزنية ووطئها جائز بلا استبراء فاذا جاز وطيها بلا استبراء مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله اولى ولا يرد عليه النقض بالجارية الحامل من الزنا فانه لا يحل وطيها لان ذلك شغل محقق ولا يلزم من عدم حل وطيها لذلك عدم حله لشغل محتمل على ان عدم جواز وطيها ليس لاحترام الماء بل لئلا يسقي ماءه زرع غيره كما مر في

غير ان الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطي والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك ؛

كتاب النكاح الى هنا كلامه اقول فيه خلل من وجوه الاول ان قوله لما سبق في كتاب النكاح ان نكاح المزنية ووطيها جائز بلا استبراء ليس بتعليل صحيح للمدعى هنا لان جواز نكاح المزنية وجواز وطيها للزوج بلا استبراء لا يدل على جواز وطي الجارية المزنية للمتملك بلا استبراء كيف والذي سبق في كتاب النكاح هو انه اذا راى امراة تزني فتزوجها حل له ان يطاها عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا احب له ان يطاها ما لم يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء الغير فوجب التنزه كما في الشراء ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل فقد تلخص منه انه لا خلاف في وجوب الاستبراء في الشراء مطلقا فانما الخلاف في الاستبراء في نكاح المزنية والكلام هنا في الشراء ونحوه من التملكات فلا يتم التقريب اصلا والثاني ان قوله فاذا جاز وطيها بلا استبراء مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله اولى ليس بمستقيم لان مجرد احتمال الزنا لو كان مجوزا للوطء بلا استبراء لارتفع وجوب الاستبراء في باب تملك الجارية بالكلية اذ احتمال الزنا غير منتف في كل جارية مملوكة وان كان مراده انه اذا جاز وطيها بلا استبراء في صورة النكاح مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله اولى في تلك الصورة لا يتم التقريب كما لا يخفى والثالث ان قوله في دفع النقض بالجارية الحامل من الزنا لان ذلك شغل محقق ولا يلزم من عدم حل وطيها لذلك عدم حله لشغل محتمل الماء يتم ان لو كان الاحتراز في قول المص بماء محترم قيد التوهم الشغل فقط لا المجموع حقيقة الشغل وتوهم الشغل معا والظاهر من كلام المص ان يكون قيدا للمجموع وقد افصح عنه ذلك البعض من قبل حيث قال في شرح قول المص وهو ان يكون الولد ثابت النسب وهو اي احترام الماء سواء اشتغل به الرحم حقيقة او توهما ان يكون الولد الحاصل عنه ثابت النسب انتهى فاذا كان قيدا للمجموع يرد النقض بالجارية الحامل من الزنا فان رحمها مشتغل حقيقة بماء غير محترم مع وجوب الاستبراء فيها ايضا والرابع ان قوله على ان عدم جواز وطيها ليس لاحترام الماء بل لئلا يبقى ماء زرع غيره كما مر في كتاب النكاح مما لا حاصل له هنا فان مدار النقض المذكور على عدم احترام الماء فيها فانتقض بها التقييد بماء محترم عكسا والقول بان عدم جواز وطيها ليس لاحترام الماء فيها لا يدفع النقض بل يؤيده كما لا يخفى قوله غير ان الارادة امر مبطن فيه ان الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطي قال صاحب العناية في بيان هذا فان صحيح المزاج اذا تمكن منه ارادة ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان غير صحيح المزاج ممنوع ايضا عن الوطي ودواعيه وقال ولعل الاولى ان يقول فان الظاهر ان المتمكن منه يريده والتمكن انما يثبت الخ والمراد من التمكن الشرعي انتهى اقول كل من ايراده وما اختاره ليس بتام اما الاول فلان كون غير صحيح المزاج ممنوع ايضا عن الوطي ودواعيه ممنوع فان غير صحيح المزاج عاجز عن الوطي والمنع من الشيء انما يكون عند القدرة عليه الا يرى انه لا معنى لان يقال الاعمى ممنوع عن النظر الى المحرمات وعن هذا قال تاج الشريعة في بيان ان الاستبراء يجب على المشتري لا على البائع لان الشارع نهى عن الوطي والنهي انما يستقيم عند تمكن الوطي والتمكن للمشتري لانه هو التملك لا على البائع لانه معرض انتهى واما الثاني فلانه كيف يكون المراد من التمكن هنا هو التمكن الشرعي والظاهر ان التمكن الشرعي مما هو محرم شرعا غير متصور والوطء قبل الاستبراء محرم قطعا ولا شك ان علة الاستبراء مستحرمة عليه فلا بد ان يكون دليلا ايضا متقدما عليه والمفروض انه هو التمكن من الوطء فلو كان المراد من ذلك التمكن هو التمكن الشرعي دون التمكن الطبعي لزم ان يتمكن من المحرم الشرعي

وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة ومن المملوك ومن لا يحل له وطئها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب واداره الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها في اثنائها او بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء او غيره من اسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يستتبع السبب وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا لما قلنا ويجب في جارية للمشتري فيها نقص فاشتراها لان السبب قد تم لان الحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي محبوسة او مكاتبة باكا بها بعد الشراء ثم سلمت المحبوسية او عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتض للحل والحرمة لما مر كما في حالة الحيض ولا يجتزأ بالاستبراء اذا رجعت الابقة او ردت المغصوبة او المؤاجرة او فكت الرهونة لعدم السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين قادر الحكم عليه وجودا وعدما فهما نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى فاذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطء حرم الدواعي لافضائها اليه او لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل او دمعة البالغ بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لانه لا تحتمل الوقوع في غير الملك لانه زمان نفرة فالطلاق في الدواعي لا يفضي الى الوطء والرغبة في المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فتفضي اليه ولم يذكر الدواعي في المبسوطة وعن محمد انها لا تحرم لانها لا تحتمل وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا تصح عن الجهاد

تكلفا شرعيا وهو ظاهر المحذور تامل **قوله** وكذلك يجب على المشتري من مال الصبي ومن المراة والمملوك ومن لا يحل له وطيها وكذلك اذا كانت المشتراة بكرا لم توطا لتحقق السبب واداره الاحكام على الاسباب دون الحكم لخفائها وعن هذا قالوا ان الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد واعترض عليه صدر الشريعة في شرح الوقاية واجاب حيث قال يرد عليه ان الحكمة لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الانواع المضبوطة فاذا كانت الامة بكرا او مشترية ممن لا يثبت نسب ولدها منه ينبغي ان لا يجب الاستبراء لان عدم الشغل بالماء المحترم متيقن في هذه الانواع والجواب انه انما يثبت بالنص لقوله عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطا الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرين بحيضة فان السبايا لا تخلو من ان تكون فيها بكرا او مسبية من امراة ونحو ذلك ومع هذا حكم النبي صلى الله عليه وسلم حكما عاما فلا يختص بالحكمة فاذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر اسباب الملك كذلك قياسا فان العلة معلومة ثم تابد ذلك الاجماع الى هنا كلامه واجاب صاحب الاصلاح والايضاح عن الاعتراض المذكور بوجه اخر فقال ان توهم الشغل ثابت في البكر وفي المشترية ممن لا يثبت نسب ولدها منه اما في الاول فلان احتمال وصول الماء الى الرحم قائم بدون زوال العذرة واما في الثانية فلما ذكر في الكافي من ان المعتبر التوهم سواء كان من المالك او من غيره ورد الجواب الذي ذكره صدر الشريعة بان الاعتراض المذكور ليس على الحكم حتى يندفع ببيان وجه ثبوته عامل على الحكمة بانها لا تصلح حكمة لعدم اطرادها بحسب الانواع المضبوطة انتهى وقال بعض المتاخرين بعد نقل ذلك الرد هذا الرد مردود لان مبنى الجواب المذكور على ان وجوب رعاية الحكمة في الانواع ليعم الحكمة لتلك الانواع لا لتكون الحكمة حكمة فحاصله ان الحكم عام لتلك الانواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فمنها ما لا يتيسر وقوف البشر عليه ومنها ما يتيسر ذلك ولما كان الكلام فيه من قبيل الثاني تعرض الفقهاء قاطبة لبيان الحكمة فيه فقالوا انها تعرف براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهذا لا ينافي ثبوت عموم الحكم بدليل من الادلة الشرعية فان الدليل الشرعي في كل حكم شرعي مما لا بد منه وهو غير الحكمة فيه ولا يدفع الحاجة الى ثبوت الحكمة فيه فقوله فحاصله ان الحكم عام لتلك الانواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فيها خرج عن سنن الصواب هذا فان ماله الاعتراف بعدم صلاحية ما عده اساطين الفقهاء حكمة في هذه المسالة لان يكون حكمة فيها وهذا مما لا يتجاسر عليه المتشرع ثم اقول بقي شيء آخر في جواب صدر الشريعة وهو ان قوله فلا اثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر اسباب الملك كذلك قياسا ليس بتام فان النص ورد في المسبية على خلاف القياس لتحقق المطلق للاستمتاع بها وهو الملك كما صرح به في العناية وغيرها وشرط القياس ان لا يكون حكم الاصل معدولا عن سنن القياس كما عرف في علم الاصول فانى تيسر اثبات الحكم في سائر اسباب الملك بطريق القياس فالوجه ان يقال دلالة بدل قوله قياسا فان الشرط المذكور منتف في الدلالة فيستقيم المعنى تبصر **قوله** ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد انها لا تحرم قال في العناية واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الاصل وهي المسبية الى الفرع وهو غيرها حيث حرمت الدواعي في غير المسبية دونها واجيب بان ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب وفيه نظر من وجهين احدهما ان التعدي ان كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان عدم التغيير بشرط القياس كما عرف موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط والثاني ان الدليل على حرمة الدواعي في غير المسبية امران الافضاء والوقوع

بخلاف المشتراة على ما بينا والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي رواية الاشهر بالشهر لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة
واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في العدة فان ارتفع حيضها
تركه لحتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل بتبين بشهرين او ثلثة وعن محمد اربعة اشهر
وعشر وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا بعدة الحرة او الامة في الوفاة وعن ابي حنيفة رح سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة رح قال
ولا بأس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند ابي يوسف خلافا لمحمد وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة والمأخوذ قول ابي يوسف فيما اذا علم ان البائع
لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم تكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها

في غير الملك فان لم يحرم بالثاني فليحرم بالاول اذ الحرمة تؤخذ بالاحتياط ويمكن ان يجاب عنه بان التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد ان يكون
للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه والدليل ههنا ان حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه لم يقل بها الشافعي واكثر الفقهاء فلما كان علتها
في المسبية امرا واحدا لم تعتبر ولما كان في غيرها امران قصاعدا اعتبرت الى لفظ العناية اقول في قوله فلما كان عليها في المسبية امرا واحدا لم تعتبر نظر
فان العلة اذا كانت علة صحيحة تامة فوجدتها لا ثانيا في اعتبارها ولا يضر بالعمل بها وان كان الحكم مما وقع الاجتهاد في خلافه كيف ولم ينقل من احد
ان العلة الواحدة لا تكفي في المسائل الخلافية بل ترى كثيرا من الخلافيات قد اكتفوا فيها بعلة واحدة والحرمة مما يؤخذ فيه بالاحتياط فكان الاكتفاء فيها
بعلة واحدة اولى والظاهر ان الافضاء الى الحرام علة صحيحة تامة ولهذا قالوا في تعليل حرمة الدواعي قبل الاستبراء في غير المسبية لافضائها الى الوطء الحرام
او لاحتمال وقوعها في ملك الغير ولا شك ان كلمة او تدل على استقلال كل واحدة من العلتين واكتفوا في تعليل حرمة الدواعي في كثير من المسائل
بالعلة الاولى كما في الظهار والاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة كما سيجيء في الكتاب هذا وقد اول بعض المتاخرين على قول صاحب
العناية ويمكن ان يجاب عنه بان التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد ان يكون اللاحق دلالة حكم لدليل لم يكن للملحق به لعدمه حيث قال
بعد نقل ذلك ولا يخفى ان كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس غير مستقيم اما اولا فلان المنع وظيفة المجيب فان حاصل
جوابه منع كون التعدية فيما نحن فيه بطريق القياس حتى يلزم المحذور المذكور في النظر وهو تعدية الحكم من الاصل الى الفرع بتغيير كما عرف في علم الاصول
وللاستثناء بانها يجوز ان تكون بطريق الدلالة ولا استحالة للتغيير في هذا الطريق فمقابلة منعه بمنع كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس خروج عن
قواعد اداب المناظرة واما ثانيا فلان منع كون التعدية فيما نحن فيه من قبيل الدلالة دون القياس ساقط جدا اذ قد تقرر في اصول الفقه ان من
شرط القياس ان لا يكون حكم الاصل معدولا عن القياس وقد ذكر صاحب العناية فيما مر ان حكم الاستبراء ثابت على خلاف القياس فتحقق الملك
المطلق للاستمتاع فلا مجال للقياس فيه وانما تيسر الالحاق بطريق الدلالة وقد اشار اليه ههنا بقوله كما تقدم فلا وجه للمنع المذكور بعد ذلك ثم
ان لذلك البعض في هذا المقام كلمات اخرى واهية يطول بذكرها الكلام بلا طائل فصفحنا عن التعرض لها روما للاختصار قوله بخلاف المشتراة
على ما بينا قال صاحب العناية وقوله على ما بينا اشارة الى قوله والرغبة في المشتراة اصدق الرغبات انتهى وتبعه العيني اقول هذا خبط ظاهر اذ
لا فرق بين المسبية والمشتراة في كون الرغبة في كل واحد منهما اصدق الرغبات فكيف يصح ان يشير المص في بيان الخلاف بينهما الى ما لا فرق
بينهما فيه اصلا وانما الصواب ان قوله على ما بينا اشارة الى قوله او لاحتمال وقوعها في غير الملك اعني اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع اذ هو الفارق
بين المسبية والمشتراة كما يدل عليه قطعا قوله لانها تحتمل وقوعها في ملك الغير لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي قوله والاستبراء في الحامل
بوضع الحمل لما روينا قال صاحب العناية وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام ولا حبالى حتى يضعن حملهن انتهى اقول قد انتهى الشارح المذكور في
لفظ الحديث الذي رواه المص فيما مر حيث قال ولا حبالى حتى يضعن حملهن مع ان لفظه الا لا توطأ حبالى حتى يضعن حملهن ولا حبالى حتى يستبرأن لعمري ان هذا كان اظهر من ان
يخفى فكان السهو وقع من طغيان القلم فالله خير حافظا قوله والحيلة اذا لم تكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها قال البعض المتاخرين

ولو كانت فالحيلة أن يزوجها البائع قبل الشراء او المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها او يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحقاق الملك الموكل بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر لانه لما حرم الوطء الى ان يكفر حرم الدواعي للافضاء اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم

اطلق المسئلة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء لا بعده مع وجوب هذا التقييد قال الامام قاضيخان في فتاواه في تصوير المسئلة اذا اراد ان يشتري الجارية يتزوجها المشتري قبل الشراء اذا لم تكن في نكاحه حرة ثم يسلمها اليه المولى ثم يشتري فلا يجب عليه الاستبراء ثم قال وانما شرط تسليم الجارية قبل الشراء كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح يريد انه يتحقق ح سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المولد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا له بخلاف ما لو سلمها قبل الشراء فان القبض السابق بحكم التعاطي التزوج وان عرض له كونه قبضا بحكم الشراء الى ههنا كلام ذلك البعض اقول فيه خلل اما اولا فلانه جزم بوجوب تقييد هذه المسئلة بكون القبض قبل الشراء لا بعده واستشهد عليه بما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه وليس تام فان ما ذكره الامام قاضيخان انما هو قول بعض المشائخ ومختار نفسه واما عامة المشائخ فلم يشترطوا في هذه المسئلة كون القبض قبل الشراء وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني وان لم تكن تحت المشتري حرة فلاسقاط الاستبراء حيلة اخرى وهي ان يتزوجها المشتري قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها فلا يلزمه الاستبراء لان بالنكاح ثبت له عليها الفراش فانما اشتراها وهي في فراشه وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على فراغ رحمها من ماء الغير انتهى والمصنف اختار قول هؤلاء فلذلك اطلق المسئلة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء واما ثانيا فلان قوله يريد انه يتحقق ح سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك الموكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا له ليس بسديد لان حدوث الملك الموكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك وكان الصواب ان يقول وهو حدوث الملك الموكد بالقبض بعد ان لم يكن فرجها حلالا له بفساد النكاح بملك اليمين تامل تقف ثم قال ذلك البعض ثم ان صاحب الكافي بتلك طريقة المص ولم يلتفت الى هذا الشرط الا انه صور المسئلة بصورة تخصيص السلم تنصيصا على عدم الاشتراط به وعلل المسئلة بما يدل على سقوط الاستبراء في الصورتين معا فقال والحيلة ان لم تكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها فيقبضها فلا يلزمه الاستبراء لان بالنكاح ثبت له عليها الفراش وانما اشتراها وهي فراشه وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على تبين فراغ رحمها من ماء الغير ثم الحل له لم يتجدد بملك الرقبة لانها كانت حلالا له بالنكاح قبل ذلك انتهى فان قلت لانم عدم تجدد الحل بملك اليمين فانها وان كانت حلالا له بالنكاح الا انه زال ذلك بزواله بالشراء فزمان الشراء خال عن الحل اما عن الحل الحاصل بالنكاح فظاهر لانه زمان زواله واما عن الحل الحاصل بملك اليمين فلانه يستعقبه الشراء فان المشتري ما لم يفرغ عن التلفظ بلفظ اشتريت بعد ايجاب البائع لم يحصل له الحل قلت هذه مغالطة لان وجود العلة يقارن وجود المعلول لا يستعقبه فزمان التلفظ بالحرف الاخير في اشتريت هو زمان وجود الشراء والحل وزوال النكاح لا يقال سلمنا ان نوع الحل مستمر ولا يوجد زمان خال عن الحل ولم يحدث نوع الحل الا انه حدث حل هو اثر ملك اليمين فذلك كاف في وجوب الاستبراء لانا نمنع ذلك بل من الواجب حصول الحل بملك اليمين بعد ان لم تكن حلالا له بسبب من الاسباب هذا غاية توجيه كلامه لكنه تعدد محل نظر اذ لقائل ان يقول الشراء سبب الملك وحل الوطء حكمه وحكم الشيء يتعقبه فزمان وجود الملك خال عن الحل مطلقا فيجب الاستبراء تقدم التسليم او لا فلم يصلح ما ذكره حيلة لاسقاط اصلا فتامل فان هذا من المطارح الى ههنا لفظ ذلك البعض اقول ما اورده في خاتمة كلامه ليس بشيء فانه ان اراد بقوله وحكم الشيء يتعقبه زمانا البتة فهو ممنوع جدا وان اراد به انه يتعقبه ذاتا اي يتوقف عليه فهو مسلم ولكن لا يلزم منه ان يكون

لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناها لقصور
مدتها وقد صح ان النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض قال ومن له امتان اختان
فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك
او نكاح او يعتقها واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطيا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين و
لا يعارض لقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان الداعي الى الوطء
بمنزلة الوطء في التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما فكانه وطئهما ولو وطئهما ليس له ان يجامع احدهما ولا ان ياتي بالداعي فيهما فكذا اذا
قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا

زمان وجود الملك خاليا عن الحل مطلقا وبالجملة لزم تاخر حكم الشئ عن الشئ زمانا ممنوع ولزوم تاخره عنه ذاتا مم ضرورة كون حكم الشئ متفرعا عليه ولكن
لا يلزم من خلو زمان عن الحل مطلقا فيما نحن فيه حتى يجب الاستبراء قوله لان الحيض يمتد شطر عمرها قال صاحب النهاية اي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة
ايام في كل شهر فكان قريبا بخمسة عشر يوما وهي نصف الشهر انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية وقال صاحب معراج الدراية اي قريب شطر عمرها و
هو الثلث والمراد البعض انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر لانه يشير الى ان الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال
الشافعي علينا بالحديث ان اكثر الحيض خمسة عشر يوما انتهى اقول نظره ساقط جدا فان الحديث الذي استدل به الشافعي علينا وهو قوله عليه السلام في تعداد
دين المراة تقعد احداهن شطر عمرها لا تصوم اولا تصلي وجه استدلاله ان المراد به زمان الحيض والشطر هو النصف فكان اكثر مدة الحيض خمسة عشر يوما وقال الشارح هناك
حتى صاحب العناية نفسه ليس المراد بالشطر في الحديث حقيقته لان في عمرها زمان الصغر ومدة الحبلة وزمان الايائس ولا تحيض في شئ من ذلك فعرفنا ان المراد به ما يقارب الشطر واذا قدرنا
بالعشرة بهذه الآثار كان مقاربا للشطر وحصل التوفيق انتهى فظهر من ذلك انه اذا كان الشطر هو النصف كما اشار اليه صاحب النهاية ههنا ونص عليه الجوهري في صحاحه والمطرزي في المغرب
لا يتقوى استدلال الشافعي علينا بالحديث المذكور بل لا يتمشى استدلاله به علينا اصلا حيث لم يكن مجال لكون الشطر هناك على حقيقته بعد مساعدة
عمر المراة لها كما بينوا بل لا بد وان يحمل على المجاز بان يكون المراد به ما يقارب الشطر كما ذكروا قاطبة هناك وعليه جرى صاحب النهاية هنا ايضا
فكان صاحب العناية نبي ما فرت يداه ثم ان بعض المتقدمين قال في هذا المقام وشطر الشئ نصفه وبعضه والمراد به ههنا هو الثاني دون
الاول كما ذهب اليه صاحب النهاية ولهذا اول بما يقرب من شطره وقال فانه عشرة ايام وهو قريب من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر فكانه زعم
ان الشطر لا يجي الا بمعنى النصف انتهى كلامه اقول ليس هذا بسديد لان مجئ الشطر بمعنى البعض انما ذكره صاحب القاموس حيث قال الشطر النصف
الشئ وجزؤه منه حديث الاستبراء فوضع شطرها اي بعضها انتهى ولكن ذاك ليس بقطعي في ان يكون الشطر حقيقة في معنى البعض ايضا فان اكثر
كتب اللغة غير متكفلة بالفرق بين الحقيقة والمجاز ولئن سلم انه حقيقة في معنى البعض ايضا فليس معنى البعض بمناسب للمقام لان مجرد تحقق الحيض
في بعض عمرها لا يقتضي الحرج في المنع عن الدواعي ايضا حالة الحيض وانما الذي يقتضي الحرج في ذلك تحقق الحيض في نصف عمرها او في قريب من نصف
عمرها لطول مدة الحيض اذ ذاك وهو المفضي الى الحرج فلذلك حمل صاحب النهاية الشطر الواقع في عبارة المص ههنا على النصف واوله بالقريب
من النصف ليوافق مذهبنا في اكثر مدة الحيض قوله واصل هذا ان الجمع بين المملوكتين لا يجوز وطيا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين
ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم قال تاج الشريعة فان قلت الاصل في الدلائل الجمع وامكن ههنا بان يحمل قوله وان
تجمعوا على النكاح وقوله او ما ملكت ايمانكم على ملك اليمين قلت المعنى الذي يحرم الجمع بين الاختين نكاحا وجد ههنا وهو قطيعة الرحم فيثبت الحكم ههنا
ايضا ولان قوله او ما ملكت ايمانكم مخصوص اجماعا فان امة واخته من الرضاع والامة المجوسية حرام فلا يعارض ما ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع
انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب الكفاية والشارح العيني اقول في كل من وجهي الجواب نظرا اما في الوجه الاول فلان حاصله انه على تقدير ان
يحمل قوله وان تجمعوا على النكاح يثبت حكم حرمة الجمع بين الاختين وطيا بملك اليمين ايضا دلالة لوجود المعنى المحرم فيه ايضا وهو قطيعة الرحم لكنه ليس

وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطي يحرم به وكذا اعتاق البعض من احدهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا الثبوت حرمة الوطي بذلك كله وبرهن احدهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه وقوله او نكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا تزوج احدهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطي الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه لانه تجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم وكوطي احدهما حل له وطي الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطي الاخرى لا بوطي الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الاختين قال ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيئا منه او يعانقه وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمهم الله لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي عليه السلام عانق جعفرا رضي الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه

بتمام اذ قد تقرر في اصول الفقه ان عبارة النص واشارته ترجحان على دلالة النص عند التعارض والظاهر ان افادة عموم قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم حل الجمع بين الاختين المملوكتين وطيا بالعبارة ولا اقل من ان تكون بالاشارة فيلزم ان يترك بها دلالة الآية الاخرى على حرمة الجمع بينهما وطيا على مقتضى قاعدة الاصول واما في الوجه الثاني فلان حاصله ان قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم من قبيل العام الذي خص منه البعض فصار ظنيا لكن الشبهة كما عرف في علم الاصول فلا يصلح ان يعارض ما هو ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع لكونه قطعيا لكنه ليس بتام ايضا اذ قد تقرر ايضا في اصول الفقه ان العام الذي خص منه البعض انما يكون ظنيا اذا كان المخصص موصولا واما اذا كان مفصولا متاخرا فالخاص اذ ذاك يكون ناسخا للمقام في القدر الذي تناوله الخاص ويكون العام في الباقي قطعيا بلا شبهة والظاهر ان مخصص الام والاخت من الرضاع والامة المجوسية من قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم ليس بموصول به فلم يكن ظنيا في الباقي بل كان قطعيا كالمحرم للجمع فلم يظهر الرجحان من ذلك الوجه حتى لا يصلح للمعارضة فتامل قوله وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا او غيره قال صاحب الغاية قوله فينتظم التمليك بسائر اسبابه اي اسباب التمليك كالشراء والوصية والميراث والخلع والكتابة والهبة والصدقة انتهى اقول في بعض تمثيلاته خطا وهو الوصية والميراث والكتابة اما في الوصية والميراث فلان تملك الغير في الوصية والميراث انما يثبت بعد موت الموصي والمورث فكيف ذلك تحت قوله بملك في قوله فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح فان شيئا من المجامعة والمس والنظر لا يتصور بعد الممات على ان نفس التمليك ايضا على حقيقته غير متصور في الارث واما في الكتابة فلانها ملحقة بالاعتاق كما سيصرح به المص بقوله وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا فكانت من فروع قوله او يعتقها غير داخلة في قوله حتى يملك فرج الاخرى غيره اذ المراد بالملك هنا ملك اليمين بدلالة عطف قوله او نكاح عليه ولا يتصور تمليك الفرج غير ملك يمين بالكتابة كما لا يخفى على من عرف من معنى الكتابة شرعا قوله وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا الثبوت حرمة الوطي بذلك كله قال صاحب العناية كلمة كذا في قوله وكذا الكتابة كالاعتاق زائدة وقال الشارح العيني بعد نقل ذلك قلت زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة انتهى اقول هذا كلام عجيب اذ لا شك ان مراد صاحب العناية ان كلمة كذا ههنا زائدة اي مستدركة لا انها زائدة كزيادة بعض الحروف لتحسين اللفظ كما توهمه العيني حتى يتوجه اليه قوله زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة وبالجملة مراد صاحب العناية الدخل لا التوجيه فما ذكره العيني لغو محض ثم اقول يمكن توجيه عبارة المص بما يندفع به الاستدراك في كلمة كذا وهو ان مراد المص وكذا اي وككون اعتاق البعض من احدهما كاعتاق الكل الكتابة كالاعتاق اي كاعتاق الكل فح يصير المقصود من كلمة كذا ههنا هو التشبيه بما قبله كما كان المقصود من كلمة كذا في قوله وكذا اعتاق البعض من احدهما كاعتاق كلها هو التشبيه ايضا بما قبله فكانه قال وايضا الكتابة كالاعتاق في هذا والغرض من التشبيه التشريك في تعليل واحد كما يرشد اليه قوله لثبوت حرمة الوطي بذلك كله فتدبر قوله وبرهن احدهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه اقول كان الظاهر في التعليل هنا ان يقول لانه لا تثبت بها حرمة الوطي فان مجرد عدم خروجها عن ملكه لا يقتضي ان لا تحل له الاخرى الا يرى انها لا تخرج عن ملكه بالكتابة ايضا كما تقرر في كتاب المكاتب وصرح به الشراح هنا ايضا فيما قيل مع انه اذا كانت احدهما تحل له الاخرى كما مر انفا

ولهما ما روى ان النبي عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم ثم قالوا الخلاف في المعانقة في ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة فلا بأس بها بالاجماع وهو الصحيح قال ولا بأس بالمصافحة لانه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه

وحمل الملك في قوله لا تخرج بها عن ملكه على ملك الوطء كما فعله بعض المتاخرين تعسف لا يخفى اذ المستعمل في اللغة والعرف حل الوطء لا ملك الوطء وانما يقال ملك اليمين او ملك النكاح قوله ولهما ما روى انه عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل قال في غاية البيان وتفسير المكامعة بالمعانقة فيه نظر لانه قال في ديوان الادب وغيره كامع امرأته ضاجعها وكامع المرأة قبلها وقال في القاموس نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكاعمة والمكامعة اي عن ملائمة الرجل بالرجل ومضاجعته اياه لا ستر بينهما الى هنا لفظ غاية البيان وقال العيني بعد نقل ذلك قلت فيه نظر لان المضاجع هو المعانق غالبا ولا يضاجع احد غيره الا والغالب انه يعانقه انتهى اقول ليس هذا بشيء لان كون المضاجع هو المعانق غالبا ممنوع ولو سلم ذلك فلا يلزم منه ان تكون المكامعة هي المعانقة في الغالب وانما الذي يلزم ان تتلازم المكامعة والمعانقة في الغالب لا شك ان احد المتلازمين لا يكون عين الآخر كالابوة والبنوة فكيف يصح تفسير احدهما بالآخر ولو سلم صحة التفسير باللازم بناء على المسامحة لم يفد هنا لان المضاجعة لا وجدت بدون المعانقة وان كان في غير الغالب كانت المعانقة اخص من المضاجعة فلم يصح تفسير المكامعة التي هي المضاجعة بالمعانقة على عدم صحة التفسير بالاخص ونظر صاحب الغاية انما هو في تفسير المكامعة بالمعانقة لا غير وقال بعض المتاخرين وفسرها المص بالمعانقة مع ان المكامعة هي المضاجعة في ديوان الادب وغيره كامع امرأته ضاجعها بناء على ان الكلام في المعانقة والظاهر ان ما نهى من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة لعدم الخلاف في اباحة المضاجعة لا على ذلك الوجه على ان المكامعة بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة في القاموس كامعه ضاجعه في ثوب واحد الى هنا كلام ذلك البعض في شرحه وقال في الحاشية فيه رد على صاحب الغاية اقول كل من مقدمات كلامه مجروح اما قوله بناء على ان الكلام في المعانقة تعليلا لتفسير المص المكامعة بالمعانقة فظاهر البطلان لان كون الكلام في المعانقة كيف يسوغ تفسير المكامعة بغير معناها وهل يقول العاقل بتغيير معنى لفظ الحديث ليكون مطابقا لمدعاه واما قوله والظاهر ان ما نهى عن المضاجعة عن ما كان على سبيل المعانقة ممنوع اذ لم يقل احد من الثقات بهذا التخصيص عند بيان المراد بالمكامعة المذكورة في الحديث بل اطلقوها قال الزمخشري في الفائق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكاعمة والمكامعة اي عن ملائمة الرجل الرجل ومضاجعته اياه لا ستر بينهما انتهى وقال الجوهري في الصحاح وكامعه مثل ضاجعه والمكامعة التي نهى عنها في الحديث ان يضاجع الرجل الرجل لا ستر بينهما انتهى وقال المطرزي في المغرب نهى عن المكاعمة والمكامعة اي عن ملائمة الرجل الرجل ومضاجعته اياه في ثوب واحد لا ستر بينهما هذا هو المراد بهما في الحديث عن ابي عبيد القاسم بن سلام وابن وزيد وغيرهما وكذا حكاه الازهري والجوهري انتهى واما قوله لعدم الخلاف في اباحة المضاجعة لا على ذلك الوجه فممنوع ايضا اذ لا شك ان شناعة المضاجعة الرجل الرجل في ثوب واحد لا ستر بينهما ليست باقل من شناعة مجرد المعانقة ولو في غير داخل الثوب فكيف يقول باباحة الاولى من لا يقول باباحة الثانية سيما عند اطلاق لفظ الحديث بل كونه حقيقة في نفس المضاجعة واما قوله على ان المكاعمة بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة واستشهاده عليه بما في القاموس فليس بمفيد اصلا لانها وان كانت هي المضاجعة المخصوصة الا ان معناها ليس عين معنى المعانقة ولا مساويا له في التحقيق لانفكاك تحقق كل منهما عن الآخر في بعض الصور كما عرفته من قبل فكيف يصح تفسير المكامعة بالمعانقة كما هو حاصل نظر صاحب الغاية فمن اين يحصل الرد عليه

النهاية

فصل في البيع قال ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة ولنا انه طاهر قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل البيع بخلاف العذرة لانه ينتفع بها مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن محمد رح وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة قال ومن اجر جاريته انها رجل فرأى آخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يشتريها ويطأها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة

ذكره ذلك القائل ولعمري ان مفاسد قلة التامل مما يضيق عن الاحاطة به نطاق البيان فالله المستعان

فصل في البيع قال الشراح آخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب واللمس والوطي لان اثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا لا وما كان اكثر اتصالا كان احق بالتقديم انتهى اقول كان المناسب بسياق كلامهم ان يقولوا وما كان متصلا كان احق بالتقديم الا انهم قالوا وما كان اكثر اتصالا كان احق بالتقديم افادة في ضمن بيان وجه تاخير هذا الفصل ووجه تاخير الفصول السابقة بعضها عن بعض ايضا لان ما هو المتقدم منها اكثر اتصالا ببدن الانسان مما هو المتاخر كما يظهر بالتامل الصادق **قوله** وهذا اذا كان ثقة قال صاحب الغاية فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على اي وصف كان اجيب بان معنى قوله ثقة ان يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز ان لا يكذب الفاسق لمروته ولوجاهته انتهى واقتفى اثره العيني وقد سبقهما الى ماخذ هذا السوال والجواب تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالا وتاويل قوله وهذا اذا كان ثقة بعد قوله على اي وصف كان يعني انه ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لانه يجوز ان يكون فاسق صادق القول لا يكذب بمروته انتهى اقول لا السوال شئ ولا الجواب اما الاول فلان المص لم يقتصر على قوله وهذا اذا كان ثقة بل قال بعده وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق فلا يناقض ما ذكره ههنا قوله فيما قبل على اي وصف كان نعم قد نبه بقوله وان كان اكبر رايه انه كاذب لم يسعه ان يتعرض لشئ من ذلك على عدم دخول بعض جزئيات غير الثقة في الحكم السابق ولا ضمير فيه لان المستفاد من قوله على اي وصف كان عموم الاوصاف لا عموم الجزئيات وكلامه ههنا تفصيل لما اجمله فيما قبل ولا بعد في ان يفيد التفصيل ما لا يفيده الاجمال واما الثاني فلانه لو كان معنى قول المص ثقة في قوله وهذا اذا كان ثقة ان يكون من يعتمد على كلامه كما توهمه هولاء الشراح دون معنى العدالة كما هو الظاهر لما تم معنى قوله وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق اذ يصير حينئذ معنى قوله غير ثقة من لا يعتمد على كلامه وفي شان من لا يعتمد على كلامه كيف يتصور ان يكون اكبر راي السامع انه صادق ولما تم تعليل ذلك بقوله لان عدالة المخبر غير لازمة لان عدم لزوم عدالة المخبر لا يدل على عدم لزوم الاعتماد على كلامه اذا المفروض في الجواب المذكور جواز كون الفاسق ايضا ممن يعتمد على كلامه فكان من يعتمد على كلامه اعم من العدل لا شك ان عدم لزوم الاخص شئ لا يقتضي عدم لزوم الاعم له فالصواب ان مراد المص بقوله اذا كان ثقة اذا كان عدلا وبقوله وكذا اذا كان غير ثقة وكذا اذا كان غير عدل لا تناقض بين ذلك وبين قوله على اي وصف كان اصلا كما تحققته آنفا وحكي الفصيح عن كون المراد بالثقة وبغير الثقة ههنا ما ذكرناه كلام صاحب المحيط حيث قال وهذا اذا كان المخبر عدلا وان كان المخبر غير ثقة او كان لا يدري انه ثقة او غير ثقة يريد به ان المخبر اذا كان فاسقا او مستورا نظر فيه فان كان اكبر رايه انه صادق الى آخر كلامه فانه ذكر عدلا موضع ثقة وفسر غير ثقة في قول محمد وان كان المخبر غير ثقة بالفاسق ومن لا يدري انه ثقة او غير ثقة بالمستور حيث قال يريد به ان المخبر اذا كان فاسقا او مستورا ومن تتبع كلمات ثقات المشائخ في باب مسائل قبول خبر الواحد في كتبهم المعتبرة لا يشتبه عليه ان المراد بالثقة هو العدل وبغير الثقة غير العدل فانهم كثيرا ما يذكرون ان كل احد من لفظي العدل والثقة موضع الآخر وكذا الحال في غير الثقة وغير العدل

وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق وان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة الى ما امر ولكن اكبر رايه انه كاذب لم يسع له ان يتعرض بنحو من ذلك لان
اكبر الرأي يقام مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها للفلان لكن اخبره صاحب اليد انها للفلان وانه وكله ببيعها او اشتراها منه والخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر
الرأي لان بخبره حجة في حقه وان لم يخبر وصاحب اليد ثقة فان كان عدلا يصدق في شرائها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثاني لان اليد الاولى دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له ان يشتريها
من كان في يده فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض كما معتبر باكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك
مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتحرى ومع ذلك لو اشتراها جاز ان يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى
يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلمون الملك فيها لغيره فان اخبره ان مولاته اذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي وان لم يكن اكبر رأيه لم يشترها القيام الخبر فلا بد
من دليل قال ولو ان امرأة اخبرها ثقة ان زوجها الغائب مات عنها او طلقها ثلثا او كان غير ثقة واتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كتابه ام لا الا ان
اكبر رأيها انه حق يعني بعد التحري فلا بأس بان تعتد ثم تتزوج لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس ان يتزوجها وكذا اذا
قالت المطلقة الثلث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت جارية كنت امة
لفلان فاعتقني كان الذي اخبرني بذلك ثقة او اخبرني عن ان اصل النكاح كان فاسدا لكن الزوج حين زوجها ردها الى الضيعة لم يقبل قولها حتى يشهد بذلك رجلان او رجل وامرأتان

وقال بعض المتأخرين في حل هذا المقام قوله وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان يعني عدلا كان او غير عدل صبيا كان او بالغا حرا
كان او عبدا مسلما كان او كافرا رجلا كان او امرأة لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز ان يعتمد على قوله اذا كان وجيها
في الناس ذا مروة لانه لا يميل الى حطام الدنيا لوجاهته ولا يكذب لمروته فلا منافاة بين اشتراط عدم العدالة كما دل عليه قوله على اي وصف
كان وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا اذا كان ثقة لان الثاني اعم من الاول ولو سلم فلا منافاة ايضا لان الاشارة بلفظ هذا الى
كونه في سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكلني صاحبها ببيعها لا الى قبول قول الواحد في المعاملات فان قوله يقبل ايضا اذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله
وكذا اذا كان غير ثقة الا ان قبوله يكون مع ضميمة التحري الموافق الى هنا كلامه اقول فيه فساد من وجوه الاول ان قوله لكن بشرط كونه ثقة
يعتمد على كلامه ينافي قول المص وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق فكيف يصح شرح كلامه بما ينافيه صريح عبارته والثاني ان قوله وبين
اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا اذا كان ثقة ليس بصحيح لان قول المص وهذا اذا كان ثقة انما يكون تصريحا باشتراط كونه ثقة اولو اقتصر
الكلام عليه ولم يقل وكذا اذا كان غير ثقة ولما قال وكذا اذا كان غير ثقة كان كلامه صريحا في عدم اشتراط كونه ثقة كما لا يخفى والثالث ان قوله
ولو سلم فلا منافاة ايضا كلام فاسد المعنى لان معناه لو سلم المنافاة بين عدم اشتراط العدالة وبين اشتراط كونه ثقة فلا منافاة ايضا ولا شك
ان تسليم المنافاة يناقض القول بعدم المنافاة فكان مضمون كلامه المزبور جمعا بين النقيضين اللهم الا ان يكون قوله ولو سلم ناظرا الى قوله
لان الثاني اعم من الاول لا الى قوله فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة الى آخره فالمعنى ولو سلم عدم عموم الثاني من الاول فلا منافاة
ايضا والرابع ان قوله لان الاشارة بلفظ هذا الى كونه في سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكلني صاحبها لا الى قبول قول الواحد في المعاملات ظاهر
البطلان لان المص وغيره عللوا كونه في سعة من ان ابتياعها وبيعها يكون قول الواحد في المعاملات مقبولا على اي وصف كان فلو كان
الاول مشروطا بكونه ثقة دون الثاني لما صح تعليل الاول بالثاني لضرورة عدم استلزام تحقق العام تحقق الخاص والخامس ان قوله فان قوله
يقبل ايضا اذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا اذا كان غير ثقة يدل على خلاف مدعاه من كون الاشارة بلفظ هذا الى كونه في سعة من ابتياعها بمجرد
قوله وكلني صاحبها لا الى قبول قول الواحد في المعاملات اذ لا شك ان قول المص وكذا اذا كان غير ثقة عطف على قوله وهذا اذا كان ثقة ولا ريب
ان محل الحكم في المعطوف والمعطوف عليه واحد وهو ما اشير اليه بلفظ هذا في المعطوف عليه فاذا كان صريح معنى قوله وكذا اذا كان غير ثقة وكذا
يقبل قول الواحد اذا كان غير ثقة كما اعترف به فلا جرم ان يكون معنى قوله وهذا اذا كان ثقة وقبول قول الواحد اذا كان ثقة على ان يكون
لفظ هذا اشارة الى قبول قول الواحد وهو خلاف ما ادعاه والسادس ان اعترافه هنا بكون قول الواحد مقبولا فيما اذا كان غير ثقة ايضا
ويكون قول المص وكذا اذا كان غير ثقة صريحا في ذلك يناقض قوله في صدر كلامه وبالجملة ما ذكره ذلك البعض في هذا المقام برهنة خارج
عن نهج الصواب كما لا يخفى على ذوي الالباب **قوله** وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة
للحاجة على ما مر قلت تعليله بقوله لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة دليل واضح على كون مراده بغير الثقة غير العدل وبالثقة العدل كما هنا

وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجت هندا وهي مرتدة او اختك من الرضاعة لم يتزوج باختها واربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر بفساد مقارن لاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده فيثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت من امه او اخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القائم طارئ لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الخرف يرد الفرق وكذا لو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت نفيها رجل في يد آخر فقالت انا حرة لا اصل لم يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين ان ياخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا باس به والفرق ان البيع في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فاذا اخذه اخذه بدين وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الاخذ منه قال ويكره الاحتكار في اقوات الادميين والبهائم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله وكذلك التلقي فاما اذا كان لا يضر فلا باس به والاصل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضرهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذلك التلقي على هذا التفصيل لان النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا هذا اذا لم يلتبس التلقي على التجار سعر البلدة فان التبس فهو مكروه في البجهين لانه غاد بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار ان كان ذهبا او فضة او نوبا وعن محمد رح انه قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو حنيفة اعتبر الضرر المتوهم المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر قيل هي مقدرة باربعين يوما لقول النبي عليه السلام من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع دقيق التفاوت من المأثور بين ان يتربص العزة وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا اما الاثم وان قلت المدة والحاصل ان التجارة في الطعام غير محمودة

عليه من قبل اذ لو كان اوه بالثقة من يعتمد على كلامه وان كان فاسقا وبغير الثقة من لا يعتمد على كلامه كما توهمه جماعة من الشراح على ما مر لما صح تعليل قبول قول غير الثقة اذا كان اكبر الرأي انه صادق بقوله لان علة الخبر في المعاملات غير لازمة فانه لا يلزم من عدم لزوم علة عدم لزوم كونه من يعتمد على كلامه فلا يتم التقريب كما لا يخفى بقي في هذا المقام كلام وهو ان النبي ظهر مما ذكره ههنا هو ان علة الخبر في المعاملات غير لازمة لكن لا بد في قبول قوله اذا كان خبره عن عدم ان يكون اكبر رأي السامع انه صادق وقد مر في اوائل كتاب الكراهية انهم فرقوا بين المعاملات والديانات بانه يقبل في المعاملات قول الفاسق مطلقا ولا يقبل في الديانات قول الفاسق ولا المستور الا اذا كان اكبر رأي السامع انه صادق فكان ما ذكره ههنا مخالفا لما مر هناك لان ما اعتبر هناك في الديانات دون المعاملات قد اعتبر ههنا في المعاملات ايضا وقد تنبه بعض الفضلاء لورود هذا الاشكال فذكر اجمال ما ذكرناه واجاب عنه حيث قال يرد على المص انه اذا كان قبول خبره متوقفا على حصول اكبر الرأي لا يبقى فرق بين المعاملات والديانات فان خبر الفاسق يقبل في الديانات ايضا باكبر الرأي على ما مر وجوابه ان خبر الفاسق انما يقبل في الديانات باكبر الرأي اذا حصل بعد التحري بخلاف ما نحن فيه حيث لا يشترط التحري فتامل انتهى اقول جوابه ليس بشيء فان اكبر الرأي لا يمكن ان يتحقق بدون التحري اذ التحري طلب ما هو احرى الامرين في غالب الظن كما صرح به في عامة كتب اللغة ما لم يطلب ذلك ولم يتوجه اليه كيف يتصور حصول اكبر الرأي فلا معنى لعدم اشتراط التحري فيما نحن فيه عند اشتراط اكبر الرأي فيه وانما اعتبر اكبر الرأي فيه اعتبار التحري بينه وبين هذا وقع التعبير في بيان هذه المسألة بعينها في المحيط البرهاني بلفظ التحري بدل اكبر الرأي حيث قال فيه وان كان الذي في يديه الجارية فاسقا لا تثبت اباحة المعاملة معه بنفس الخبر بل يتحرى في ذلك فان وقع تحريه على انه صادق حل له الشراء منه وان وقع تحريه على انه كاذب لا يحل له ان يشتريها منه وان لم يكن له رأي يبقى ما كان على ما كان كما في الديانات انتهى ثم اقول الاشكال المذكور لا يختص بهذا الكتاب بل يتجه على غيره ايضا وان هنا قال المحقق التفتازاني في التلويح ذكر فخر الاسلام في موضع من كتابه ان اخبار غير العدل يقبل في المعاملات من غير انضمام التحري وفي موضع آخر انه يشترط التحري ومحمد رحمه الله ذكر القيد في كتاب الاستحسان ولم يذكره في الجامع الصغير وقال في التوجيه فقيل يجوز ان يكون المذكور في كتاب الاستحسان تفسير الماء وذكره في الجامع الصغير فيشترط التحري ويجوز ان يشترط استحسانا ولا يشترط رخصة ويجوز ان تكون في المسألة روايتان انتهى وقد ذكرت فيما مر في اوائل كتاب الكراهية بعد نقل هذه التوجيهات عن التلويح ان المختار عندي من بينها هو التوجيه الثاني لانه هو الحاسم لمادة الاشكال الفارق بين المعاملات والديانات اذ لا رخصة في الديانات بدون التحري والان ايضا اقول كذلك فيحصل به التوفيق بين الكلامين في المقامين في هذا الكتاب وغيره **قوله** لان اكبر الرأي يقام مقام اليقين قال صاحب العناية يعني فيما هو اعظم من هذا كالفروج والدماء الا يرى ان من تزوج امرأة فادخلها عليه انسان واخبره انها امرأته وسعه ان يطأها اذا كان ثقة عنده او كان اكبر رأيه انه صادق وكذا اذا دخل رجل على غيره ليلا شاهر سيفه فلصاحب المنزل ان يقتله اذا كان اكبر رأيه انه لص فقصد قتله واخذ ماله وان كان اكبر رأيه انه هارب من لص لم يعجل بقتله انتهى ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال قوله لان اكبر الرأي يقام مقام اليقين اي في كثير من الاحكام حتى يجب شيء كالتوجيه الى

قال ومن احتكر له ضيعته او ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة الا ترى ان له ان لا يزرع فكذلك له ان لا يبيع واما الثاني فعند
قول ابي حنيفة رح لان حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى فنائها وقال ابو يوسف يكره الاطلاق ملخصا وقال محمد رح كل ما جلب منه الى المصر في الغالب فهو
بمنزلة فناء المصر في الاحكام فيتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة قال
لان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه
لا ينبغي للسلطان ان يسعر على الناس قوله عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق
الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما بينا وانما يرفع الى القاضي هذا الامر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على اعتبار السنة في ذلك وبنهاه عن الاحتكار
فان لم يفعل مرة اخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس فان كان ارباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا يجبر القاضي عن صيانة
حقوق المسلمين الا بالتسعير حينئذ لا بأس به بمشورة من اهل الرأي والبصيرة واذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع باكثر منه اجازه القاضي وهذا ظاهر عند
ابي حنيفة رح لانه لا يرى الجبر على الجبر وكذا عندهما الا ان يكون الجبر على قوم بأعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهذا بيع القاضي على المحتكر
طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة يرى الجبر لدفع ضرر عام وهذا كذلك قال ويكره بيع
السلاح في ايام الفتنة معناه ممن يعرف انه من اهل الفتنة لانه تسبيب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا بأس بذلك لانه
يحتمل ان يستعمل في الفتنة فلا يكره بالشك قال ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا لان المعصية لا تقام بعينه بل بامر اخر فيه بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه
قال ومن اجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع فيه الخمر لا بأس به وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا ينبغي ان يكريه شيئا من ذلك لانه اعانة على المعصية

جهة التحري ويحرم به شيء كالصلاة اذا توضأ بماء آخر بنجاسة غير ثقة واكبر رأيه انه صادق فيجعل اكبر الرأي دليلا شرعيا ايضا فيما نحن فيه بل فيما هو اعظم
منه كالفروج والدماء قال في الحاشية ومن قال تفسير قوله يقام مقام اليقين يعني فيما هو اعظم منه كالفروج والدماء فقد سهى انتهى اقول نسبة السهو اليه
في تفسيره المذكور سهو عظيم فانه سلك في تفسيره المذكور مسالك الدلالة واثبات الحكم فيما نحن فيه بالاولوية كما في قوله تعالى فلا تقل لهما اف فانه
نهى عن الضرب ايضا بالاولوية وليت شعري ماذا يقول ذلك القائل في شأن الامام الرباني محمد رحمه الله تعالى فانه قال ايضا في الاصل
في هذا المقام واكبر الرأي يجوز للعمل فيما هو اكبر من هذا كالفروج وسفك الدماء فان من تزوج امرأة فادخلها عليه انسان واخبره انها امرأته الخ
كما نقل عنه في النهاية والكفاية ومعراج الدراية ولا يخفى انه ايضا مثل ما قاله صاحب العناية في كونه من تلك الدلالة بالاولوية بل ذلك
ماخذ ما قاله صاحب العناية وعن هذا قال في النهاية والكفاية بعد نقل ذلك عن محمد فعلم بهذا ان فيما هو اهم الامور وهو كالفروج والدماء
جاز العمل باكبر الرأي عند الحاجة مع ان الغلط اذا وقع لا يمكن تداركه ففيما دون ذلك اولى انتهى **قوله** لان القاطع طار والاخذ امر الاول
لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع اعترض عليه بانه ان قبل خبر الواحد في انعقاد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم
القبول وهو ان الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير لا يبطل بخبر الواحد واجيب بان ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب وملك
الزوج فيها في الحال ليس بدليل موجب بل باستصحاب الحال وخبر الواحد اقوى من استصحاب الحال كذا في العناية وكثير من الشروح
قال بعض المتأخرين بعد ذكر هذا الاعتراض والجواب فيه بحث لانه سبق في فصل الاكل والشرب ان الحل والحرمة من باب الديانات
فيقبل قول الواحد فيهما اذا لم تتضمن الحرمة زوال الملك كما اذا اخبر واحد عدل بحل طعام فيؤكل او حرمته فلا يؤكل لان الحرمة لا تنافي الملك
واما اذا تضمنت زوال الملك فلا يقبل ولا تثبت به الحرمة كما اذا اخبر عدل للزوجين انهما ارتضعا من فلانة لان الحرمة المؤبدة لا تتصور
مع بقاء ملك النكاح فانحل الجواب وبقي الاشكال انتهى كلامه اقول بحثه ساقط جدا لان الذي تقرر في فصل الاكل والشرب هو ان
خبر الواحد العدل يقبل في باب الحل والحرمة اذا لم يتضمن زوال الملك واما اذا تضمن زواله فلا يقبل بناء على ان بطلان الملك لا يثبت
بخبر الواحد وذلك كلام مجمل لم يفصل فيه انه اذا تضمن زوال الملك الثابت بدليل موجب لم يقبل واما اذا تضمن زوال الملك الثابت باستصحاب
الحال فيقبل فيبنا والاعتراض هنا نظرا الى ظاهر اجمال ما ذكر هناك فاجيب عنه بان المراد من زوال الملك هناك زوال الملك الثابت بدليل
موجب لزواله ولو كان باستصحاب الحال لان خبر الواحد اقوى من استصحاب الحال لكون الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة اصلا بخلاف
خبر الواحد فكان الجواب المذكور هنا تفصيلا للاجمال الواقع هناك في الظاهر فكان جوابا شافيا قد انحل به الاشكال كما لا يخفى **قوله** وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا بأس به لانه
يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال بعض المتأخرين قوله لانه يحتمل ان يستعمل في الفتنة احتمالا ضعيفا فلا يكره بالشك لوجود هذا الاحتمال فليس الشك على معناه المصطلح انتهى
اقول ليس هذا الشرح صحيحا لان كون احتمال ان لا يستعمله في الفتنة ضعيفا في حق من لم يكن معروفا بكونه من اهل الفتنة ممنوع كيف وامور المسلمين محمولة على
الصلاح والاستقامة كما صرح به صاحب العناية وغيره فتعليل هذه المسألة بقوله في حق من لم يكن معروفا بكونه من اهل الفتنة ان لم يكن احتمال ان لا يستعمله في الفتنة

ولذلك للمكاتب لان الكتابة اوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح على حكم الرق وهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج امته لانه من باب الاكتساب وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا وكذا المدبر وام الولد لان الملك فيهما قائم واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه لان هذا دين وجب في ذمة العبد لوجود سببه من اهله وقد ظهر في حق المولى لصدوره باذنه من عهدته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة عن اصحاب الديون كما في دين التجارة والمدبر والمكاتب يسعيان والمهر ولا يباعان فيه لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدي من كسبهما لانه من نفسهما واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها او فارقها فليس هذا باجازة لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد متاركة يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق بحال العبد المتمرد او هو ادنى فكان الحمل عليه اولى وان قال طلقها تطليقة فملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فتتعين الاجازة ومن قال لعبده

شيء كالمكاتب والمضارب والعبد المأذون فليس لهم تزويج الامة عند ابي حنيفة رح ومحمد وقال ابو يوسف رح يملكون وانما لم يجز تزويج المكاتبة نفسها لما ذكره **قوله** وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بغير اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا من بقاء ذات المكاتب على الرق والاكتساب الذي اوجب الكتابة اطلاقه له ما لا يوجب خللا في ذاته المملوكة والاكتساب بالنكاح انما يكون بتمليك جزء منها بغير السيد اذ بدل منفعة البضع في حكم بدل جزء من العين كالارش ولان هذه المنفعة لا يزول ملكها بعد صحته الا باختيار الزوج والكتابة ليست على يقين من استمرار فك الحجر فيها وافضاؤها الى زوال ملك الرقبة بجواز التعجيز والرد الى الرق فترد مملوكة البضع للغير بمتنع على السيد ولم يشرع عقد الكتابة على وجه يعود ضرره على السيد **قوله** وكذا المدبر والمدبرة يعني لا ينفذ نكاحهما الا باذن المولى وكذا ابن ام الولد يعني لو زوج ام ولده فجاءت بولد من الزوج فان حكمه حكم امه فالرق فيه قائم فلا يملك تزويج نفسه واما معتق البعض فلا يجوز نكاحه عند ابي حنيفة رح لانه كالمكاتب وعندهما يجوز لانه حر مديون وهذا فرع مهم للتجار ربما يدفع لعبده جارية ليشتري بها ولا يجوز للعبد ان يشتري اصلا اذن له مولاه او لم يأذن لان حل الوطي لا يثبت شرعا الا بملك اليمين او عقد النكاح وليس للعبد ملك يمين فانحصر حل وطيه في عقد النكاح **قوله** واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه بخلاف ما اذا تزوج بغير اذنه فدخل بها ثم فرق بينهما فانه لا مهر عليه حتى يعتق لانه لم يظهر في حق المولى لعدم الاذن فيه وقوله يباع فيه اي ان لم يفده المولى وتقريره انه دين وجب في رقبته وكل دين كذلك يباع فيه اما وجوبه فللمقتضي وهو وجود السبب من اهله وانتفاء المانع وهو حق المولى للاذن واما كونه في رقبته فلاذن السيد ولدفع المضرة عن ارباب الديون يعني النساء فيباع فيه كما يباع في ديون التجارة والحاصل ان الدين انما يثبت في الذمة وثبوته فيها لا يتوقف على اذنه فانه لو باشر اتلافا ونحوه ترتب في ذمته فحين اذن ظهر الدين في حقه ثم العبد نفسه مال فكان لهم ان يقبضوا من نفسه فعلى هذا يكون الاذن رفع المانع من الاقتضاء من نفس العبد غير انه ان فداه المولى حصل المقصود والمقتضي لذلك دفع المضرة عن ارباب الديون واذا بيع فلم يف ثمنه بالمهر لا يباع ثانيا ويطالب بالباقي بعد العتق وفي دين النفقة يباع مرة بعد اخرى لانها تجب شيئا فشيئا واذا مات العبد سقط المهر والنفقة ذكره التمرتاشي واذا زوج عبده من امته لا يجب عليه مهر لها ولا للسيد ومنهم من قال يجب لم يسقط لان وجوبه لحق الشرع والاولون يقولون لا فائدة في هذا الوجوب لانه لو وجب لوجب في ماليته وهي للمولى **قوله** فالمدبر والمكاتب يسعيان اذا اذن لهما المولى في التزوج ثم امتنع الاداء عنهما يسعيان لانهما لا يحتملان النقل عن ملك الى ملك وكذا معتق البعض وابن ام الولد فيؤدي من كسبهما لا من نفسهما الا ان عجز المكاتب فيرق فلا يباع في المهر **قوله** فقال له طلقها او فارقها فليس ذلك باجازة تزويج العبد نفسه بلا اذن عقد فضولي في الجملة فيتوقف نفاذه على اذن المولى واذنه يثبت تارة صريحا وطورا دلالة فالصريح مثل ان يقول رضيت او اجزت او اذنت والدلالة ان يسوق اليها المهر او بعضه وسكوته لا يكون اجازة وثم الفاظ اختلف فيها والفاظ لم يختلف في عدم اعتبارها مثل قوله هذا حسن او صواب او نعم ما صنعت او بارك الله لك فيها او احسنت او اصبت او لا باس بها اختلف فيه قال الفقيه ابو القاسم ليس بشيء منها اجازة واختيار الفقيه ابي الليث وبه كان يفتي الصدر الشهيد انه اجازة ما لم يعلم انه قال استهزاء وهذه المسئلة من الكتاب وهو ما اذا قال طلقها لا شك ان مقتضى حقيقة اللفظ فيها الاجازة لان الطلاق الصحيح فرع وجود النكاح الصحيح لكن قد صرف عن مقتضاه بالنظر الى حال العبد وذلك ان اقتران العبد على سيده تمرد بمباشرة سبب تعييبه عليه ليستوجب به زجره وجبه فارق الفضولي المحض فانه معين والاعانة تنتقض بها الامضاء لتصرفه وعدم الغاية ولذا لو قال للفضولي طلقها كان اجازة على ما هو الاوجه

تزوج هذه الامة فتزوجها فاسدا او من غير شهود فان عبيا في المهر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ منه اذا عتق
واصله ان الاذن في النكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده فيكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز لا غير فلا يكون
ظاهرا في حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق لهما ان المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز ولهذا لو حلف
لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع لان بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرفات وله ان اللفظ مطلق فيجري
على اطلاقه كما في البيع وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطء

ولذا قلنا اول المسئلة في العبد انه فضولي في الجملة واذا كان حال العبد ذلك فاذا كان لفظ السيد له عند علمه بما صنع يحتمل الرد والاجازة لاستعمال
فيهما كان بلا خلاف حال العبد ظاهرا في قصد الرد ما لم يعلم قصد الاجازة فظاهر تقترن به او نص آخر مثل ان يقول طلقها تطليقة
تملك الرجعة او اوقع عليها الطلاق لان الايقاع والطلاق الذي تملك الرجعة بعده لا يقالان للمتاركة ولا في قصد الاستهزاء فيفيد قصد حقيقته
بخلاف طلقها فانه قد يقال لمتاركة العقد الفاسد طلاقا مجازا فصلت هذه المسئلة متمسكا لابي القاسم ومن قال بقوله والجواب ان لفظ الطلاق
الجزء استعمل كثيرا في المتاركة العقد الفاسد فكان ذكره ذكر لفظ مشترك من حيث الاستعمال بين الاجازة والرد بخلاف ما تقدم من نحو جنت الخ
فانه لم يستعمل للامرين على السواء بل الظاهر منه الاجازة وحمله على الرد لا يتحقق الا بواسطة جعله استهزاء وهو وان كان النظر الى حال العبد لا ينافيه
لكن ظاهر حال العاقل المسلم ينفيه لان حقيقته فعل الجاهلين ولذا قال موسى عليه السلام في جواب قولهم اتتخذنا هزوا قال اعوذ بالله ان اكون
من الجاهلين فتعارض الظاهران وبقي نفس اللفظ بمفهوم يفيد الاجازة بلا معارض بخلاف مسئلة الكتاب فان نفس اللفظ يقال
للرد كما يقال لحقيقة الطلاق المستعقب لصحة النكاح ولذا لم يستعمل المقيد اعني قوله طلقها تمنع الرجعة او اوقع عليها في المتاركة جعل اجازة فوجب
ترجيح قول الفقيه ومن معه ما لم يعلم قصد الاستهزاء لكن المصنف لما لم يوجه الا بان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح افاد انه يثبت اقتضاء فيورد عليه
طلب الفرق بينه وبين ما لو قال لعبد كفر يمينك بالمال او تزوج اربعا لا يتعين مع ان كلا منهما لا يكون الا لعبد الحرية واجيب بان اثبات الشرائط
التي هي اصول لا تكون بطريق الاقتضاء كالحرية والاهلية للتحقق بالرق وليس ما نحن فيه كذلك لان النكاح ثابت للعبد بطريق الاصالة لثبوته
تبعا للآدمية والعقل وانما توقف لاستلزامه تعييب مال الغير فقوله طلقها رجعيا يتضمن رفع المانع اقتضاء لا اثبات ملك النكاح بطريق الاصالة والملكية
شرط العتق وقوله اعتق عبدك عني بالف يثبت به تحويل الملكية اليه لا اصلها في العبد وملكيته في العبد امر زائد على ملكيته وعلى تقدير ما لا يحتاج
الى تكلف هذا السؤال وجوابه ولو اذن له السيد بعد ما تزوج لا يكون اجازة فان اجاز العبد ما صنع جاز استحسانا كالفضولي اذا وكل فاجاز
ما صنعه قبل الوكالة وكالعبد اذا زوجه فضولي فاذن له مولاه في التزوج فاجاز ما صنعه الفضولي ولو باع السيد العبد بعد ان باشر بلا اذن
فللمشتري الاجازة وقال زفر يبطل وكذا لو مات السيد فورث العبد توقف على اجازة الوارث اما ان كانت امة فتزوجت بلا اذن ثم ماتت المولى
فورثها من يحل له وطيها بطل لطريان الحل الناقض على الموقوف وان ورثها من لا يحل له وطيها كان ورثها جاحة او امرأة او ابن المولى وقد كان الاب
وطيها توقف على اجازة الوارث وعلى هذا قالوا في امة تزوجت بغير اذن مولاها فوطيها الزوج فباعها المولى للمشتري الاجازة لانه لا يحل له
وطيها لان وطي الزوج يحرمها لانها صارت معتدة فاذا حاضت بطل العقد فيحل للمشتري ولو كان الزوج لم يطأها بطل العقد بمجرد الشراء
لطريان الحل الثابت على الموقوف وقال زفر يبطل بالموت وبالبيع واصله لان الموقوف على اجازة انسان تحتمل الاجازة من غيره وعنده لا لانه
انما كان موقوفا على الاول فلا يفيد من الثاني قلنا انما توقف على الاول لان الملك له لا لانه هو والثاني مثله في ذلك فالحاصل انه دائر مع الملك
فينتقل بانتقاله **قوله** تزوج هذه الامة التقييد بالامة والاشارة اتفاقي فان الحكم المذكور جار في الحرة وغير المعينة **قوله** واصله اي الخلاف
الاختلاف في ان الاذن للعبد بالنكاح ينتظم الصحيح والفاسد عنده وعندهما يخص الصحيح والاتفاق على ان الاذن بالبيع يعم الصحيح والفاسد وعلى ان
التوكيل بالنكاح يختص بالصحيح فالحقاه بالتوكيل بالنكاح لان علة الاصل تحصيل المقاصد في المستقبل من الاعفاف وغيره وذلك بالصحيح وكذا لو حلف لا يتزوج

ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة ومن زوج عبدا مديونا ماذونا له امرأة جاز والمرأة أسوة للغرماء في مهرها ومعناه اذا كان النكاح بمهر المثل ووجهه ان سبب ولاية المولى ملكه الرقبة على ما نذكره والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا الا انه اذا صح النكاح وجب الدين بسبب لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة بمهر مثلها أسوة للغرماء ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها بيت الزوج ولكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى طلبت بيتا وطئتها لان حق المولى في الاستخدام باق والتبوية ابطال له فان بوأها معه بيتا فلها النفقة والسكنى والا فلا لان النفقة تقابل الاحتباس ولو بوأها بيتا ثم بدا له ان يستخدمها له ذلك لان الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوية كما لا يسقط بالنكاح

ينصرف الى الجائز فلا يحنث بالفاسد لان المراد في المستقبل الحلف على الاعفاف وذلك بالصحيح بخلاف ما لو حلف ما تزوجت حيث يحنث بالفاسد لان المراد في الماضي العقد والحقه بالبيع بجامع ان بعض المقاصد حاصل من ثبوت النسب والعدة والنفقة وذلك يكفي لتصحيح التعليق واجراء اللفظ على اطلاقه فينبغي على هذا ان يباع في المهر في الفاسد اذا دخل بها فيه عنده وعندهما لا وانه لا يجوز له تزوج اخرى بعقد صحيح عنده لانتهاء الاذن بالفاسد وعندهما له ذلك لان الاذن لم ينته بذلك **قوله** ومسئلة اليمين على هذه الطريقة اي طريقة اجراء اللفظ على عمومه ممنوعة والطريقة الاخرى ان العبد في النكاح مبقى على الحرية لانه من خواص الآدمية والحاجة الى اذن السيد ليثبت المهر في رقبته ليس غير فكانه قال له اذا قال تزوج اشغل رقبتك بمهر وهذا يتحقق بمهر مثل في نكاح فاسد وبغيره وليست هذه الطريقة صحيحة لما نذكر من ملك السيد الكاحه وعدم ملكه طلاقه واستقلال العبد بملكه لدفع الضرر عن نفسه لانه قد يعجز عن الامساك بالمعروف لتباين الاخلاق وغير ذلك فالمعول عليه طريق الاطلاق ويجاب عن مسئلة اليمين بان الايمان مبنية على العرف والعرف فيه الحلف على التزويج الذي هو طريق الاعفاف والتحصين وهو الصحيح لا الاعفاف بالفعل فيطل ما يقال الاعفاف باطني لا يوقف عليه فلا يلزم الصحيح ليظهر كون الحلف عليه والله اعلم **فرع** الاول تزوج العبد بلا اذن فطلقها ثلاثا ثم اذن له السيد فجدد عليها جاز بلا كراهة عند ابي حنيفة ومحمد ومع الكراهة عند ابي يوسف ره الثاني زوج بنته من مكاتبه ثم مات الاب لا يفسد النكاح عندنا الا ان عجز ورد في الرق وعند الشافعي ره يفسد للحال لملك زوجته شيئا منه ولذا يصح اعتاقه اياه وبدل الكتابة لها قلنا لم يملكه لان المكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك ما لم يعجز وعند ذلك قلنا انفساخ النكاح وانما ملكت ما في ذمته من بدل الكتابة وانما العتق فيه فلا يعبر عن بدل الكتابة اولا ثم يعتق الثالث اذا اعتق عبد بحرية امته فتزوجها على انها حرة فولدت فالولد عبد عند ابي حنيفة وابي يوسف ره وعند محمد حر بالقيمة كالمغرور الخ **قوله** ومن زوج عبدا ماذونا له مديونا امرأة جاز والمرأة اسوة الغرماء اذا كان النكاح بمهر المثل او اقل فلو زوجها منها باكثر طولب بالزيادة بعد استيفاء الغرماء كدين الصحة مع دين المرض وهذا لوجود المقتضي وهو ملك الرقبة وانتفاء المانع ويخال من انه ابطال لحق الغرماء في قدر المهر ليس به لان النكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا بل وضعه لقصد حل البضع بالملك ثم يثبت الملك ثم يثبت المهر حكما له بسبب لا مرد له وهو صحة النكاح لصدوره من الاهل في المحل ثم تلزمه بطلان حقهم في مقداره اذا كان مهر مثلها او اقل الخصوص امر واقع فهو لازم اللازم باتفاق الحال لا في نفس الامر وكان ضمنيا فلا يعتبر في اثباته ونفيه الا حال المتضمن له لا حاله وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة صح وكانت اسوة غرماء الصحة لما ذكرنا **قوله** ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها وكذا اذا زوج ام ولده ومدبرته وان شرط الزوج التبوية لانه شرط لا يقتضيه العقد على الامة غير ان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد ومعنى التبوية ان يدفعها للزوج ولا يستخدمها فلو كانت تذهب وتجيء وتخدم المولى لا يكون تبوية وعند الشافعي ره واحمد ره يستخدمها نهارا ويسلمها للزوج ليلا وعند مالك ره يسلمها ليلة بعد ثلث قلنا ملك السيد ثابت في الرقبة ليلا ونهارا وفيما بعد الثلث والتبوية ابطال له فيكون ابطال الحق الاعلى بالادنى واقدام السيد على العقد لا يستلزم رضا بالتبوية بل بمجرد اطلاق وطيه اياها متى ظفر بها يتوفر مقتضاه وهذا القدر ثابت فاثبات القسم كذلك اثبات بلا دليل لا يقال بالملك منافع بضعها لزمه تسليمها لانا نقول التسليم بالتخلية والتبوية امر زائد عليها والنفقة على المولى ما لم يبوئها واذا بوأها ثم بدا له ان يردها الى خدمته كان له ذلك وكلما بوأها وجبت نفقتها على الزوج وكلما اعادها سقطت فان قلت ما الفرق بين ان يشترط الزوج التبوية فيزوجه السيد على هذا الشرط ولا يلزم المولى التبوية وبين ان يشترط الحر المتزوج بامة رجل حرية اولاده حيث يلزم في هذه وتثبت حرية ما يأتي من

قال رضي الله عنه ذكر تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح وعند الشافعي لا اجبار في العبد وهو رواية عن ابي حنيفة لان النكاح من خصائص الآدمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال فلا يملك انكاحه بخلاف الامة لانه مالك منافع بضعها اذ يملك تمليكها ولنا ان الانكاح اصلاح ملكه لان بتحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان فيملك اعتبارا بالامة بخلاف المكاتبة والمكاتب لانهما التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما

من اولاده وهذا ايضا شرط لا يقتضيه نكاح الامة فالجواب ان قبول المولى الشرط والتزويج على اعتباره هو معنى تعليق الحرية بالولادة وتعليق ذلك صحيح وعند وجود التعليق فيما يصح يمتنع الرجوع عن مقتضاه فتثبت الحرية عند الولادة حينئذ من غير اختيار بخلاف اشتراط التثبوتية فانه بتعليقها لا يقع شيء عند ثبوت الشرط بل يتوقف وجودها على فعل حسي اختياري من فاعل مختار فاذا امتنع لم توجد فالحاصل ان المعلق هنا وجوب الايقاع به غير انه لم يقع به لا ثبت متعلقه اعني نفس الموعود به ولو طلقها بائنا وهي مبوأة تجب لها نفقة العدة ولو لم تكن مثبوتية من الابتداء او طلقها بعد رجوع السيد الى استخدامها لا تجب والمكاتبة كالحرة لزوال يد المولى وهي في يد نفسها فلها النفقة اذا لم تحبس نفسها ظلما

فرع ولو جاءت الامة بولد فنفقته على مولى الامة لانه ملكه لا على الاب **قوله** قال اي صاحب الهداية ذكر اي محمد تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما اي لم يشترطه وهذا يرجع الى مذهبنا لان المذهب ان للمولى اجبارهما اي ان يعقد لهما فينعقد عليهما علما ورضيا او لا كاجبار الولي الصغيرة على ما سلف وعند الشافعي لا اجبار في العبد بل في الامة وهو رواية ذكرها عن ابي حنيفة ذكره صاحب الايضاح والطحاوي عن ابي يوسف وجعلها الوبري رواية شاذة للشافعي وجهان احدهما انما يتناوله النكاح لا يملكه المولى فعقده تصرف فيما لا يملكه فانتفى كالاجنبي وكتزويجه مكاتبته ومكاتبته بخلاف امته يملك ما يتناوله فيملك تمليكه ثانيهما انه لا يفيد اذ للعبد التطليق في الحال فلا يحصل المقصود ونحن نقول مناط نفاذ انكاحه عليه ملكه له المقتضي لتمكنه من اصلاحه ودفع اسباب الهلاك والنقصان عنه وفي تزويجه ذلك لانه طريق تحصينه عن الزنى الذي هو طريق الهلاك او النقصان به او في ماليته لتيسيبه فانما جعل مناط ملك ما يتناوله النكاح وانها علة مساوية ينتفي بانتفائها الحكم فباطل لانها مقتضية طرد في الزوج يملك ما يتناوله النكاح من زوجته ولا يملك تمليكه وعكسا بالولي لا يملكه من موليته ويملك تزويجها واما نفي الفائدة فظاهر الانتفاء بل الظاهر عدم مبادرته للطلاق من وجهين احدهما ان عقد النكاح مما ترغب فيه النفس غالبا وتدعو اليه فالظاهر عدم طلب قطعه والثاني ان حشمة السيد في قلب عبده مانعة من اجترائه عليه بالمبادرة الى نقض ما فعله فكان الظاهر وجود الفائدة لا نفيها واما الحاقه بالمكاتب وللمكاتبة فمع الفارق لانهما التحقا بالاحرار في التصرفات فلا ينفذ تصرفه عليهما الا برضاهما وعن هذا استظرفت مسئلة نقلت من المحيط هي ان المولى اذا زوج مكاتبته الصغيرة فوقف النكاح على اجازتها لانها ملحقة بالبالغة فيما ينبني على الكتابة ثم انها لو لم تزوجها حتى ادت فعتقت بقي النكاح موقوفا الى اجازة المولى لا على اجازتها لانها بعد العتق لم تبق مكاتبة وهي صغيرة والصغيرة ليست من اهل الاجازة فاعتبر التوقف على اجازتها في حال قيامها ولم يعتبر بعد العتق هكذا تواردها الشارحون والذي يقتضيه النظر عدم التوقف على اجازتها بعد العتق بل بمجرد عتقها ينفذ النكاح لما صرحوا به من انه اذا تزوج العبد بغير اذن سيده فاعتقه نفذ لانه لو توقف فانما على اجازة المولى وهو ممتنع لانتفاء ولايته واما على العبد فلا وجه له لانه صدر من جهته فكيف يتوقف عليه ولانه كان نافذا من جهته وانما توقف على السيد فكذا السيد هنا فانه ولي مجيز وانما التوقف على اذنها لعقد الكتابة وقد زال فبقي النفاذ من جهة السيد فهذا هو الوجه وكثيرا ما يقلد الشارحون السابقين وهذا بخلاف الصبي اذا زوج نفسه بغير اذن وليه فانه موقوف على اجازة وليه فلو بلغ قبل ان يرده لا ينفذ حتى يجيزه الصبي لان العقد حين صدر منه لم يكن نافذا من جهته اذ لا نفاذ حالة الصبي وعدم اهليته الرأي بخلاف العبد ومولى المكاتبة الصغيرة والحاصل ان الصغير والصغيرة ليسا من اهل العبارة بخلاف البالغ وسيأتي زيادة في ذلك واما الاستدلال بقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء وقدرة البطال ما امضاه سيده شيء

قال ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبض الهبة والصدقة له واصل هذا ان التصرف على الصغار انواع ثلثة نوع هو من باب الولاية لا غير كالانكاح والشراء والبيع لا يملكه الا من هو ولي كالاب والوصي والقاضي ونوع آخر ما كان من نفع محض كقبول الهبة والصدقة فهو جائز من غير ولاية ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزلة الانفاق قال ولا يجوز للملتقط ان يبيعه ويجوز للام ان تبيعه اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم ان يبيعه لان الام تملك الاتلاف منافعه باستخدامه وكذلك المتفقد والعم ولو اخر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالشراء لانه اذا خرج من العمل لا يعتق الا بعوض تحض نفعا فيجب السعي وهو النظير العبد يجوز ويواجر نفسه وقد ذكرناه قال ولا يجوز ان يجعل الرجل عتق عبده الرابه ويروى الداية وهو طرف الحرير الذي يعتمه من ان يحرك رأسه وهو معتاد بين الملوك لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بالنار ولا تكره ان يفديه لانه سنة المسلمين في السراء واهل الدعارة فلا تكره في العبد خوفا لعاقبة وصيانة لماله قال ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي لان التداوي مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجل والمرأة الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالحرام حرام قال ولا بأس برتق القاضي انه عليه السلام بعث مكاتبا ليسدل مكة وفرض له ثلث على الى اليمن وفرض له وكانه محبوس على المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سار بمال المضاربة وهذا فيما يكون له كفاية فان كان شرطا فحرام لانه استيجار على الطاعة اذا القضاء طاعة بل هو افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل له الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذا الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته وان كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل تقاضيت المال وقيل الاخذ وهو الاصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولي بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع رزقه لا يتعدى اعانته ثم تسميته رزقا دل على انه بقبل الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج يؤخذ في اول السنة وهو يقبض منه وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قيل استكثر لها قيل هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة اذا ماتت في السنة بعد استهلال نفقة السنة والاصح انه يجب الرد قال ولا بأس بان تسافر الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وام الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها والله اعلم بالصواب

مبدأ ومنشأ لعزة تعالى كما يوهمه كلمة من في قوله بمقعد العز من عرشك اذ الظاهر المتبادر منها في بادي الرأي ان تكون لابتداء الغاية حتى قال بعضهم ان جميع معاني من راجعة الى معنى ابتداء الغاية ولا شك ان التعلق بالمحدث على الوجه الخاص المذكور غير متصور في عزة تعالى ولا في حقيقة من صفاته تعالى اصلا وكيف لا يكون مرادهم هذا ولا محالة انهم لا ينبغي ان يخفى على اساطين الفقهاء ما تقرر في علم اصول الدين من جواز تعلق صفات الله تعالى بالمحدثات تعلق افاضة الا يرى ان المحدثات كلها مظاهر صفات الله تعالى وانما المحال تعلق حقيقة الله تعالى بالمحدث تعلق استفاضة منه فهو المهروب عن ابهامه فيما نحن فيه بلا ريب **قوله** قال ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبض الهبة والصدقة له قال في النهاية اعلم ان قوله لا اب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولا اب فوهب لها انها لو قبضت او قبض لها ابوها وزوجها ان ذلك جائز فلم تمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب فانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز فثبت ان عدم الاب ليس بلازم كذا ذكره فخر الاسلام انتهى وقد اطبقت كلمة سائر الشراح ايضا على ان عدم الاب ليس بلازم في حكم هذه المسئلة وانما هو قيد اتفاقي وعلل ذلك كلهم بما ذكر في كتاب الهبة من ان الصغيرة لو كانت عند زوجها يعولها ولها اب فقبض زوجها الهبة لها فانه يجوز لكونه نفعا محضا فجاز قبض الهبة لها مع قيام الاب غير ان صاحب الكفاية والعناية ذكراه بطريق النقل عن النهاية ومن عداهما ذكروه من عند انفسهم اقول قول الكل ليس بصحيح عندي اذ الثابت مما ذكر في كتاب الهبة انما هو ان عدم الاب ليس بلازم فيما نحن فيه وهو جواز قبض الملتقط الهبة او الصدقة للملقوط الذي في يده لتحقق الفرق بين زوج الصغيرة وسائر من يعولها في جواز قبض الهبة لها عند وجود الاب كما مر في نفس الكتاب في كتاب الهبة متصلا بالمسئلة التي استشهدوا بها حيث قال وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملك مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضرة الاب لا ضرورة انتهى تأمل ترشد وقال بعض المتأخرين وقوله لا اب له اي لا اب له معروف لا ان لا يكون ابوه حيا وهو بيان للواقع فان اللقيط لا يكون الا كذلك لانه في الشرع مولود طرحه اهله في الطرق خوفا من العيلة او فرارا من التهمة فلا يكون له اب معروف فلا وجه لما قاله صاحب النهاية من ان قوله لا اب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها اب وهب لها انها لو قبضت او قبض لها ابوها او زوجها ان ذلك جائز فلم تمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب وذلك لان وضع المسئلة في اللقيط لا في الصغار الى هنا كلامه اقول ليس هذا ايضا بصحيح فان مراده العقول عما تقرر في كتاب اللقيط من انه اذا ادعاه مدع انه ابنه يقبل قوله ويثبت نسبه منه فجاز ان يظهر له اب بعد الالتقاط فيصير كسائر الصغار الذين لهم اب فيتمشى ما ذكره صاحب النهاية وغيره من جواز قبض الزوج له بقيام الاب فيما اذا كان صغيرة مزوجة وكانت عند زوجها يعولها فلا وجه لنفي وجه ما قاله صاحب النهاية بناء على ان وضع المسئلة في اللقيط لا في الصغار مطلقا ولا معنى لحمل قوله لا اب له في مسئلة الجامع الصغير على بيان الواقع بان يكون المراد لا اب له معروف لا ان لا يكون له اب في الحيات لانه ان كان المراد لا اب له معروف حين الالتقاط

لا يكون

الصغار مطلقا

كتاب احياء الموات

قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان الانتفاع به قال فما كان منها عاديا لا مالك له او كان مملوكا والاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري ومعنى العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد رح انه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم او ذمي مع انقطاع الارتفاق به لتكون ميتة مطلقا فالمملوكة لمسلم او ذمي لا تكون مواتا واذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك رد عليه ويضمن الزارع لقصانها والبعد عن القرية على ما قال شرطه ابو يوسف رح لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد رح اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده وشمس الائمة السرخسي رح اعتمد على ما اختاره ابو يوسف رح ومن احياه باذن الامام ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكه لقوله عليه السلام من احيى ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب والصيد

فهذا مع كونه بعيدا من اللقيط جدا الاحتياج الى التقييد مرتين يصير بمنزلة اللغو من الكلام في هذا المقام لا يليق بشان الامام الرباني محمد ذلك الهمام وان كان المراد لا اب له معروف اصلا اي لا حين الالتقاط ولا بعده ولا يصح ان يكون بيانا للواقع اذ لا يلزم ان لا يكون اللقيط الا كذلك فانه قد يكون له اب معروف بعد الالتقاط بان ادعى لحدانه انه وشاع ذلك فانه مقبول في الشرع كما مر ولا فرق بينه وبين سائر الاولاد الذين يحتاج ثبوت نسبهم الى دعوة الاب كما في المولود من امته فالحق عندي ان قوله لا اب له قيد احترازي عن اللقيط الذي كان له اب حاضر فانه لا يجوز من كان في يده مثل ذلك اللقيط ان يقبض الهبة او الصدقة له على موجب ما مر في كتاب الهبة من ان زوج الصغيرة يملك قبض الهبة لها بعد الزفاف مع حضرة الاب لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضرة الاب لا ضرورة انتهى اذ لا شك ان الملتقط داخل في كلية قوله وكل من يعولها غيرها فلزم ان لا يملك قبض الهبة للصغيرة التي كانت في يده وعوله كما لا يخفى فتبصر

كتاب احياء الموات

قال جمهور الشراح مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز ان تكون من حيث ان في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل قولهم المذكور وهذا ليس بشيء لانه قل كتاب من الكتب يخلو عما يكره وما لا يكره انتهى اقول بل ما ذكره نفسه في الرد عليهم ليس بشيء لان ما ذكروا في ترتيب الكتب السابقة واللاحقة من المناسبات ملحوظة فيما ذكروا هنا من المناسبة بين هذا الكتاب عقيب كتاب الكراهية دون غيره اذ لو غير ذلك لفات بعض من المناسبات السابقة او اللاحقة وليكن هذا المعنى على ذكر منك فانه ينفعك في مواضع شتى قوله الموات ما لا ينتفع به من الارض لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة قال بعض الفضلاء هذا تعريف بالاعم لصدقه على ما له مالك معروف لكن لا ينتفع به لاحد الامور المذكورة ولك ان تقول هذا تفسير المعنى اللغوي انتهى اقول توجيهه الذي ذكره بقوله ولك ان تقول الخ ليس بتام فان قيد ان لا يكون له مالك معتبر في معناه اللغوي ايضا قال في الصحاح والموات بالفتح ما لا روح فيه والموات ايضا الارض التي لا مالك لها من الادميين ولا ينتفع بها احد انتهى وقال في القاموس والموات كغراب وكسحاب ما لا روح فيه وارض لا مالك لها انتهى فعلى تقدير ان يحمل ما في الكتاب على تفسير المعنى اللغوي تكون تفسيرا بالاعم ايضا لا يقال اصل المعنى اللغوي للموات ما لا روح فيه والذي ذكره في الصحاح والقاموس ثانيا هو معناه العرفي او الشرعي فلم يكن قيد ان لا يكون له مالك معتبرا في معناه اللغوي لانا نقول الظاهر المتبادر من ان يذكر معنى اللفظ في كتب اللغة بلا اضافة الى العرف او الشرع ان يكون ذلك المعنى معناه اللغوي سيما من قيد ايضا في قوله في الصحاح والموات ايضا الارض التي لا مالك لها وان لم يكن الامر كذلك فيما نحن فيه بل كان معناه اللغوي هو الذي ذكرا ولا فلا شك ان ما لا روح فيه اعم من الارض التي لا ينتفع بها بل من مطلق الارض فعلى تقدير ان يحمل ما في الكتاب على تعريف المعنى اللغوي يكون تعريفا بالاخص وهو ليس باقل قبحا من التعريف بالاعم وبهذا الذي ذكرنا يظهر انه يشكل ايضا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية في شرح هذا المقام حيث قالا قوله الموات ما لا ينتفع به

قال ابي حنيفة رح قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه وما رويناه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع وكانه مخصوص لوجوه
الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في سائر الغنائم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف
الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو
احياها ثم تركها وزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها

من الارض تحديد لغوي وزيد عليه في الشرع اشياء اخر بانها في قوله حما كان عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه
وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان في اقصى العامر فصاح لا يسمع صوته فموات انتهى تامل تقف **قوله** ولابي حنيفة قوله عليه السلام
ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به اقول لقائل ان يقول ان اعتبر عموم هذا الحديث يلزم ان لا يملك احد شيئا من الاملاك بغير اذن الامام
مع ظهور خلافه اذ لا شك ان كل احد يستبد في التملك بالبيع والاجارة والهبة والارث والوصية ونحوها من اسباب الملك من غير توقف على
اذن الامام وان لم يعتبر عمومه لا يتم المطلوب ههنا فان قلت عمومه غير معتبر بل هو مخصص بما يحتاج فيه الى راي الامام وما ذكرنا من اسباب الملك
لا يحتاج فيه الى راي الامام بخلاف ما نحن فيه قلت كون التملك فيما نحن فيه مما يحتاج فيه الى راي الامام اول المسئلة فيلزم المصادرة على المطلوب
قوله وما رويناه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع تقريره ان المشروعات على نوعين احدهما نصب الشرع والاخر اذن بالشرع فالاول
كقوله عليه السلام من قاء او رعف في صلوته فلينصرف والاخر كقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه اي للامام ولايته ان ياذن للغازي
بهذا القول وكان ذلك من النبي صلى الله عليه وسلم اذنا لقوم معينين وتحريضا على القتال لا نصب شرع فكذلك في يومنا هذا من قتل قتيلا
لا يكون سلبه له الا ان ياذن الامام به فيجوز ان يكون قوله عليه السلام من احيا ارضا ميتة فهي له من ذلك القبيل وحاصله ان ذلك الحديث
يحتمل التاويل وما ذكره ابو حنيفة رح مفسر لا يقبل التاويل فكان راجحا كذا في العناية وغيرها قال تاج الشريعة فان قلت ما رواه عام خص منه
الحطب والحشيش وما رويناه لم يخص فيكون العمل به اولى قلت ما ذكر لبيان انه لا يجوز الافتيات على راي الامام والحطب والحشيش لا يحتاج فيهما
الى راي الامام فلم يتناولهما عموم الحديث فلم يصر مخصوصا والارض بما يحتاج فيها الى راي الامام لانها صارت من الغنائم بايجاف الخيل والضباع
الركاب كسائر الاموال فكان ما قلنا اولى انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية اقول كل من السؤال والجواب ليس بسديد اما الاول فلان كون
ما رواه عاما خص منه الحطب والحشيش انما يقتضي كون العمل بما رويناه اولى لكونه مما لم يخص ان لو خص الحطب والحشيش بما رواه بكلام موصول
اذ يصير العام الذي خص منه البعض به ظنيا كما عرف في علم الاصول واما اذا خص الحطب والحشيش من ذلك بما هو مفصول عنه فلا يلزم
اولوية العمل بما رويناه اذ يصير العام مخصوصا في القدر الذي تناوله الخاص ويصير قطعيا في الباقي كسائر القطعيات كما تقرر في علم الاصول
ايضا ولا شك ان تخصيص الحطب والحشيش مما رواه ليس بكلام موصول به بل انما هو دليل اخر مفصول عنه واما الثاني فلان كون الارض
مطلقا مما يحتاج عنها الى راي الامام اول المسئلة لم يقل به الامامية في الارض الموات فبناء الجواب عليه يودي الى المصادرة فان قيل انما يودي
الى المصادرة لو لم يستدل عليه بقوله لانها صارت من الغنائم الى آخره قلنا كونها من الغنائم دليل آخر عقلي لابي حنيفة مذكور في الكتاب بعده
والكلام الآن في تمشية دليل النقلي فبالمصير الى ذلك الدليل العقلي ههنا يلزم خلط الدليلين ولا يخفى ما فيه **قوله**
ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز اقول في هذا التعليل شيء وهو انه سيجيء في الكتاب ان
المسلم والذمي مستويان في حكم احياء الارض الموات والتعليل المذكور انما يتمشى في حق المسلم دون الذمي فتامل

ولا احرج لا بل يكره لانه مسكت بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك ومن احيا ارضا ميتة فهو احق بها
عرابه الاربعة من ادبعة نفر على التعاقب فرجع ان طريق الاولى في الارض الموات تتعينه النظر فيه فقصدا الرابع اتال حقه قال فلكه الذي احياه ويملكه مسلكه ان كان سبب امراث
فلان عندنا ان ينفذه الى الامام من شرطه يستوي فيه كما ان سائر اسباب الملك حق الاستيلاء لا اصلنا قال ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره لان الترك
الى الاول كان لعمرو التحصيل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم يحصل يدفعه الى غيره تحصيلا للمقصود وكان التحجير ليس باحياء ليملكه بل كان الاحياء انما هو العمارة
والتعمير لا ما سمي به لانه كان التخلية بوضع الاحجار حوله او يعلمه بحجر غيره عن احيائه فيبقى غيره لك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس
لمتحجر بعد ثلث سنين حق ولانه انما تعلقه لا بد من زمان يرجع فيه الى وضعه وزمان يحتاج اموله فيه فتقدر بما يرجع الى ما يحتاج فقدناه بثلث سنين لان ما دونها من السنة لا يكاد
يكفي ذلك واذا لم يحصل بعد انقضائها فالظاهر انه تركها وتوانى عنه ديانة فاذا احياها غيره قبل مضي حاله الدرة ملكها لتحقيق الاحياء منه دون الاول فصار
كالاستيلاء فلا يكره ولو تحجر الحدث التحجير لكن بغير الحجر بان عرف حوله اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك او خضمها بالحشيش او الشوك وجعلها
حماء وجعل التراب عليها من غير ان يمنع الناس من الدخول او حضر بئرا ونزح ماءها او نزح ماء البئر في الاخير ورد الخبر ولو كرها وسقاها فهو تحجير له انه احياء ولو فعل لمن هما
يكون تحجيرا ولو حضر ابيا ماء ولم يسقها يكون تحجيرا وان كان سقاها ماء حضر الانهار لا يكون احياء لوجود الفعلين ولو حوطها او سقاها بالحيث لا يحصل الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا
بنى دارا قال ويكون الاحياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرح حصدهم لانهم يحتاجون حاجتهم اليها حقيقة او دلالة على ما بيناه فلا يكون مواتا لتعلق حقهم
بها بمنزلة الطريق والنهر فعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام شيئا من المسلمين عنه كالملك والآبار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا قال ومن حجر بلدا
لي بزيته فله حريمها ومعناه اذا حضر في ارض موات باذن الامام عنده او باذنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء قال فان كانت للعطن فحريمها
اربعون ذراعا لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله عطنها اربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل اربعون من كل الجوانب والصحيح انه من كل جانب

قوله والاصح ان الاول يتعين من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك
قال في العناية ولقائل ان يقول الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح واما على مذهب ابي حنيفة ففيه نظر لانه حمله على كونه اذنا لا شرعا
فكيف يصح الاستدلال به والجواب انه وان كان اذنا لكنه اذا اذن له الامام كان شرعا الا يرى ان من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه يملك
سلب من قتله انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه بحث فبينهما فرق لوجود دلالة التمليك في لفظ الامام ههنا بخلاف الاذن
في الاحياء فانه لا يلزم ان يكون بلفظ التمليك انتهى اقول الفرق الذي ذكره ليس بتام لان لام التمليك مذكورة في كل واحد من الحديثين الواردين
في المقامين فاذا كان كل منهما محمولا على الاذن فجعل وجود لفظ التمليك شرطا في اذن الامام في احد المقامين دون الآخر تحكم بحيث لم يسمع
ذلك من ائمة الشرع **قوله** ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره والاصل في ذلك ان المشايخ اختلفوا في كون
التحجير مفيدا للملك فمنهم من قال يفيد ملكا موقتا الى ثلث سنين ومنهم من قال لا يفيد وهو مختار المص اشار اليه بقوله هو الصحيح قيل وثمرة الخلاف
تظهر فيما اذا جاء انسان آخر قبل مضي ثلث سنين واحياه فانه ملكه على الاول ولم يملكه على الثاني ولم يملكه على الاول وجه الاول ما روي عن عمر رضي الله عنه ليس المتحجر
حق بعد ثلث سنين نفي الحق بعد ثلث سنين فيكون له الحق في ثلث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ما ذكره
في الكتاب والجواب عن استدلالهم ان ذلك مفهوم وليس بحجة كذا في العناية واورد عليه بعض الفضلاء واجاب حيث قال وانت خبير بان المص
استدل على الترك ثلث سنين بهذا الطريق وجوابه ان ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالاجماع انتهى اقول جوابه ليس بسديد اذ لو لم يكن ثبوت
الحق في ثلث سنين بالحديث بل بالاجماع كما قال المص وانما شرط ترك ثلث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلث سنين حق فان
حاصله الاستدلال بمفهوم الحديث المذكور على ثبوت حق المتحجر قبل ثلث سنين اذ هو المقتضي اشتراط ترك ثلث سنين ومدارها اورده على ان
استدلال المص بمفهوم ذلك الحديث ليس بتام لعدم كون المفهوم حجة عندنا فلا بد فيه الجواب المذكور **قوله** لان الدفع كان الى
الاول ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم يحصل يدفعه الى غيره تحصيلا للمقصود اقول لقائل ان يقول لو تم
هذا التعليل لاقتضى ان ياخذها الامام ويدفعها الى الغير بعد الاحياء ايضا اذا لم يزرعها ثلث سنين تحصيلا بمنفعة المسلمين من حيث العشر والخراج
وتخليصا لها عن التعطيل فان قلت يملكها الانسان بالاحياء ولا يملكها بمجرد التحجير بل يصير احق بالتصرف فيها من الغير والامام لا يقدر
ان يدفع مملوك احد الى غيره لانتفاع المسلمين ويقدر ان يدفع غير مملوك اليه لذلك قلت فح يلزم المصير
الى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله لان التحجير ليس باحياء ليملكه به فلا يكون التعليل الاول مفيدا للمدعى بدون الثاني
مع ان اسلوب تحريره يابى ذلك كما ترى **قوله** لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دلالة على ما بيناه قال عامة الشراح في حل هذا التعليل لتحقق حاجتهم
اليها حقيقة اي عند محمد رح او دلالة اي عند ابي يوسف رح وقال صاحب معراج الدراية بعد ذلك اراد بقوله على ما بيناه قوله ومحمد اعتبر انقطاع
ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة الخ واقتفى اثره صاحب العناية والشارح العيني اقول لم يصب هولاء الثلثة من الشراح في حلهم مراد المص

لان في الاراضي رخوة ويتحول الماء الى ما حفره وهنا وان كانت متفاوتة فحريمها ستون ذراعا وهذا عند ابي حنيفة واربعون ذراعا لهما وله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بير العطن اربعون ذراعا وحريم بير الناضح ستون ذراعا ولانه قد عم فيه الى ان يسير دابته للاستقاء وقد يطول الترشاء ببير العطن للاستقاء منه بيده فحدث الحاجة فلا بد من انتفاء ولما روينا من غير فصل الخاص المتفق على قبوله والعمل به اولى عند من الخاص المختلف في قبوله والعمل به لان القياس يأبى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به فيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه ويستقى منه الحلق الناضح وقد يستقى منه باليد ايضا والحاجة فيه الى زيادة مسافة قال وان كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين تحتاج للزراعة فلا بد من ضم بقعة فيه الماء من حيث يخرج فيه الماء من موضع خروجه الى الزراعة فلهذا يعود بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف لا لانه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن والذراع هو المسكة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في العين البير باذكرناه في اعينهم لصلابة بها واشار اضيا رخاوة فيزداد كيلا يتحول الماء الى ما حفره فيتعطل الانتفاع قال فحفرها وان يحفر في حريمها منه كيلا يؤدي الى تغيير حقه ولا اختلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم فله ولاية التمكن من الانتفاع به فليس لغيره ان يتصرف في ملكه فان احتفر آخر بيرا في حريم الاول لا يمنع الاول ان يطمه ويكبسه ويزرعه ولو لم يطمه اخذ الثاني فيه قيل له ان شئت فاطمه وكبسه لان الدالة جناية حقوقية كما في الكناسة يلقيها في ارض غيره فانه يؤخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه نفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في ادب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب في الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متعد لان له ذلك بالحكم فظاهر وكذا وان كان بغير اذنه عندهما والولي لابي حنيفة رح انه يجعل الحفر تحجيرا وهو سبيل منه بغير اذن الامام ان كان لا يملكه بدونه وما عطب في الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث ملك غيره

بقوله المزبور مجموع ما ذكره فيما مر بقوله والبعد عن القرية على ما قال شرطه ابو يوسف لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية انتهى اذ يصير قوله على ما بيناه ح ناظرا الى مجموع قوله لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دلالة فيحسن واما على ما ذكره هولاء الشراح فيصير المزبور ناظرا الى قوله لتحقق حاجتهم اليها حقيقة فقط ولا يخفى ما فيه من الركاكة اما اولا فلانه كان ينبغي اذ ذاك ان يقدم قوله على ما بيناه على قوله او دلالة كما لا يشتبه على ذي فطرة سليمة واما ثانيا فلانه يلزم ح ان تقتصر حوالة البيان على صورة حقيقة الحاجة اليها مع مرور بيان صورة دلالة الحاجة اليها ايضا وذلك مما لا ضرورة فيه بل لا وجه له قوله

لان في الاراضي رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها اقول كان الظاهر ان يقال فيتحول الماء بالفاء لان سبب تحول الماء الى ما حفر دونها انما هو رخوة الاراضي لا غير اذ لو كانت فيها صلابة لم يتحول الماء الى ما حفر دونها قطعا فلا بد من اداة التفريع ثم اقول لقائل ان يقول ان هذا التعليل تعليل في مقابلة النص لان قوله عليه الصلوة والسلام من حفر بيرا فله حريمها اربعون ذراعا ظاهر في كون الاربعين من كل الجوانب الاربعة على ان يكون من كل جانب عشرة اذرع كما صرح به في الكافي وخاتمة الشروح وقد تقرر في علم الاصول ان التعليل في مقابلة النص غير صحيح فكيف يتم الاستدلال بما ذكر على كون الصحيح انه من كل جانب ويمكن الجواب بان المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البير والضرر لا يندفع عنه بعشرة اذرع من كل فلو لم يكن اربعون من كل جانب لزم الحرج وهو مدفوع بالنص فكان هذا التعليل هو الاستدلال بالنص الدال على دفع الحرج وقد اكتفى فيه بما يدل على لزوم الضرر المؤدي الى الحرج ويرشد اليه تقرير صاحب الكافي ههنا حيث قال والصحيح ان المراد به اربعون ذراعا من كل جانب لان المقصود دفع الضرر عن صاحب البئر الاول لكيلا يحفر احد في حريمه بيرا اخرى فيتحول اليها ماء بئره وهذا الضرر لا يندفع بعشرة اذرع من كل جانب فان الاراضي تختلف صلابة ورخاوة فربما يجيء آخر فيحفر بئرا اخرى بقربه ويتحول ماء البير الاولى اليه فتتعطل عليه منفعة بيره وفي مقدار اربعين ذراعا من كل جانب يندفع هذا الضرر بيقين انتهى فتدبر قوله ولما روينا من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به يريد بقوله ما روينا قوله عليه السلام من حفر بيرا فله مما حولها اربعون ذراعا وبقوله من غير فصل اي من غير فصل بين العطن والناضح ويريد بالعام المتفق على قبوله والعمل به قوله عليه السلام من حفر بئرا فله حولها اربعون ذراعا وبقوله اولى عنده اي عند ابي حنيفة رحمه الله ويريد بالخاص المختلف في قبوله والعمل به حديث الزهري وهو قوله حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بير العطن اربعون ذراعا وحريم بير الناضح ستون ذراعا كذا في العناية وغيرها اقول هذا الدليل المذكور من قبل ابي حنيفة رح هنا منقوض بما اذا كانت البير عينا فان حريمها خمسمائة ذراع بالاجماع كما سيأتي مع ان ما رواه من قوله عليه السلام من حفر بيرا فله مما حولها اربعون ذراعا لا يفصل ذلك ايضا وان كون العام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به يقتضي ان يكون حريمها ايضا اربعين ذراعا عنده فليتامل في الفرق قوله ولان القياس يأبى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به فيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه يعني ان الحديثين اتفقا في الاربعين فتركنا القياس في هذا القدر وفيما وراء الاربعين تعارضا

وان حفر الثاني بئرا وراء حريم الاولى فان ماء البئر الاولى لا يتأذى عليه لانه غير متصل بعروقها والثاني الحريم من الجانب الاول للسبق ملك الحافر الاول فيه والقناة لها حريم لقوله عليه السلام
وحريم بئر الناضح مد عطنه البئر في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعند ابي حنيفة لا حريم لها اما الارض فلا تعتبر في الارض لانه غير في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الارض هو بمنزلة
حريم قارة فيعتبر حريمه خمسمائة ذراع والشيخ قدر ارض موات لها حريم ايضا حتى لو بكى الغير ان يغرس شجرا في حريمها لانه يحتاج الى حريم له يجد فيه ثمره ويصونه وهو حقه بخمسمائة ذراع
من كل جانب بدونه وفي الحديث قال ودائرة القرات اول جلة وعدل عنه الماء ويعود اليه لو حرم احياؤه لحاجة العامة الى تردد الدواب لعود اليه فهو كالموات

اذا لم يكن حريما للعامر لانه ليس بمحل لاحد قال فمن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة رح الا ان يقيم بينة على ذلك
وقالا له مسناة النهر حريمه عليه بالبناء عليه اطينه قيل هذه المسئلة بناء على ان من حفر نهرا في ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لان النهر لا يتم بدونه الا
الحريم لحاجته الى الشرب للسيل الماء ولا يمكنه المشي عادة في بطن النهر لان الانتفاع الطين ويمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحريم فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر لان القياس ما ذكره الا
وفي البئر عرفناه بالاثر والحاجة الى حريم غير فيها الى النهر لان الانتفاع بالماء النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الحاق وجه البناء ان
باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا بتعلق النهر والقول لصاحب اليد بعدم استحقاقه تستدم اليد الظاهرة فيشهد لصاحب الارض على ما نذكره انشاء الله تعالى وان كانت مسناة
مبنية فلهما ان الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به لان لا يملك صاحب الارض بقضيه وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى اما صورة لاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته
لغرس الزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه كما تبين تنازعا في مصب باب ليس في يد احدهما والمصراع الآخر معلق على باب احدهما يقضى للذي في يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه والقضاء
في موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما يستمسك الماء انما النزاع فيما وراءه مما لا يصلح للغرس على ان كان يستمسك به ماء نهره فالآخر دافع له الماء عن ضيعته والمانع من نفعه فعليه
حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط الرجل والآخر عليه جذوع لا يمكن من نفعه وان كان ملكه وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة ولآخر خلف المسناة ارض تنزرعها ولمالك المسناة
بناء احدهما في صاحب الارض عند ابي حنيفة رح وقالا هي لصاحب النهر حريما لملك طينه وغيره ذلك وقوله ولمالك المسناة في يدهما معناه ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين يلقى فيكشف
بهذا اللفظ هو ضم الخلاف اما اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحبه المشغل اولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدري من غرسه فهو من مواضع الخلاف الصنف

لان العام تقييد والخاص بينة فتساقطا فعملنا بالقياس كذا في شرح تاج الشريعة وغيره اقول فيه بحث لان المتعارضين من الدليلين انما يتساقطان
اذا لم يكن لاحدهما رجحان على الآخر واما اذا كان لاحدهما رجحان على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والامر فيما نحن فيه كذلك لان العام انما ينفي ما وراء الاربعين بطريق المفهوم
وهو غير معتبر عندنا واذا سلم انه يبقى ذلك بمنطوقه فانما ينفيه بطريق الاشارة والخاص يثبته بطريق العبارة وقد تقرر في علم الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارته عند
التعارض فلزم ان لا يسقط الخاص بل وجب العمل به وترك القياس لظهور ان ترك القياس في مقابلة النص قال تاج الشريعة فان قلت كيف يتعارضان وقد ذكر القول
في احدهما والاختلاف في الآخر قلت يعني به صورة المعارضة كما يقال اذا تعارض المشهور مع خبر الواحد ترجح المشهور وعدم التعارض معلوم انتهى واقتفى اثره صاحب العناية
والشارح العيني اقول الجواب ليس بصحيح اذ لو كان المراد بتعارضهما ههنا صورة التعارض التي لا تنافي رجحان احدهما على الآخر لما تم قول
المص وفيما تعارضا فيه حفظناه ولما صح قولهم في شرح ذلك وفيما وراء الاربعين تعارضا فتساقطا فعملنا بالقياس اذ التساقط والعمل بالقياس
انما يتصور في حقيقة التعارض بان يتساويا في القوة ولم يوجد المخلص واما في صورة التعارض مع رجحان احدهما على الآخر فيجب العمل بالراجح
وترك الآخر والقياس وقد عرف ذلك كله في اصول الفقه ثم اقول الظاهر في الجواب ان يقال مدار هذا الدليل على التنزل عما ذكر في الدليل
السابق من كون العام المتفق على قبوله اولى من الخاص المتفق في قبوله يعني لو سلم عدم رجحان احدهما على الآخر ونساقطهما فيما تعارضا فيه
وهو ما وراء الاربعين حفظنا القياس فيه وهو يكفينا فيما نحن فيه تامل ترشد قوله ولانه قد يستقى من بير العطن بالناضح ومن بير الناضح باليد ساقطة
الحاجة فيهما اقول هذا التعليل ضعيف جدا لانهم صرحوا بان المراد من بئر العطن ما يستقى منه باليد ومن بير الناضح ما يستقى منه بالبهيمة فكيف يتم ان
يقال قد يستقى من بير العطن بالناضح ومن بير الناضح باليد ولئن سلم ذلك فهو على الندرة فكيف يتم ان يقال فاستوت الحاجة فيهما
قوله وقيل ان التقدير من البئر والعين بما ذكرناه في اراضيهم لصلاحيته بها وفي اراضيهم ارخاوة فيراد كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول
اقول فيه اشكال اذ المقادير مما لا مدخل فيه للرأي اصلا وانما مداره النص من الشارع كما صرحوا به واتفقوا عليه والذي ثبت بالنص
فيما نحن فيه ما ذكر فيما قبل لا غير فتقدير الزيادة عليه خلا بالرأي فيما هو من المقادير وهو لا يجوز فليتامل في الدفع قوله وما عطب في الثانية
ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره اقول في التعليل قصور لانه لا يتمشى فيما اذا حفر الاول بغير اذن الامام على اصل ابي حنيفة
فانه يجعل الحفر هناك تحجيرا كما مر انفا وبمجرد التحجير لا تصير البئر الاولى ولا حريمها ملكا للمحجر فلا يصدق هناك على اصله ان يقال ان الثاني حفر في
ملك غيره فالاولى في التعليل ان يقال لانه متعد فيه حيث حفر في حق غيره اذ لا شك ان الحق يثبت بالتحجير كما يثبت بالاحياء ولهذا لا يقدر
الامام ان ياخذها من يد المحجر ويدفعها الى غيره الا اذا حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين كما مر فتمشى التعليل بهذا الوجه في الصورة المذكورة
ايضا على اصل ايمتنا الثلثة جميعا قوله وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى صورة لاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة
قال صاحب العناية وقوله صورة لاستوائهما يشير الى ان الخلاف فيما اذا لم يكن المسناة مرتفعة على الارض فاما اذا كانت المسناة ارفع
من الارض فهي لصاحب النهر لان الظاهر ان ارتفاعه لا لعاطيه انتهى وتبعه العيني اقول ليس هذا الشرح سديدا لان الاشارة

ثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عندهما وعند ابي يوسف لصاحب النهر اما القاء الطين فقيل ينبغي الخلاف وقيل ان لصاحب النهر قولا واحدا وتقدم قيل ينبغي لصاحب النهر عنده وقيل لا يمنع عنده قال الفقيه ابو جعفر احمد نقول له في الغرس وبقولهما في القاء الطين قوم عن ابي يوسف ان حريمه مقدر بنصف بطن النهر من كل جانب وعن محمد مقدر بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس

فصول في مسائل الشرب

فصل في المياه اذا كان رجل محرزا ودنا فليس له ان يمنع مسلما من الشرب والسقي لدوابه ومواشيه ولا يمنع مسلما من الجيران الكلأ والعدد التي لا تسقى ان من دون ان يمنع غيرهما الى ان ينتهي ذلك الى الانتفاع بالشرب والانتفاع بالماء بالشرب في الهواء فلا يمنعون من الانتفاع به على اي نحو شاؤا والثاني ماء الاودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات فيمنع الشفة الا حلالا وفي سقي الارض بان جعله احق رقبا صبية وكذا منه نهرا للسقي ان كان لا يضر العامة لا يكون النهر ملك احد الا اذا صار حاجة الاصل ثم لماء غيره وان كان يضر العامة فليس له ذلك لان دفع الضرر واجب ثابت ذلك ان يسيل الماء الى هذه الجداول اذا انكسرت سيقته ثم في القرى الارض وعلى هذا يفهم النبي عليه لان شق النهر لرحى كشفه لسقي به الثالث اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت لاهل منه ولد عليه السلام الناس شركاء في ثلث في الماء الكلأ والنار وانه يقسم الشرب حتى يبلغ الاول في اتيانه وهو الشفة ولان البدن يحتاج اليه ولا يملك المباح بل هو كالهواء اذا انكسر ارضه ولان في القاء الشفة ضرر لان الانسان يحتاج الى الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه نفسه وظهره فاوضح عنه فيفضي الى حرج عظيم فان اراد رجل ان يسقي ارضا احياها كالاهل الانهار منصوبة منه اضر بهم ويرفقه لانه حق خاص لهم لانه ربما كانوا لو انقطعت منفعة الشرب الرابع الماء المحرز في الاواني اذا صار مملوكا له بالاحراز وانقطع عن فلاة منه كما في البيد الى اخره الا انه يقتبس منه شبهة الشركة تعلق الدليل وهو ما روينا حتى لو سرق انسان في موضع يقدر وجوده وهو يساوي نصابا لم تقطع يده ولو كان الدليل والعين والحرز ثلاثة حل له ان يمنع من يريد الشفة من الحل تملكه اذا كان عين ماء اخر غير من الماء غير مشتبه ان يحل لصاحب النهر ان يمنع الشفة او يتركه باخذه بشرط ان يتركه لها ولا يمنع هذا موزي عن ابي حنيفة وقيل الرحيم اذا اضر بها في ارض مباحات لبيس له ان يمنعه لان الاوان كالمشترك والحرز احياء حق مشترك فلا يقطع الشركة والشفة ولو منعه عن ذلك وهو على نفسه او ظهره العطش له ان يخاصمه ولا يدخل عليهم حقه وهو الشفة والماء في البدن ساحر غير مرئي بخلاف الماء حيث يقاتل بغير السلاح لانه قد تملكه وكذلك الطعام عند ابي حنيفة خصه قيل البدر وهو الاولى ان يقاتل بغير سلاح حتى لو ترك صوصية تقام ذلك مقام الشرب لضرر الشفة اذا كان باقي على الاعلى كان حقوقا وتمام من الابل الوسيط كثرة ينقطع الماء شيئا فشيئا قيل منه من الابل لا يرد هاني كل وقت فيضر اراكا لمسا وتهرب فتنة الشرب من ان يحتمل اعلى لسبق المزارع المشتري اذا كان بالماء منه لو تموه وغسل الثياب الصحيحان لا ضرر لا تموه والغسل به كما قيل لو دي الحرج وهو عزم واذا دان يستبح حقه في داره حملا حرارة لهذا لك في الاية لان الناس شركاء في ثلث وبيد ان المنهر الدناة وليس ان يسقي ارضه وغيره ويترك من غيره الرجل بدوه وقناته الا باذنه فقط وله ان يمنعه لان الماء صح دخل القاسم التفاوت كشركة الشرب بواحد لان الاقامة تطرب صاحبه لا ناس حتى ماء الفقه ولا يكاد حقه للكلية التسيل فيه ولا حق نفقة فان اذن له جهة ذلك واعاره فلا بأس لانه حقه غير اثبات الاباحة كالماء المحرز في اناءه

الى ما ذكره انما يتصوران لو كان المراد باستواءهما في قوله صورة لاستواءهما في الارتفاع والانخفاض اي الاستواء المكاني ولا يذهب على ذي مسكة ان المراد بذلك انما هو الاستواء في الحقيقة الارضية كيف لا والاستواء بمعنى الاول قد تحقق بين النهر والحريم ايضا كما لا يخفى عليك فلو كان المراد ذلك لاختل التعليل المذكور تبصر **قوله** وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر قال بعض الفضلاء فيه بحث اذ لما يظهر كون ما ذكره ثمرة لما تقدمه بل لا يبعد ان يدعى العكس انتهى اقول لا وجه لكلامه هذا اصلا فانه لما لم يكن لصاحب النهر حريم عنده بل كان طرفا النهر لصاحب الارض وكان لصاحب النهر حريم عندهما ظهر منه ان ولاية الغرس في مقدار ذلك الحريم لصاحب الارض عنده ولصاحب النهر عندهما اذ لا شك ان ولاية الغرس في موضع ان يستحق ذلك الموضع وهذا مما لا ستره به وكيف خفي على مثل ذلك القائل

فصول في مسائل الشرب

فصل في المياه لما فرغ من ذكر احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء كذا في الشروح اقول يرد على ظاهره ان يقال اذا كان الشرب مما يحتاج اليه احياء الموات كان اللائق تقديم مسائل الشرب على مسائل احياء الموات على عكس ما في الكتاب والجواب ان احياء الموات لاصالته وكثرة فروعه كما يدل عليه ترجمة الكتاب به في العنوان يستحق التقديم لا محالة وانما مقصود الشراح ههنا بيان وجه تذييله بمسائل الشرب لتحقق المناسبة والتعليق بينهما من جهة احتياج احدهما على الاخر دون بيان الترتيب بينهما فيتم المطلوب بما ذكروه **قوله** الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرق انسان في موضع يقدر وجوده وهو يساوي نصابا لم تقطع يده واعترض عليه بانه على هذا ينبغي ان لا يقطع في الاشياء كلها لان قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يورث الشبهة بهذا الطريق واجيب بان العمل بالحديث يوافق العمل بقوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا ولا يلزم بالعمل به ابطال الكتاب بخلاف قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض فان العمل به على الاطلاق يبطل قوله تعالى الزانية والزاني والسارق والسارقة وغير ذلك فدل على ان المراد غيره ما دل عليه الخصوصات كذا في العناية اقول في هذا الجواب نظر لانه وان لم يلزم بالعمل بالحديث المذكور على الاطلاق ابطال دليل شرعي اخر بانهم حكموا بان الماء المحرز في الاواني يصير مملوكا بالاحراز وينقطع حق الغير عنه وهذا حكم شرعي لا بد له من دليل شرعي لا محالة فلو عملنا بالحديث المذكور على الاطلاق لزم ابطال ذلك الدليل الشرعي الدال على ان الماء المحرز في الاواني ملك خاص لمن احرزه لا شركة فيه لغيره من الناس فدل على ان المراد بالحديث المذكور غير ما دل عليه خصوص الدليل الشرعي الدال على ان الماء المحرز في الاواني ملك مخصوص لمحرزه كما قيل في الاية المذكورة فينبغي ان لا يورث شبهة فيما لو سرق انسان ماء محرزا في الاواني كما لا تورثها الاية المذكورة فالحق في الجواب عن ذلك الاعتراض ما ذكره تاج الشريعة حيث قال فان قلت فعلى هذا ينبغي ان لا يقطع السارق نظرا الى قوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا قلت مقابلة الجمع بالجمع يقتضي انقسام الاحاد كما في قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ولا يجوز الزائد على الاربع فكذا معنى الاية والله اعلم خلق لكل احد

فصل في كرى الانهار قال رضي الله عنه الانهار ثلثة نهر غير مملوك لاحد لم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات وجيحون ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثاني للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن في بيت المال شيء فالامام يجبر الناس على كريه احياء للمصلحة العامة اذ هم لا يتمولونها بانفسهم وفي مثله قال عمر رضي الله عنه لو تركتم بعض اولادكم الا انه يخرج له من كان بطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الثاني فكريه على اهله لا على بيت المال لان الخراج لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخاص من اهل الخصوص يجبر على كريه دفعا لضرر العام وضرر بقية الشركاء ومن لا يطيق خاص بما يليه عن ملكه فلا يعارض به ولو اراد ان يحقنه حنيفة الانثان وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطريق يجبر الاباء والاخلاء لانه موهوم بخلاف الكرى لانه معلوم واما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على اهله لما بينا ثم قيل يجبر الاباء كما في الثاني وقيل لا يجبر لان كل واحد من الفريقين خاص وبمن دفعه عنهم بالرجوع على الاباء بما انفقوا فيه اذا كان بامر القاضي فاسترت الحنبتان بخلاف ما تقدم ولا يجبر على الشفة كما اذا امتنعوا وموته كريه النهر المشترك عليهم من اعلاه فاذا جاوز ارض رجل فرفع عنه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا عليهم جميعا من له الى آخره بحصص الشرب والارضين لان لصاحب الاعلى حقا في اسفل لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه ولان المقصود من الكرى الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه لبيده من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرنا وقيل اذا جاوز قرية ظهره وهو مروي عن محمد رح والاول اصح لان له ولاية في اتخاذ الوهدة من اعلاه واسفله فاذا جاوز الكرى ارضه حتى سقط عنه مؤنته قيل لهان يفتح الماء ليستقي ارضه لانتهاء الكرى في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم تفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه وليس على اهل الشفة من الكرى شيء لانهم لا يصرفونه الى زراعة **فصل** الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

منكم ما وقع في يده لاكل الاشياء وانحن فيه اثبت الحديث الشركة للناس عاما. انتهى

فصل في كرى الانهار قال جماعة من الشراح لما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج الى ذكر مؤنة كرى الانهار التي كان الشرب منها ولكن لما كانت مؤنة الكرى امرا زائدا على النهر اذ النهر يوجد بدون مؤنة الكرى كالنهر العام اخر ذكره انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان المص لم يفرغ من ذكر مسائل الشرب بل هو في اثناء ذكر مسائلها بعد كيف وقد قال فيما قبل فصول في مسائل الشرب وهو الان شرع في الفصل الثاني من تلك الفصول واما ثانيا فلان النهر العام ايضا لا يوجد بدون مؤنة الكرى بل له مؤنة من بيت مال المسلمين كما صرح به المص فيما بعد حيث قال فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فيكون مؤنته عليهم لا يقال مرادهم ان النهر العام يوجد بدون مؤنة الكرى على اهله لا انه يوجد بدونها مطلقا ليشير اليه قول المص فيما بعد واما الثاني فكريه على اهله لا على بيت المال فلا يضرهم وجوب مؤنة النهر العام على السلطان لانا نقول مؤنة النهر العام وان كانت على السلطان في الظاهر حيث كان صرفها من يده الا انها في الحقيقة على اهلها ايضا وهم عامة المسلمين يرشد اليه المص لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم في تعليل قوله فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين ولئن سلم ان مؤنة النهر العام على السلطان نفسه فلا يجدي نفعا ايضا اذ لا يلزم ح ان يوجد النهر بدون مؤنة الكرى مطلقا فلا يثبت كون مؤنة الكرى امرا زائدا على النهر فلا يتم وجه التاخير الذي ذكروه ههنا ثم اقول ما ذكروه ههنا مع كونه غير تام في نفسه مستغنى عنه بالكلية بما ذكروه من قبل عند قول المص فصول في مسائل الشرب فصل في المياه فانهم قالوا هناك لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء انتهى فتامل قوله

وله ان المقصود من الكرى الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره قال صاحب النهاية والصواب نفع غيره لان الانتفاع في معنى النفع غير مسموع كذا وجدت بخط الامام تاج الدين المزيوجي الى هنا كلامه واقتفى اثره جماعة من الشراح ولم يزيدوا على ذلك شيئا وقال صاحب الغاية استعمل الانتفاع في معنى النفع وهو ضد الضر ولم يسمع ذلك في قوانين اللغة وجا ارجعته في لغة بديل بمعنى رجعته ويجوز على قياسه انفعته بمعنى نفعته ولكن اللغة لا تصح بالقياس ويجوز ان يكون ذلك سهوا من الكتاب بان يكون في الاصل انتفاع غيره من باب الافتقار انتهى كلامه وقال الشارح العيني بعد نقل كلام هولاء الشراح على الترتيب المذكور قلت لا يلزم ان تكون الهمزة ههنا للتعدية لكون النفع متعديا بدون الهمزة بل يجوز ان تكون للتعريض من باب ابعته فان باع متعد ولما قصدوا منه التعريض ادخلوا الهمزة عليه على قصد ان يكون المفعول معرضا لاصل الفعل فان معنى ابعته عرضته للبيع وجعلته منتسبا اليه وكذلك ههنا يكون المعنى فلا يلزمه ان يحمل غيره معرضا للنفع ولا منتسبا اليه انتهى اقول ليس هذا الشيء اذ ماله ايضا اثبات اللغة بالقياس وهو غير صحيح على ما صرحوا به ولو صح ذلك لكان قياس ما في الكتاب على ارجعته بمعنى رجعه اولى واحسن من قياسه على ابعته بمعنى عرضه للبيع كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه لما قرب الفراغ عن بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب

ويصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى واذا كان
نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك على حاله لانه مستعمل له باجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول قوله فان تركه بلا
دعوى يكون باريا فعليه البينة ان هذا النهر له او انه قديم كان له مجراه في هذا النهر سوقا الى ارضه ليسقيها فيقضى له بانباته بالحجة ملكا له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب
ادعى سيل الميزاب او التمشي في دار غيره فحكمه الاختلاف فيها نظيره في الشرب اذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود الانتفاع
بسقيها فيقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد فان كان لاحدهم شرب لم يكن له ذلك لما
فيه من ابطال حق الباقين لكنه يشرب بحصته فان تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لانه لا حق لهم الا في ذلك
تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكسر به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحدهم ان يكري منه نهرا او ينصب عليه رحى الا برضاء اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل
موضع مشترك بالبناء الا ان يكون رحى لا يضر بالنهر لا بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه لا ضرر في حق غيره وصحح الضرر بالنهر بانباته من كسر ضفته
وبالماء ان يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والثانية والسابعة نظير الرحى لا يتخذ عليه جسر لا تنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم فلصاحبها اذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم
فاراد ان يقطر عليه ليتوسق منه ذلك او كان قنطرا مستوثقا فاراد ان يفتحه ذلك لا يزيد ذلك لانه تصرف في خالص ملكه ضمانا ورفعا ولا ضرر بالشركاء
باخذ زيادة الماء ويمنعهم ان يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا اذا اراد ان يوسع فمها عن فم
النهر ليجعلها في ربعه اذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيها وكذا اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة
وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت بالقسمة تعيت بالكوى فاراد احدهما ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لنظر الحق
فيه ولكان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشرب خاصة حيث اذا كان الكوى في نهر لا غير من كل منهم ان يزيد فيه بناء فكذا يزيد الكوى والله اعلم

قوله ويصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد تباع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح
فيه الدعوى قال في المبسوط ينبغي في القياس ان لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعي في الدعوى والشهادة والشرب
مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب كذا في العناية وغيرها اقول فيه اشكال لان ما ذكره في الكتاب لا يدفع
ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط اذ لا شك ان المشروط انتفى بانتفاء الشرط فاذا انتفى الاعلام الذي هو شرط صحة الدعوى في
دعوى الشرب لجهالته جهالة لا تقبل الاعلام انتفى صحة الدعوى الشرب قطعا فلا يتصور صحة دعواه بما ذكره في الكتاب من كونه مملوكا بدون
الارض ارثا وباقيا بعد بيع الارض ومرغوبا فيه والا يلزم ان يتحقق المشروط بدون ان يتحقق الشرط فكيف يصلح ما ذكره في الكتاب ان يكون
وجه الاستحسان في مقابلة ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط على ان ما ذكره في الكتاب لو كان مصححا لدعوى الشرب مع جهالته لكان
مصححا لدعوى غيره ايضا من الاعيان المجهولة مع كونها باطلة قطعا نعم يصلح ما ذكر في الكتاب ان يكون وجه الاستحسان في مقابلة وجه
آخر للقياس مذكور ايضا في المبسوط ومنقول عنه ايضا في النهاية ومعراج الدراية وهو ان المدعي يطلب من القاضي ان يقضي له بالملك
فيما يدعيه اذا ثبتت دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التمليك بغير ارض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى كالخمر في حق المسلمين فان ما ذكر في الكتاب
يدفع هذا الوجه ويصير جوابا عنه على وجه الاستحسان تامل تفهم ثم اقول الوجه الاول من ذينك الوجهين للقياس في مسئلتنا هذه وان كان مذكورا
في المبسوط والكافي وكثير من شروح هذا الكتاب بطريق النقل عن المبسوط في بعضها وبطريق الاصالة في البعض الا انه منظور فيه عندي لانهم
ان اراد واالقولهم في ذلك الوجه والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام فهم ان الشرب مطلقا مجهول جهالة لا تقبل الاعلام فهو ممنوع فانه اذا ادعى
شرب يوم في الشهر مثلا ليصير الشرب هناك معلوما نص عليه في الاصل فانه قال في باب الشهادات في الشرب من الاصل واذا كان
نهر لرجل في ارضه فادعى رجل فيه شرب يوم في الشهر واقام على ذلك شاهدين عدلين تقبل هذه الشهادة ويقضى له بذلك استحسانا
لانها شهادة قامت على شرب معلوم من غير ارض والشهادة على الشرب من غير ارض مقبولة اذا كان الشرب معلوما والشرب
معلوم لانهم شهدوا له بشرب يوم من ثلثين يوما وهو معلوم الى هنا لفظ الاصل وان اراد وا بذلك ان الشرب قد يكون مجهولا
فهو مسلم ولكن لا يجدي شيئا فيما نحن فيه اذ لا شك ان المراد بصحة دعوى الشرب بغير ارض استحسانا في مسئلتنا هذه صحة دعوى الشرب
المعلوم فان دعوى الشرب المجهول والشهادة عليه لا تصح اصلا نص عليه في الاصل ايضا فانه قال فيه وان شهدوا ان له شربا يوم
ولم يسموا عدد الايام لا تقبل هذه الشهادة لانهم شهدوا بشرب مجهول لا يمكن القضاء به لانه لا يدري ان له شرب يوم من الشهر او من
السنة او من الاسبوع وجهالة المشهود به تمنع قبول الشهادة لانه يمكن القضاء بها انتهى **قوله** فان لم يكن في يده قال في العناية والنهاية
يعني بان لم يكن مستعملا باجرائه فيه او لم تكن اشجاره في طرفي النهر انتهى اقول في المعنى الاول خلل اذ لا يخفى على الفطن انه على تقدير ان
يكون مراد المص بقوله فان لم يكن في يده هو المعنى الاول اي بان لم يكن مستعملا باجراء مائه فيه يلزم ان يلغو قوله ولم يكن جاريا اذ يكون

وليس لاحد من الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك شرب لانه اذا تقادم العهد يستدل به على انه حقه كذا اذا اراد ان يسقي نوبته في ارضه
اولى حتى يسقي الارض الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان يسقي الاخرى هو نظير طريق مشترك اذا اراد احدهم
ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق ولو اراد الاجنبي من الشريكين في النهر الخاص فيه كوى ليتهما ان يسد
بعضها دفعا لفيض الماء عن ارضه كيلا تتردى ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر وكذا اذا اراد ان يقتسم الشرب مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى تقاسم
الا ان يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك وكذا لورثته من بعده لانه اعارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة
والشرب مما يورث ويوصى به بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا يجوز العقود اما للجهالة او للغرر او لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع
حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشيء من العقود ولا يملك الشرب دون صاحبه بعد موته
بدون ارضه كما في حال حياته وكيف يصنع الايام الا صبهان يضم الى ارضه لا شرب لها فيبيعهما باذن صاحبهما ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب
وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت ارضا بغير شرب ثم يضم الشرب اليها وباعهما فيصرف
الثمن الى ثمن الارض الفاضل الى قضاء الدين واذا سقى الرجل ارضه او حمامها ماء اي ملأها فسال من ماء في ارض رجل فغرقها او نزت ارضه من هذا الماء ولم يكن عليه ضمانها لانه غير متعد فيه والله اعلم

كتاب الاشربة

عدم الجريان ح سند رجا في مضمون قوله فان لم يكن في يده فيكون قوله ولم يكن جاريا مستدركا محضا فالوجه هو المعنى الثاني وهو ان لم يكن
اشجاره في طرفي النهر فان كون اشجاره في طرفي النهر علامة ان يكون هذا النهر له وجريان مائه فيه علامة ان يكون له مجراه في هذا النهر فيكون قوله
فان لم يكن في يده اشارة الى انتفاء العلامة الاولى وقوله ولم يكن جاريا اشارة الى انتفاء العلامة الثانية ويصير معنى مجموع كلامه فان
لم يوجد شيء من العلامتين فعلى المدعي البينة ان هذا النهر له او انه كان له مجراه في هذا النهر فينتظم السياق واللحاق كما ترى لا يقال يجوز ان يكون
مراد صاحبي العناية والنهاية تفسير مجموع قول المص فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا على ان يكون قولهما بان لم يكن مستعملا باجرا ما فيه
ناظرا الى قوله ولم يكن جاريا وان يكون قولهما او لم يكن اشجاره في طرفي النهر ناظرا الى قوله فان لم يكن في يده على طريقة اللف والنشر الغير
المرتب لانا نقول مع كون اللف والنشر الغير المرتب في مثل هذا المقام من قبيل الالغاز في الكلام لا يستقيم كلمة او في قولهما او لم يكن
اشجاره في طرفي النهر فانها لاحد الامرين فيلزم بان يكون معنى كلام المص فان انتفت احدى العلامتين فعليه البينة وليس بصحيح فانه اذا
انتفت احداهما ووجدت اخرى منهما لا يجب عليه البينة ولهذا قال المص ولم يكن جاريا بكلمة او اشارة الى انتفائهما معا قوله والشرب
مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث لا يجوز العقود اما للجهالة او للغرر او لانه ليس بمال متقوم
حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره ذكر المص في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع ان الشرب يجوز تبعا للارض باتفاق الروايات
ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حط من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب انتهى فتوهم
بعضهم ان قوله هنا حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره يناقض قوله هناك ولهذا يضمن بالاتلاف مناقضة ظاهرة اقول ليس ذلك بشيء
لان بناء كلامه في المقامين على الروايتين فما ذكره هنا على رواية الاصل وهو مختار شيخ الاسلام خواهر زاده وما ذكره هناك على ما قاله
الامام فخر الاسلام البزدوي وقد افصح عنه صاحب الخلاصة حيث قال رجل له نوبة ما في يوم معين من الاسبوع فجاء رجل فسقى ارضه في
نوبته ذكر الامام علي البزدوي ان غاصب الماء يكون ضامنا وذكر في الاصل انه لا يكون ضامنا ثم قال وفي فتاوى الصغرى رجل اتلف
شرب رجل بان يسقي ارضه بشرب غيره قال الامام البزدوي ضمن وقال الامام خواهر زاده لا يضمن وعليه الفتوى انتهى وافصح عنه
صاحب الكافي ايضا هنا حيث قال حتى لو اتلف شرب انسان بان يسقي ارضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل وان اختار
فخر الاسلام انه يضمن انتهى

كتاب الاشربة

قال جمهور الشراح ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقصد بعض الفضلاء ان مرادهم بعرق واحد لفظا ومعنى فقال
العرق اللفظي ظاهر وهو الشرب مصدر شرب والعرق المعنوي لعلة الارض فان كلا منهما يخرج منه اما بالواسطة او بدونها انتهى اقول
لعل مرادهم بالعرق المعنوي هنا على الارض بناء على خروج الشرب منها بالذات وخروج الاشربة منها بالواسطة تعسف جدا لا تقبله

سمى بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال لا تشرب الحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلا اما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع احدها في بيان ماهيتها وهي التي من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل اللغة واهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر ولقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر

النظر في السابقة والصواب ان مرادهم بالعرق المعنوي هنا هو معنى لفظ الشرب الذي هو مصدر شرب فان كلا منهما يشتق من ذلك المصدر ولا يبقى الاشتقاق من المناسب بين المشتق والمشتق منه في اللفظ والمعنى وههنا ايضا كذلك وهذا معنى كونهما شعبتي عرق واحد لفظا ومعنى ويرشد اليه ما ذكر في غاية البيان حيث قال ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق وهو اشتراك اللفظين في المعنى الاصلي والحروف الاصول انتهى ثم ان من محاسن ذكر الاشربة بيان حرمتها اذ لا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر انعامه فان قيل ما بال حل للامم السابقة مع احتياجهم ايضا الى العقل اجيب بان السكر حرام في جميع الاديان وحرم شرب القليل من الخمر علينا كرامة لنا من الله تعالى ليكلفنا في الخطور بان يدعو شرب القليل منها الى شرب الكثير ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل فلا حرمت علينا ابتداء والداعي المذكور الموجود اجيب اما بان الشهادة بالخيرية لم تكن اذ ذاك واما لتدريج النصارى لئلا ينفر من الاسلام كذا في العناية اقول في كل من وجهي الجواب الثاني نظر اما في وجه الاول فلان الشهادة بالخيرية وان لم تكن في ابتداء الاسلام الا ان نفس خيرية هذه الامة كانت في الابتداء والانتهاء كما لا يخفى على احد وهي كافية في الكراهة فلا تتم التقريب واما في وجه الثاني فلان نفرة النصارى بالخمر اي المعتاد بها من الاسلام بتحريم الخمر يوجد بتحريمها في اي وقت كان فانها اذا لم تحرم في ابتداء الاسلام كان النصارى بها على حاله في ابتداء الاسلام ايضا فاذا حرم بعد ذلك لزم ان ينفر عنه على مقتضى صعوبة ترك المعتاد وايضا احتمال كون الاعتياد بحيث باعثا على التنفر عن الاسلام عند النهي عن تعاطي ذلك الخبيث متحقق في كثير من المنكرات التي نهي عنها في ابتداء الاسلام مع انه لم يعتبر ذلك في مقابلة ظهور شرف الاسلام فههنا ايضا ينبغي ان يكون كذلك فالوجه الوجيه في الجواب عن السؤال الثاني ما ذكره صاحب النهاية حيث قال فان قيل بلا حرمت الخمر في ابتداء الاسلام مع وجود هذه الحكمة قلنا اباح الله تعالى في ابتداء الاسلام لمعاينة الفساد في الخمر حتى اذا حرم عليهم عرضوا منه الحق لديهم وليس الخبر كالمعاينة انتهى **قوله** سمى بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها يعني سمى هذا الكتاب بالاشربة اي اضيف اليها والحال ان الاشربة جمع شراب وهي اسم في اللغة لكل ما يشرب من المائعات سواء كان حراما او حلالا وفي استعمال اهل الشرع اسم لما هو حرام منه وكان مسكرا لما فيه اي وهذا الكتاب في بيان حكمها اي حكم الاشربة كما سمي كتاب الحدود لما فيه من بيان حكم الحدود وكما سمي كتاب البيوع لما فيه من بيان حكم البيوع هذا زبدة ما ذكره ههنا في جملة الشروح والكافي مع نوع زيادة في حل الالفاظ قال بعض الفضلاء في تفسير قوله من بيان حكمها اي بيان حكم انواعها وقال ولعل ذلك تمهيد العذر بعنوانه الكتاب بصيغة الجمع يعني انما عنون بها لان فيه بيان احكام انواعها كما في البيوع او لاضافة الكتاب الى الاعيان والفقه مبحث عن افعال المكلفين فهو ان الحكم وهو الحرمة ههنا وصف للاعيان للافعال فلذلك عنون ويعلم منه حال الافعال والتفصيل في كتب الاصول خصوصا التلويح في اوائل القسم الثاني الى هنا كلامه اقول ليس لتوجيهه الذي ذكره لاضافة الكتاب الى الاعيان معنى محصل لانه ان اراد ان الحكم وهو الحرمة ههنا وصف للاعيان حقيقة لا للافعال فهو ممنوع اذ قد تقرر في كتب الاصول سيما في التلويح في اوائل القسم الثاني

وقولنا انہ اسم خاص باطباق اہل اللغۃ فیما ذکرناہ لہذا اشتہر استعمالہ فیہ فی غیرہ وکحرمۃ الخمر قطعیۃ وہی فی غیرہا ظنیۃ

ان اضافۃ الحل والحرمۃ الی الاعیان کحرمۃ المیتۃ والخمر والامہات ونحو ذلک مجاز عند کثیر من المحققین من باب اطلاق اسم المحل علی الحال وہو مبنی علی حذف المضاف ای حرم اکل المیتۃ وشرب الخمر ونکاح الامہات لدلالۃ العقل علی الحذف والمقصود الاظہر علی تعیین المحذوف واما عند بعضہم وان کانت اضافۃ الحل والحرمۃ الی الاعیان حقیقۃ لوجہین مفصلین فی محلہ الا ان کون اضافتہا الی الافعال حقیقۃ مما لم ینکرہ احد قط بل من یقول بکون اضافتہا الی الاعیان حقیقۃ انما یقیس اضافتہا الی الاعیان علی اضافتہا الی الافعال فی کونہا حقیقۃ ولیستمد بذلک فی توجیہ مذہبہ فلا مجال للقول بان الحرمۃ وصف للاعیان حقیقۃ لا للافعال علی کلا المذہبین وان اراد ان الحرمۃ ہہنا وصف للاعیان مجازا للافعال لا یتم قولہ فلذلک عنون بالاعیان لان کون الحرمۃ وصفا للاعیان مجازا لا یقتضی ان یعنون الکتاب بالاعیان بل رعایۃ جانب الحقیقۃ فی العنوان اولی واحسن بلا ریب فکان الذی ینبغی ان یعنون بالفعل بان یقال کتاب شرب الاشربۃ حتی یراعی کون الفقہ باحثا عن افعال المکلفین بلا کلفۃ ان یقال ویعلم منہ حال الافعال وبالجملۃ توجیہ المذکور لیس بتام علی کل حال **قولہ** احدہما فی بیان ماہیتہا وضع فی بعض النسخ ماہیتہا بدل ماہیتہا قال فی غایۃ البیان الماہیۃ بمعنی المہیۃ وہو ما بہ الشیء ہو کماہیۃ الانسان وہی حیوان ناطق انتہی قلت وفی نسخۃ ماہیتہا ہہنا ایہام لطیف لما فی قولہ وہو للنئ من ماء العنب تبصر تفقہ **قولہ** ولنا انہ اسم خاص باطباق اہل اللغۃ فیما ذکرناہ اقول لمانع ان یمنع اطباق اہل اللغۃ علی انہ اسم خاص النئ من ماء العنب اذا صار مسکرا الا یری انہ قال فی قاموس اللغۃ الخمرۃ ما اسکر من عصیر العنب او عام وقال والعموم اصح لانہا حرمت وما بالمدینۃ خمر عنب وما کان شرابہم الا البسر والتمر انتہی وہذا صریح فی ان الخمر عند بعض اہل اللغۃ یعم ماء العنب وغیرہ وان العموم اصح عند صاحب القاموس **قولہ** ولان حرمۃ الخمر قطعیۃ وہی فی غیرہا ظنیۃ قال صاحب غایۃ البیان بیانہ ان النئ المسکر من ماء العنب خمر قطعا ویقینا لثبوت ذلک بالاجماع فیترتب علیہ الحرمۃ القطعیۃ فاما سائر الاشربۃ ففی تسمیتہا خمرا شبہۃ لان فیہا خلافا بین اہل العلم وادنی درجۃ الاختلاف ایراث الشبہۃ فکیف تترتب الحرمۃ الثابتۃ قطعا علی ما فیہ شبہۃ لان بالشبہۃ لا یثبت القطع والیقین انتہی اقول فی ہذا البیان خلل فانہ جعل فیہ مدار کون الحرمۃ فی غیر النئ المسکر من ماء العنب ظنیۃ واختلاف العلماء فی شبہۃ ذلک خمرا ولیس بسدید اذا المص بصدد بیان بطلان ذلک الاختلاف واثبات ان غیر النئ المسکر من ماء العنب لا یسمی خمرا فلو کان مدار ظنیۃ حرمۃ غیر ذلک اختلافہم فی تسمیتہ خمرا لزم المصادرۃ علی المطلوب فکانہ قال الخمر ہی النئ من ماء العنب اذا صار مسکرا وغیرہ لیس بخمر کما زعمہ بعض الناس لان حرمۃ الخمر قطعیۃ وحرمۃ غیر النئ من ماء العنب ظنیۃ لانا خالفنا فی کون غیر ذلک خمرا وقلنا ان اسم الخمر مخصوص بالنئ من ماء العنب لا یطلق علی غیر ذلک فاورث خلافنا فی ذلک شبہۃ فی کونہ خمرا فلم تکن حرمۃ قطعیۃ وفی ہذا مصادرۃ کما ترے وقال صاحب العنایۃ فی بیان ہذا المقام یعنی ان حرمۃ الخمر ثابتۃ بالاجماع فتکون

وانما سمي خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين رح

قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي وكون النئ من ماء العنب خمرا قطعي بلا خلاف فيثبت به بخلاف غيره فان فيه اختلافا بين العلماء وادنى درجات الاختلاف ايراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني انتهى اقول وفيه ايضا خلل اما اولا فلما مر آنفا من استلزامه المصادرة على المطلوب فان الظاهر من قوله فان فيه اختلافا بين العلماء في مقابلة قوله وكون النئ من ماء العنب خمرا قطعي بلا خلاف ان يكون مراده باختلاف العلماء في غير النئ من ماء العنب اختلافهم في كونه خمرا فيؤول الى ما ذكر في غاية البيان واما ثانيا فلان قوله فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني كلام غير صحيح لارتباط بما قبله لان مدلول ما قبله ان غير النئ من ماء العنب مما وقعت فيه شبهة باختلاف العلماء في حقه فاللازم منه ان تكون حرمته ظنية فان اراد بقوله فتكون الحرمة قطعية فتكون حرمة غير النئ من ماء العنب قطعية لم يكن التفريع صحيحا قطعا وان اراد به فتكون حرمة الخمر قطعية لم يصح قوله والدليل عليها ظني اذ لا شك ان دليل حرمة الخمر قطعي كما افصح عنه في صدر بيانه حيث قال يعني ان حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي فالحق في شرح كلام المص ههنا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالا يعني فلا يصح ان يصرف تحريمها الا الى عين تثبت الحرمة في تلك العين قطعا وغير النئ ليس بتلك المثابة لمكان الاجتهاد فيه انتهى فانهما لم يريدا بالاجتهاد فيه الاجتهاد في تسميته خمرا حتى يلزم المصادرة على المطلوب بل اراد به الاجتهاد في عدم حرمته كما اشار اليه المص فيما بعد حيث قال في العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه بعد بيان انه حرام عندنا وقال الاوزاعي انه مباح وقال في نقيع التمر بعد بيان انه حرام وقال شريك بن عبد الله انه مباح وقال في نقيع الزبيب بعد بيان انه حرام اذا اشتد وغلا وتيالى فيه خلاف الاوزاعي ثم ان بعض الفضلاء طعن في هذا التعليل المذكور من قبلنا حيث قال لا يقال الخصم بقطعية حرمة غير النئ الا يرى انهم لا يكفرون مستحله فلا يتوجه عليهم الالزام وهذا كالربوا فان حرمته قطعية وحرمة بيع الحنطة بالحنطة متفاضلا مثلا ليس بقطعية انتهى اقول ليس هذا بشئ لان عدم قول الخصم بقطعية حرمة غير النئ من ماء العنب لا ينافي توجه الالزام عليهم بل بذلك يتوجه الالزام عليهم لان حرمة الخمر قطعية بلا ريب لما سيأتي في الكتاب ان الله تبارك وتعالى سمى الخمر في كتابه الكريم رجسا والرجس ما هو محرم اليقين وقد جاءت السنة متواترة ان النبي صلى الله عليه وسلم حرم الخمر وعليه انعقد اجماع الامة وما يثبت بهذه الادلة القطعية قطعي جزما فاذا لم يقل الخصم بقطعية حرمة غير النئ من ماء العنب تعين ان لا يكون غير النئ خمرا اذ لا شك ان قطعية الحرمة وعدم قطعيتها لا يجتمعان في محل واحد فقد توجه عليهم الالزام في قولهم ان كل مسكر خمر ونظيره الذي ذكره بقوله وهذا كالربوا الخ لا يجدي شيئا لان علة الربوا عندنا الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان ففي بيع الحنطة بالحنطة متفاضلا لا يوجد الربوا عندنا لعدم وجود علته فلا يحرم ذلك البيع واما عند الشافعي فيوجد فيه الربوا لوجود علته فيحرم فكون حرمة الربوا قطعية يصير حجة على الشافعي هناك ايضا لمثل ما قلناه ههنا فلا فائدة في التنظير اصلا **قوله** وانما سمي خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل قال بعض الفضلاء ولك ان تقول هذا منع لا يضر انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ لا نم اولا ان هذا منع بل يجوز ان يكون معارضة يعني انما سمي خمرا لتخمره اي لتشدده وقوته وهذا المعنى لم يوجد في غير النئ من ماء العنب فلم يكن غيره خمرا ويشير اليه تقرير تاج الشريعة وصاحب الكفاية ههنا حيث قالا اي لتشدده وقوته

والثاني اريد به بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني في حد ثبوت هذا الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب قول ابي حنيفة رح وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط القذف بالزبد

فان لها شدة وقوة ليست لغيرها حتى سميت ام الخبائث انتهى ولئن سلم ان ذلك منع لا معارضة فلا وجه لقوله لا يضر فان المقصود بهذا الكلام انما هو الجواب عن استدلال الخصم على كون الخمر اسما لكل مسكر بقوله ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر فانه اذا منع قوله لانه مشتق من مخامرة العقل تسقط هذه المقدمة من الاستدلال المذكور فلا يتم دليلا للخصم عليه وهو عين الضرر له ثم ان صاحب العناية قال في شرح كلام المص هذا وقوله وانما سمي يعني غير التي من ماء العنب خمرا لتخمره اي لصيرورته مراكالخمر والمخامرة جواب عن قولهم سمي خمرا لمخامرته العقل انتهى اقول هذا شرح فاسد لا يطابق المشروح اصلا اذ لا يظهر الجواب عن قولهم المذكور ولا يرتبط به قول المص فيما بعد على ان ما ذكر ثم لا ينافي كون الاسم خاصا به ولعمري ان هذا الشرح عجيب من مثل ذلك الشارح وكان لنا ان نحمل كلمة غير في قوله يعني غير التي على السهو من قلم الناسخ الاول لولا قوله كالخمر في قوله اي لصيرورته مراكالخمر فان التشبيه بالخمر يقتضي ان يكون المشبه غير الخمر وهو غير التي من ماء العنب والصواب في شرح هذا المقام ان يقال يعني انما سمي التي من ماء العنب خمرا لتخمره اي لتغيره واشتداده وهذا المعنى غير موجود في غيره فلم يكن خمرا لا لمخامرته العقل اي ليست التسمية لمخامرته العقل اي ستره العقل حتى يوجد وجه التسمية في غير التي من ماء العنب ايضا فيكون خمرا فح ينتظم الارتباط بالسباق واللحاق كما لا يخفى وقال جماعة من الشراح في تفسير قول المص لتخمره اي لصيرورته خمرا اقول هذا التفسير خال عن التحصيل هو والى تعليل الشيء بنفسه كما يشهد به العقل الصادق قوله فان النجم مشتق من الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا انتهى وتبعه العيني اقول هذا شرح غير صحيح لا يطابق المشروح لان النجم انما كان اسما خاصا لجنس الكوكب موضوعا له لظهوره ثم صار علما للثريا بلا وضع واضع معين بل لاجل الغلبة وكثرة استعماله في فرد من افراد جنسه كما هو حال سائر الاعلام الغالبة على ما تقرر في موضعه والظاهر ان مراد المص رح بقوله ثم هو اسم خاص للنجم المعروف انه اسم خاص للظاهر المخصوص وهو جنس الكوكب لا انه علم خاص لشخص معين من افراد جنس الكوكب وهو الثريا لان معنى الظهور انما لوحظ في مرتبة كون النجم اسما موضوعا لجنس الكوكب لا في مرتبة كونه علما لشخص معين من ذلك الجنس وهو الثريا فان كونه علما له انما كان بهجر ملاحظة وكثرة الاستعمال فيه لا لملاحظة معنى فيه ولهذا يقال للاعلام الغالبة اعلام اتفاقية وهذا كله مما لا استرة به عند من له دربة بالعلوم الادبية وكان صاحب العناية انما اعتبر بلفظ المعروف في قول المص اسم خاص للنجم المعروف الا ان مراده بالنجم المعروف الجنس المخصوص المعروف باطلاق لفظ النجم عليه من بين ما يوجد فيه معنى الظهور مطلقا وهو جنس الكوكب تامل ترشد

قوله والثاني اريد به بيان الحكم قال في غاية البيان والعناية يعني اذا اسكر كثيره كان حكمه في الاسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت الحد انتهى اقول فيه بحث لان حاصله تفسير الحكم في قوله والثاني اريد به بيان الحكم بالحرمة وثبوت الحد عند اسكار كثيره وليس بتام لان قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يفيد الحصر كقوله عليه السلام الائمة من قريش على ما تقرر في موضعه فلو كان المراد منه بيان الحكم بالمعنى المذكور في تينك الشجرتين لزم ان لا يفيد الحصر والتخصيص بهاتين الشجرتين مشيرا بهما الى الكرمة والنخلة لان المعنى المذكور فيهما وهو الحرمة وثبوت الحد عند اسكار الكثير تحقق في غير تينك الشجرتين ايضا فان نبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير وان كان حلالا عند ابي حنيفة رح

لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم بالاشتداد وهو المؤثر في الفساد ولابي حنيفة ان الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر واحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد والكفارة المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال ان السكر منها حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر لانه جحود الكتاب فانه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين قد جاءت السنة متواترة ان النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد الاجماع ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا ازداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى سائر المسكرات والشافعي لا يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل في الاحكام لا في الاسماء

وابي يوسف اذا لم يصل مرتبة الاسكار وكان من غير لهو وطرب الا انه اذا اسكر كثيره صار حراما بالاجماع ويثبت به الحد على القول الاصح كما سيجي في الكتاب والحق ان المراد بالحكم الذي اريد به بيانه بالحديث الثاني هو حرمة قليله وكثيره وهذا المعنى لا يتحقق في المتخذ من غير تلك الشجرتين فيصح الحصر المستفاد من ذلك الحديث بلا اغبار وعبارة صاحب الكافي في تفسير المراد بالحكم ههنا وان لم تكن صريحة في حرمة القليل والكثير معا الا انها باجمالها لا تنافيهما بل تساعد لها حيث قال والمراد بالثاني بيان الحكم وهو الحرمة لا بيان الحقيقة واقتفى اثره تاج الشريعة وصاحب الكفاية قوله لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد اقول فيه نظر لان قوله لان الاسم يثبت له مصادرة على المطلوب لان مدعى هما ثبوت هذا الاسم بمجرد الاشتداد بدون اشتراط القذف بالزبد ولا يسلمه ابو حنيفة رحمه الله بل يقول باشتراط القذف بالزبد فتعليل مدعاهما ثبوت هذا الاسم بالاشتداد تعليل الشيء بنفسه وقوله وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد يشعر بكون حرمة الخمر معلولة وهذا ينافي ما صرح به فيما بعد من ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه وقد شرح الشارح السكاكي قول المص هذا بما هو ظاهر في المنافاة حيث قال كذا المعنى المحرم وهو الاسكار لحصول الاشتداد وهو المؤثر في الفساد اي الاسكار مؤثر في ايقاع العداوة والصد عن ذكر الله تعالى انتهى اذ لا يخفى ان هذا انما يلائم قول من قال بانها معلولة بالسكر كما ذكره المص فيما بعد بقوله ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال السكر منه حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله تعالى فتامل **قوله** ولابي حنيفة ان الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر واحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد والكفارة المستحل وحرمة البيع اقول يقابل ان يقول الكلام في هذا الموضع في حد ثبوت اسم الخمر لا في حد ترتب الاحكام الشرعية عليه فيجوز ان يثبت اسم الخمر في بداية الشدة ويشترط ترتب الاحكام الشرعية عليه بكمالها فلا يتم التقريب ويمكن ان يقال الكلام ههنا في حد ثبوت اسم الخمر في الشرع لا في حد ثبوته في اللغة فقط فاذا ثبت اسمها الشرعي يلزم ان يترتب عليها احكام الشرعية بلا تراخ فيتم التقريب تدبر **قوله** والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر قال بعض الفضلاء فرق ما بين السكر والاسكار فلا يخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم انتهى اقول ليس هذا بشيء لان السكر لازم الاسكار ومطاوعه فلا يفترقان في التحقيق فالتعليل باحدهما يؤدي الى التعليل بالاخر ومجرد الفرق بينهما والمفهوم لا يجدي شيئا فيما هنا كما لا يخفى كيف ولا شك ان مراد المص بيان كون حرمتها لعينها غير معلولة بشيء اصلا لا انها غير معلولة بالسكر ولكنها معلولة بشيء اخر كما لا يخفى لان ما ذكره فيما بعد من لزوم الكفر وجحود كتاب الله تعالى انما يترتب على ادعاء كونها معلولة بما ينافي كونها محرمة العين مطلقا لا على ادعاء كونها معلولة بالسكر فقط وانما قال غير معلول بالسكر لكون الواقع في كلام المنكر هذه العبارة تبصر تفهم **قوله** والشافعي يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة قال الشراح وهي ما روى ابن عباس رض من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب قالوا لما كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل لان التعليل ح يكون مخالفا للنص انتهى اقول لقائل ان يقول ان كان تعليلها وتعديتها الى غيرها منافيا لحرمة عينها يلزم من تعليلها وتعديتها الى سائر المسكرات المخالفة لكتاب الله تعالى ايضا فانه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين كما مر والسنة المتواترة واجماع الامة ايضا على ما مر من قبل وذلك يؤدي الى جحود تلك الادلة القطعية وحاشا الشافعي من ذلك وان لم يكن تعليلها وتعديتها الى غيرها

وانما الانجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه والخامس انه يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي والسادس
تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه السلام
ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واختلفوا في سقوط مالية الميتة والاصح انه مال لان الطباع تميل اليها وتضن بها ومن كان له على مسلم دين
فاوفاه من خمر لا يحل له ان يأخذه ولا يلزمه ان يؤديه لانه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده وامانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في سر المتن
ولو كان الدين على ذمي فانه يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع
بالنجس حرام ولانه يجب الاجتناب في الانتفاع به اقتراب والثامن ان يحد شاربها وان لم يسكر لقوله عليه السلام من شرب الخمر
فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عادوا فاقتلوه الاحكام العقل لا تثبت فيقف الحد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة رضي الله عنهم
وتقدم ما ذكرناه في الحدود والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه لا يمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر منه
على ما قالوا لان الحد بالقليل من التي خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي رح وسنذكره من بعد
ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف
وهو ما ذهب نصفه بالطبخ فكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد واذا اشتد على الاختلاف وقال ولا وزاعي انه مباح وهو قول
بعض المعتزلة لانه مشروب طيب ليس بنجس لنا انه رقيق ملذ مطرب لهذا يحتم عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به

منافي الحرمة عينها بل كانت حرمة عينها ثابتة بتلك الادلة القطعية وحرمة عين غيرها ثابتة بتعدية حرمة عينها الى حرمة عين غيرها بالطريق القياس
لم يتم القول بانه خلاف السنة المشهورة لان مدلول السنة المشهورة انما هو حرمة عين الخمر والنص غير ان تعديتها الى غيرها لا ينافي حرمة عينها ثم
اقول الحق عندي هنا ان تعليلها بالاسكار لا ينافي حرمة عينها لان قليلها ليس بمسكر فيلزم ان يكون قليلها حراما على مقتضى التعليل بالاسكار
ويلزم منه ان لا يكون عينها حراما لكن الشافعي رح لم يقل بتعليلها بالاسكار واما تعليلها بما هو غير منفك عن عينها بل هو لازم لها كالمخامرة و
نحوها فالظاهر انه لا ينافي حرمة عينها والشافعي انما قال بتعليلها بالمخامرة فعدى حكمها الى غيرها من المسكرات حتى اوجب الحد بشرب قطرة من
الباذق قياسا على الخمر كما صرح به في الكافي والشروح فمن اين يلزمه المخالفة للسنة المشهورة **قوله** والرابع انما نجسة نجاسة غليظة كالبول
لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه اقول فيه شيء وهو ان الثابت بالدلائل القطعية على ما بينه فيما مر آنفا انما هو حرمتها فان استلزمت حرمتها
القطعية كونها نجسة نجاسة غليظة فما معنى كونها نجسة نجاسة غليظة موضعا لبقاء مبحوثا عنه بالاصالة وان لم تستلزمه فما معنى الحوالة على تلك
الدلائل المارة نعم واحد من تلك الدلائل وهو كتاب الله تعالى يدل صراحة على كونها نجسة فانه سماها رجسا والرجس هو القذر على ما نص عليه
في عامة كتب اللغة الا انه يبقى الكلام في صيغة الجمع في قوله لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه فالاولى هنا تحرير صاحب الكافي حيث قال
وهي نجسة نجاسة غليظة كالبول والدم لانها سميت رجسا بالنص القطعي انتهى **قوله** والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها و
غاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها اقول لقائل ان يقول هذا التعليل منتقض بالسرقين فانه نجس
العين مع انه مال متقوم يجوز بيعه عندنا كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية حيث قال فلا بأس ببيع السرقين ويكره بيعه العذرة وقال
الشافعي لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه ينتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع وكان
بالاول صح للبيع بخلاف العذرة انتهى تأمل **قوله** والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام اقول انتقاض هذا التعليل بالسرقين
اظهر مما مر آنفا تدبر **قوله** واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق قال في القاموس الباذق بكسر
الذال وفتحها ما ذبح من عصير العنب ادنى طبخة فصار شديدا وقال في المغرب الباذق من عصير العنب اطبخ ادنى طبخة فصار شديدا وقال في
الفائق هو تعريب باده وهو الخمر ونقل صاحب النهاية ما في المغرب وما في الفائق ولم يتكلم على شيء منهما بشيء اقول فيما ذكر في الفائق نظر لان
الخمر على ما مر هي التي من ماء العنب اذا صار مسكرا والمطبوخ ليس بني قطعا والباذق اسم لما طبخ من عصير العنب ادنى طبخة فليس بخمر لاحالة
ولهذا قال المص واما العصير اذا طبخ في مقابلة قوله واما الخمر فكيف يتصور ان يكون الباذق تعريب باده بمعنى الخمر اللهم الا ان يكون ما ذكر
في الفائق مبنيا على ما قاله بعض الناس من ان الخمر اسم لكل مسكر لا على ما هو المحقق عندنا من كونها اسما خاصا للني من ماء العنب اذا اسكر
قوله والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ قال في غاية البيان قوله والمنصف يجوز ان يكون بالنصب وهو الاوجه عطفا على قوله الباذق
اي يسمى العصير الذاهب اقل من ثلثيه الباذق ويسمى المنصف ايضا والدليل على هذا ان ابا الليث فسر في شرح الجامع الصغير الذاهب

واما نقيع التمر وهو الشكر وهو النئ من ماء التمر اي الرطب

اقل من ثلثيه بالمنصف وايضا انه قد حصر الاشربة المحرمة على اربعة وهي الخمر والعصير الذاهب اقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب فاذا كان المنصف غير الباذق الذي هو المطبوخ الذاهب اقل من ثلثيه كانت الاشربة المحرمة خمسة ويجوز ان يكون المنصف بالرفع لانه نوع من الذاهب اقل من الثلثين لانه اخص من ان يكون منصفا او غيره ولهذا جعل شيخ الاسلام خواهر زاده الباذق قسما والمنصف قسما انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل مضمون ما في غاية البيان والاول اوجه معنى وهذا اوجه لفظا لانه لو كان منصوبا يقال ايضا انتهى اقول لعل الاوجه لا وجه له اصلا فضلا عن اوجه فانه يصير معنى كلام المص على ذلك التقدير العصير الذي طبخ ادنى طبخة يسمى باسمين احدهما الباذق والاخر المنصف وهذا يقتضي ان يكون الباذق والمنصف مترادفين في المعنى وهو العصير المطبوخ ادنى طبخة مع ان تحرير المص ينافي ذلك اما اولا فلانه فسر المنصف بقوله وهو ما ذهب اقل من نصفه بالطبخ فكيف يتصور الاتحاد في المعنى واما ثانيا فلانه قال وكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد الخ ولا يخفى ان لفظ كل يقتضي التعدد بحسب المعنى لا بحسب الاسم فقط فالحق ان قول المص والمنصف مرفوع لا غير فهو معطوف على المطبوخ في قوله وهو المطبوخ ادنى طبخة والمعنى ان العصير المطبوخ الذاهب اقل من ثلثيه على قسمين احدهما المطبوخ ادنى طبخة المسمى بالباذق والاخر المنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ وكل من هما حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد واذا اشتد على الاختلاف واما حديث ان المنصف لو كان غير الباذق لكانت الاشربة المحرمة خمسة وقد حصرها في الاربعة فعلى طرف التمام لان الاربعة التي حصر الاشربة المحرمة فيها انما هي اصول الاشربة المحرمة واقسامها الاولية والباذق والمنصف ليسا كذلك بل انما هما قسمان من احد تلك الاصول والاقسام الاولية وهو الطلا العام للباذق والمنصف ثم ان بعض الفضلا اورد على قول صاحب العناية وهذا اوجه لفظا لانه لو كان منصوبا يقال ايضا حيث قال فيه بحث فان المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف فكيف يكون التمام متمما قوله ايضا انتهى اقول هذا ساقط جدا لان كون المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف انما يتصور على تقدير ان يكون قوله والمنصف مرفوعا واما على تقدير ان يكون منصوبا كما هو محل كلام صاحب العناية فلا مجال لان يكون المسمى باحدهما غير المسمى بالاخر بل يقتضي معنى التركيب على ذلك التقدير انما هو تعدد الاسم دون المسمى كما لا يخفى على من له دربة بقواعد العربية ثم اقول يمكن ان يناقش في قول صاحب العناية لانه لو كان منصوبا يقال ايضا بوجه اخر وهو ان الواو العاطفة في قوله والمنصف على تقدير ان يكون منصوبا معطوفا على الباذق تغني غناء كلمة ايضا فلا تم انه لو كان منصوبا يقال ايضا قوله واما نقيع التمر وهو السكر وهو النئ من ماء التمر اي الرطب قال صاحب العناية وتفسير صاحب الهداية التمر بالرطب فيه نظر لان التمر اذا نقع في الماء يسمى نقيعا فلا حاجة الى ان ينقع الرطب لا محالة حتى يسمى نقيعا وقياس كلامه هنا ان يقول في نقيع الزبيب اي نقيع العنب وليس بقوي انتهى وقال جمهور الشراح دفعا لذلك النظر وانما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول ابي حنيفة وابي يوسف رح على ما سيجي انتهى اقول فيما قاله جمهور الشراح ايضا نظر لان الذي كان اسمه نبيذ التمر وكان حلالا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح انما هو ما اتخذ من التمر وطبخ ادنى طبخة كما صرح في عامة المعتبرات وسيجي في الكتاب في قوله وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكره من غير لهو وطرب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف

فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله الله باح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالحرام لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة
رضي الله عنهم وقيل على ما رويناه من قبل الآية محمولة على الابتداء وكانت الاشربة مباحة كلها وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم
تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا وانما تقيع الزبيب هو الذي من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلا ويتاتى فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا
من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يحد
الحل بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر وبحاستها خفيفة في رواية وغليظة في اخرى وبحاسة الخمر غليظة رواية واحدة وعن نجاستها
ويضمن متلفها عند ابي حنيفة رح خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده لا يجب ضمانها لانتفاعه بها
ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف رح انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين وفي الجامع الصغير
وما سوى هذه الاشربة لا باس بها قالوا هذا الجواب على ظاهر العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال
عند ابي حنيفة رح ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه لانه ليس بمنزلة الخمر وعن محمد رح ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد رح انه حرام ويحد شاربه اذا
سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف رح يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد
فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة رح وقوله الاول مثل قول محمد رح ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا الشرط رفعه قوله يبلغ يغلي ويشتد رفعه قوله ولا يفسد لا يحمض
ووجهه ان شاء على الاباحة من غير ان يحضر دلالة قوته وشدته فكان انه حرمته ومثل ذلك روي عن ابن عباس رضي الله عنهما وابو حنيفة رح يعتبر حقيقة الشدة
على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره ان شاء الله تعالى وابو يوسف رح رجع الى قول ابي حنيفة فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا
الشرط ايضا وقال في المختصر نبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكر
من غير لهو ولا طرب هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد والشافعي رح حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي وذكره ان شاء الله تعالى

وعند محمد والشافعي حرام انتهى والذي ذكر هنا انما هو نقيع التمر اذا لم يطبخ كما افصح عنه بقوله وهو الذي من ماء التمر وهو المسمى بالسكر لا غير ولا شك
انه ليس بحلال عند ائمتنا اصلا فلا حاجة الى تفسير التمر بالرطب **قوله** فهو حرام مكروه قال غاية الشراح اردف الحرام بالكراهة اشارة الى
ان حرمته ليست كحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلانه لو كان مقصود المصنف بارداف الحرام بالمكروه
الاشارة الى ما ذكره لارداه بذلك في كل واحد من الاقسام الثلثة المذكورة بعد الخمر اذ ليست حرمة شيء منها كحرمة الخمر ولو اكتفى بارداف
بذلك في واحد من تلك الاقسام لكان القسم المذكور عقيب الخمر احق بذلك كما لا يخفى واما ثانيا فلان المص صرح بان حرمة هذه الاشربة دون
حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر فما الحاجة الى الاشارة الى ذلك ههنا **قوله** وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا
وتدعون رزقا حسنا اقول فيه اشكال لانهم صرحوا به عند شرح قول المص والآية محمولة على الابتداء بان الآية مكية وتحريم الخمر وقع بالمدينة فكيف
يتصور ان يكون معنى الآية قبل تحريم الخمر تتخذون منه سكرا حراما والخمر وقتئذ مما لم يوصف بالحرمة فاين السكر فليتامل **قوله** الا ان حرمة
هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية اقول لقائل ان يقول من هذه الاشربة نقيع
التمر وهو السكر وقد قال في اثبات حرمته ولنا اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وقد تقرر في علم الاصول ان اجماع الامة سيما اجماع الصحابة دليل
قطعي يكفر جاحده فكيف يتم القول ههنا بان حرمة هذه الاشربة لا يكفر مستحلها لكون حرمتها اجتهادية لا قطعية ويمكن ان يجاب عنه بان نقل الاجماع
قد لا يكون بالتواتر فلا يفيد مثل ذلك الاجماع القطع لعدم القطع في طريق نقله الينا كما تقرر هذا ايضا في علم الاصول فيجوز ان يكون الاجماع
المنقول في حق حرمة السكر من ذلك القبيل ويكون هذا باعثا على وقوع الاجتهاد في خلافه **قوله** لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط
تقومها بخلاف الخمر اقول فيه نظر اما اولا فلانهم صرحوا بان معنى تقوم المال اباحة الانتفاع به شرعا ويجيء التصريح عن قريب بان هذه الاشربة
مما لا ينتفع به بوجه من الوجوه فكيف يتصور التقوم فيها واما ثانيا فلان الدلالة القطعية انما تعتبر في حق وجوب الاعتقاد دون وجوب العمل
الا يرى ان خبر الواحد من السنة يوجب العمل ولا يوجب علم اليقين بل يوجب غلبة الظن على المذهب الصحيح المختار عند الجمهور كما تقرر في علم
الاصول وما نحن فيه من العمليات فينبغي ان يكتفى فيه بمجرد غلبة الظن كيف لا وقد اكتفى به في الحكم بحرمة هذه الاشربة اذ هي ايضا اجتهادية لا قطعية
كما صرح به انفا **قوله** ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة اقول في التعليل بحث اذ لا يلزم من حرمة تناول الشيء عدم الانتفاع به الا ترى
ان السرقين نجس العين فحرم التناول قطعا مع انه مما ينتفع به حيث يلقى في الاراضي لاستكثار الريع ولهذا يجوز بيعه كما مر في فصل البيع
من كتاب الكراهية وكذا الدهن النجس على ما صرحوا به وقد مر منا غير مرة نظير هذا الكلام في هذا الكتاب فتدبر **قوله** وعن ابي يوسف انه يجوز بيعه
اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين اقول لا يذهب عليك ان حق هذه الرواية ان تذكر قبل قوله ولا ينتفع بها بوجه

قال ولا بأس بالخليطين لما روي عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر رضي الله عنه شربة مما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب هذا من الخليطين كان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب هو التي منه وما روي انه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزهو والرطب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء قال ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته وقيل لا يشترط هو الذي كان في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل

من الوجوه لانها من شعب جواز بيع هذه الاشربة وقوله ولا ينتفع بها الخ مسئلة مستقلة دخلت في البين كما ترى قوله ولا بأس بالخليطين بما روي عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد واخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وابن عمر كان معروفا بالفقه والزهد بين الصحابة فلا يظن به انه كان يسقي غيره مما لا يشربه او يشرب مما كان حراما كذا في الكافي والشروح اقول ههنا كلام من وجهين احدهما ان تقليد الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا خلافهم فيه ولم تكن الحادثة مما لا تترك بالقياس لا يجب على القول المختار كما عرف في علم الاصول والظاهر ان ما نحن فيه من ذلك القبيل فكيف يصلح ان يكون فعل ابن عمر او قوله في الرواية المزبورة دليلا على حل الخليطين وثانيهما ان قول ابن زياد ما كدت اهتدي الى اهلي يشعر باسكاره الشربة التي سقاه ابن عمر اياها والسكر من كل شراب حرام بالاتفاق فكيف يستدل بذلك على الحل ويمكن ان يجاب عن الثاني بوجهين احدهما ما اشار اليه تاج الشريعة بقوله وانما قال ما كدت اهتدي الى اهلي على سبيل المبالغة في بيان التأثير فيه لا حقيقة السكر فان ذلك لا يحل انتهى وثانيهما ان وجه الاستدلال مجرد ان يسقي ابن عمر ابن زياد تلك الاشربة فانها لو كانت حراما لما اقدم ابن عمر مع كمال زهده وفقهه على ان لا يسقيه اياها واما تأثيرها في الشارب بعد ان شرب بحيث يصل الى مرتبة الاسكار فليس له حد مقرر او هو مختلف باختلاف الطباع والاوقات والمشارب ان يحترز عنه ما امكن فان وصل الى تلك المرتبة في الرواية المذكورة فانما هو بالغفلة والعهدة في ذلك على الشارب لا الساقي تأمل تفهم قوله وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان اقول هذا التعليل منظور فيه لان مجرد ان لا يدعو قليله الى كثيره لا يقتضي ان لا يشترط الطبخ فيه لاباحته الا يرى ان نبيذ التمر والزبيب بما يشترط الطبخ فيه لاباحته بلا اختلاف مع ان قليل ذلك ايضا لا يدعو الى كثيره كيف ما كان فان دعاء القليل الى الكثير من خواص الخمر كما صرح به فيما مر والاظهر في التعليل ههنا ما ذكر في غاية البيان حيث قال فيها وفي رواية لا يشترط لان حال هذه الاشربة دون نقيع التمر والزبيب فان نقيع التمر والزبيب اتخذ مما هو اصل للخمر شرعا فان اصل الخمر شرعا التمر والعنب على ما قال النبي صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين وقد شرط ادنى طبخة في نقيع الزبيب والتمر فيجب ان لا يشترط ادنى طبخة في هذه الاشربة ليظهر نقصان هذه الاشربة عن نقيع التمر والزبيب انتهى قوله وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد اقول قد مرت هذه المسئلة مرة اثناء بيان مسئلة الجامع الصغير فيما قبل حيث قال وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة ولا يحد شاربه عنده وان سكر فالتعرض لها ههنا مرة اخرى يشبه التكرار فلعل المقصود بالذات ههنا ذكر قوله قالوا والاصح انه يحد وما قبله توطئة لتعميمه ان لو ذكر الفرع هناك قوله قالوا والاصح انه يحد لا يستغنى عن الاعادة ههنا بالكلية قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل قال صاحب الغاية هو اشارة الى قوله لان قليله لا يدعو الى كثيره وقال ويجوز ان يكون اشارة الى المعنى المستفاد من قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يعني ان هذه الاشربة ليست متخذة مما هو اصل الخمر فلا يحد السكران منها انتهى وقال صاحب الكفاية قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل اشارة الى ما ذكر ان السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالمنبج ولبن الرماك انتهى واختار صاحب العناية ما ذكره صاحب الغاية اولا ونقل ما ذكره ثانيا بقيل ثم نقل ما ذكره صاحب الكفاية بقوله وقيل اقول يرد على الوجه الاول ان عدم دعاء

قالوا والاصح انه يحد فانه روي عن محمد رح فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرمك لا يحل عند ابي حنيفة رح اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل لان كراهة لحمه لما في ابانته من قطع مادة الجهاد ولا حترامه فلا يتعدى الى لبنه **قال** وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ومالك والشافعي رح حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن محمد رح مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنهم انه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام ما اسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان السكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر

التقليل الى الكثير جائز فيما سوى الخمر من الاشربة المحرمة فان دعاء التقليل الى الكثير من خواص الخمر كما صرح به المص فيما مر حيث قال ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر انتهى مع انه اذا سكر مما سوى الخمر من الاشربة المحرمة يحد بلا خلاف فعلم انه لا تاثير لدعاء التقليل الى الكثير في سقوط الحد عن السكران ويرد على الوجه الثاني انه لو كان مراد المص بالاستناد من قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يقال الماء بناء كما هو عادة المستمرة في الحوالة على ما مر من السنة ثم ان في كون ذلك المعنى مستفادا من الحديث المذكور خفاء جدا فضلا عن ان يكون مذكورا هناك فاني تيسر الاشارة اليه ههنا بقوله وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا وجه هو الوجه الثالث وان اخره صاحب العناية في الذكر كما لا يخفى على من تامل في سياق كلام المصنف وراجع كلمات السلف كشيخ الاسلام وغيره في هذه المسئلة **قوله** قالوا والاصح انه يحد فانه روي عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل اقول تحرير المص ههنا لا يخ عن ركاكة اذ الظاهر ان مراده بقوله وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر انه هل يحد في ذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف لان المذكور فيما قبل انما هو قولهما والمص الان بصدد التفريع على ذلك وتكميله فيستدعي هذا ان يكون مدار قوله قيل لا يحد وقوله قالوا والاصح انه يحد على قولهما فلا يناسب في تعليل قوله والاصح انه يحد ان يقال فانه روي عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل فان محمدا ينافيهما في اصل هذه المسئلة حيث لا يقول بحل المتخذ من الحبوب اذا اشتد وهلا فيجوز ان يقول بوجوب الحد اذا سكر منه واما هما فيقولان بحل ذلك كما تقدم انفا فلا يكون المروي عن محمد حجة في حقهما وهذا ترك صاحب الكافي هذا التعليل واكتفى بما ذكره المص بعده بقوله وهذا لان الفساق يجتمعون عليه الخ حيث قال وذكر في الهداية ومبسوط شيخ الاسلام باستيجاب الاصح انه يحد لان الفساق يجتمعون في زماننا على شربه كما يجتمعون على سائر الاشربة انتهى **قوله** وعنه انه كره ذلك اقول فيه ضرب اشكال هو انه قد مر في اول كتاب الكراهية ان كل مكروه حرام عند محمد رح وقوله هنا وعنه انه كره ذلك بعد ان صرح فيما قبل بانه حرام عند محمد ومالك والشافعي يقتضي المغايرة بين قول محمد بحرمته وبين قوله بكراهته فينافي ما تقرر في اول الكراهة فان قلت نعم ان كل مكروه حرام عند محمد ولكن بحرمة ظنية لا بحرمة قطعية فانه اذا لم يجد نصا قاطعا في حرمة شيء لم يطلق عليه لفظ الحرام بل يطلق عليه لفظ المكروه كما تقرر ايضا هناك فيجوز ان يكون مدار رواية الحرمة ورواية الكراهة عنه فيما نحن فيه على قطعية الحرمة في احدهما وظنيتها في الاخرى فلا تنافي بين المقامين قلت لا مجال للقول بقطعية حرمة المثلث العنبي عند كون اجتهاد ابي حنيفة وابي يوسف في حله لان قطعية حرمة الشيء تستلزم ان يكفر مستحلها وهذا لا يتصور فيما وقع فيه اجتهاد فضلا عما وقع فيه اجتهاد مثل ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى وعن هذا قالوا فيما سوى الخمر من الاشربة المثلثة المحرمة عند ائمتنا جميع وعند عامة العلماء ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية كما مر من قبل في الكتاب مع ان اجتهاد الاباحة فيها انما وقع من نحو الاوزاعي وشريك وسائر اصحاب الظواهر فتحقق ان الحرمة المروية عن محمد في حق المثلث العنبي انما هي الحرمة الاجتهادية التي مدارها الظن لا الحرمة القطعية فكيف يتصور المغايرة بينها وبين الكراهة على اصل محمد ويمكن ان يقال معنى قولهم ان كل مكروه حرام

ولہا قولہ علیہ السلام حرمت الخمر لعینہا ویروی بعینہا قلیلہا وکثیرہا والمسکر من کل شراب خص السکر بالتحریم فی غیر الخمر اذ العطف للمغایرۃ ولان المفسد ہو القدح المسکر وہو حرام عندنا واما یحرم القلیل منہ لانہ یدعو لزقتہ والطاقۃ الی الکثیر فاعطی حکمہ والمثلث لغلظہ لا یدعو وہو فی نفسہ غذاء فبقی علی الاباحۃ والحدیث الاول غیر ثابت علی ما بیناہ ثم ہو محمول علی القدح الاخیر اذ ہو المسکر حقیقۃ والذی یصب علیہ الماء بعد ما ذہب ثلثاہ بالطبخ حتی یرق ثم یطبخ طبخۃ حکمہ حکم المثلث لان صب الماء لا یزیدہ الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء علی العصیر ثم یطبخ حتی یذہب ثلثا الکل

عند محمد ان کل مکروہ کراہۃ التحریم لیس بحرام اصلا عندہما بل الی الحرام اقرب واما المکروہ کراہۃ التنزیہ فلیس بحرام ولا الی الحرام اقرب عند احد وہذا کلہ یظہر بمراجعۃ کتب الاصول فیجوز ان یکون المراد بالکراہۃ فی قول المص ہہنا وفیہ انہ کرہ ذلک الکراہۃ التنزیہیۃ وہی مغایرۃ للحرمۃ علی قول الکل فیندفع التنافی بین المقامین تامل **قولہ** ولہا قولہ علیہ السلام حرمت الخمر لعینہا ویروی بعینہا قلیلہا وکثیرہا والمسکر من کل شراب قال فی النہایۃ ولہا ایضا قولہ تعالی انما الخمر والمیسر الآیۃ بین اللہ تعالی الحکمۃ فی تحریم الخمر فی ہذہ الآیۃ وہی الصد عن ذکر اللہ تعالی وایراث العداوۃ والبغضاء وہذہ المعانی لا تحصل بشرب القلیل ولو خلینا وظاہر الآیۃ لقلنا لا یحرم القلیل من الخمر ایضا ولکن ترکنا قضیۃ ظاہر الآیۃ فی قلیل الخمر بالاجماع ولا اجماع فیما عداہ فبقی علی ظاہر الآیۃ انتہی اقول یتقضی ہذا الاستدلال بما عدا الخمر من الاشربۃ المحرمۃ الثلثۃ فان قلیلہا ایضا حرام عند ائمتنا قاطبۃ وعند مالک الشافعی واکثر العلماء مع ان المعانی المذکورۃ فی الآیۃ المذبورۃ لا تحصل بشرب قلیلہا کما لا یخفی **قولہ** خص السکر بالتحریم فی غیر الخمر اذ العطف للمغایرۃ اقول الظاہر ان مرادہ بقولہ خص السکر بالتحریم فی غیر الخمر قصر التحریم علی السکر فی غیر الخمر علی ان یکون الباء داخلۃ علی المقصور کما فی قولہم خصصت فلانا بالذکر علی ما تقرر فی موضعہ اذ ہو المفید لمدعاہما ہہنا دون العکس کما لا یخفی علی ذی مسکۃ لکن فیہ بحث وہو ان الاستدلال علی مدعاہما ہہنا بہذا الوجہ کما یقتضی حل الثلث یقتضی ایضا حل الاشربۃ المحرمۃ الثلثۃ غیر الخمر وہذا ظاہر لزوما وبطلانا علی ان استفادۃ قصر التحریم علی السکر فی غیر الخمر من منطوق لفظ الحدیث المذکور مشکل واستفادتہ من مفہوم المخالفۃ خلاف المذہب فلیتامل **قولہ** ولان المفسد ہو القدح المسکر وہو حرام عندنا فان قیل القدح الاخیر انما یصیر مسکرا بالتقدم لا بانفرادہ فینبغی ان یحرم ما تقدم ایضا قلنا لما وجد السکر بشرب القدح الاخیر اضیف الحکم الیہ لکونہ علۃ معنی وحکما کذا ذکرہ جمہور الشراح واعترضہا صاحب العنایۃ علی الجواب المذکور حیث قال فیہ نظر لان الاضافۃ الی العلۃ اسما ومعنی وحکما اولی والمجموع بہذہ الصفۃ انتہی اقول ان اراد بقولہ والمجموع بہذہ الصفۃ اذ کل واحد من اجزاء المجموع بہذہ الصفۃ فلیس بصحیح اذ لا یخفی ان شیئا ما قبل الجزء الاخیر لیس بعلۃ اسما ولا معنی ولا حکما اذ العلۃ انما یضاف الیہ الحکم والعلۃ معنی ما یؤثر فی الحکم والعلۃ حکما ما یتصل بہ الحکم ولا یتراخی عنہ کما عرف کلہ فی علم الاصول ولا شک ان شیئا ما قبل الجزء الاخیر لیس بصفۃ من ہذہ المعانی وان اراد بذلک ان المجموع من حیث ہو مجموع بہذہ الصفۃ کما ہو الظاہر فہو لا یصح فی مطلوبنا ہہنا اذ لا شک حرمۃ مجموع الاقداح من حیث ہو مجموع عند اشتمالہ علی القدح المسکر وانما شک حرمۃ ما قبل القدح المسکر وبانفرادہ نعم بقی الکلام فی ان اضافۃ الحکم الی المجموع من حیث ہو مجموع اولی ام الی الجزء الاخیر وحدہ والظاہر فی بادی الرای ہو الاول لان الجزء الاخیر وحدہ علۃ معنی وحکما لا اسما علی ما ہو المشہور فی کتب الاصول والحکم انما یضاف الی العلۃ اسما لکن الفاضل التفتازانی قال فی التلویح فی مباحث العلۃ من باب الحکم ذہب المحققون الی ان الجزء الاول یصیر بمنزلۃ العدم فی حق ثبوت الحکم ویصیر الحکم مضافا الی الجزء الاخیر علۃ اسما ایضا ای کما انہ علۃ معنی وحکما فینتظم امر اضافۃ الحکم الیہ وحدہ بلا غبار ثم قال صاحب العنایۃ والاولی ان یقال الحرام ہو المسکر واطلاقہ علی ما تقدم مجاز وعلی القدح الاخیر حقیقۃ وہو مراد فلا یکون المجاز مرادا انتہی اقول لیس ہذا شیئا فضلا عن ان یکون اولی

[illegible]

اذ ليس الكلام ههنا في اطلاق لفظ المسكر على شيء وعدم اطلاقه عليه حتى يفيد التشبث برجحان الحقيقة على المجاز شيئا بل انما الكلام ههنا في ان المفسد للعقل هو القدح المسكر اي المزيل للعقل سواء اطلق عليه لفظ المسكر حقيقة ام لا دون غيره من الاقداح المتقدمة فكان الحرام هو القدح المزيل للعقل لا غير وبالجملة مدار الاستدلال ههنا على المعنى وهو ازالة العقل دون اللفظ فلما ورد السؤال بان القدح الاخير لا يزيل العقل بانفراده بل بما تقدم فكان لما تقدم من الاقداح مدخل ايضا في ازالة العقل فينبغي ان يحرم ايضا لم يفد ان يقال ان لفظ المسكر انما يطلق على ما تقدم مجازا وعلى القدح الاخير حقيقة شيئا في دفع ذلك السؤال اصلا وانما يمشي ذلك في الجواب عن استدلال الخصم بقوله عليه السلام كل مسكر خمر ومحله قول المص ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة وقصد بعض الفضلاء ان يرد على صاحب العناية قوله المذكور بوجه آخر فقال اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير مجاز بلا شبهة فاما اطلاقه على المجموع من القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى اقول وهذا ايضا ليس بشيء لان اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير اذا كان مجازا بلا شبهة كيف يتصور ان يكون اطلاقه على المجموع حقيقة فان المجموع مشتمل على ما تقدم على القدح الاخير ايضا ولا شك ان اطلاق اللفظ على المجموع المركب مما هو حقيقة فيه ومما هو مجاز فيه لا يكون حقيقة لان الحقيقة هي الكلمة المستعملة فيما وضعت له والمجموع المركب مما وضعت له ومما لم توضع له ليس ما وضعت قطعا ولو سلم ان يكون اطلاقه على المجموع من حيث هو مجموع حقيقة فلا يضرنا اذ لا يلزم من كون المجموع من حيث هو مجموع مسكرا كون المتقدم على القدح الاخير ايضا مسكرا حتى يلزم كون ما تقدم على القدح الاخير حراما ايضا تامل تفت **قوله** وانما يحرم القليل من الخمر لانه يدعو رقته ولطافته الى الكثير فاعطى حكمه اقول فيه كلام وهو ان هذا التقرير يقتضي كون حرمة الخمر معللة وقد صرح فيما مر بان الخمر عنده حرام غير معلول عندنا بشيء لان تعليله خلاف السنة المشهورة وهي قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب فكان الذي ينبغي ههنا ان يقال وانما يحرم القليل من الخمر لورود النص فيه وهو قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها الحديث اللهم الا ان يحمل كلام المص ههنا على التنزل والزام الخصم بان يكون هذا الكلام منه جوابا عن قول الخصم ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره فتبصر والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه قال بعض الفضلاء وكان على المص ان يتعرض للحديثين الاخيرين ولم يفعل كانه اكتفى بمعارضة ما رواه لهما انتهى اقول توجيهه ليس بشيء لان دلالة الحديثين الاخيرين اللذين رواهما الخصم على حرمة قليل ما اسكر كثيره انما هي بطريق العبارة ودلالة ما رواه المص من قبل ابي حنيفة وابي يوسف على حل قليل ذلك انما هي بطريق الاشارة او الاقتضاء وقد تقرر في كتب الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارة النص واقتضائه عند التعارض فان اراد ذلك القائل بمعارضة ما رواه لهما المعارضة الموجبة للتساقط وهي المعارضة بدون الرجحان في احد الجانبين فليس بصحيح وان اراد المعارضة مع الرجحان في جانب الحديثين اللذين رواهما الخصم فليس بمفيد بل مخل كما لا يخفى **قوله** لان الماء يذهب اولا اللطافة او يذهب منها فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب قال الشراح اي على القطع والثبات وقال بعض الفضلاء فيه بحث لان الحرمة تثبت بالشبهة انتهى اقول مدار هذا البحث على عدم فهم مراد الشراح فان مرادهم بقولهم اي على القطع والثبات تقييد المنفي في قول المص فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب لا تقييد النفي فالمعنى ان ذهاب ثلثي ماء العنب على القطع والثبات لا يكون لان ذهاب ثلثي ماء العنب لا يكون على القطع والثبات وحاصله

قال ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به لان فيه اجراء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام وكهذا لا يجوز ان يداوي به جرحا او دبرة دابة ولا ان يسقي ذميا ولا ان يسقي صبيا للتداوي والوبال على من سقاه ولكن لا يسقيهما الدواب وقيل لا تحل الخمر اليهما اما اذا انقلبت الى الخمر فلا بأس به كما في الكلب والميتة ولو القي الدردي في الخل لا بأس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه لما قلنا **قال** ولا يحد شاربه اي شارب الدردي ان لم يسكر وقال الشافعي رح يحد لانه شرب جزءا من الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بلا مزاج ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد بعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في عجينة لا تؤكل لتحسبها بها ولا حد ما لم يسكر منه لانه اصابه الطعم ويكره اكل خبز عجن بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه **فصل** في طبخ العصير الاصل ان مذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يحل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي فيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل لان الذي يذهب زبدا هو العصير دونما عاجه واياما كان جعل كان العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلاثة واصل آخر ان العصير اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع ذهابا بالرقة ولطافة يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو الماء والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير

ان ذهابها القطعي لم يثبت لان عدم ذهابها قطعي فلما لم يثبت ذهابها على القطع والثبات بل احتمل ان يكون الذاهب اقل منها بان يذهب الماء او لا لاطافته قلنا بحرمة شرب ذلك العصير احتياطا بناء على ان الحرمة تثبت بالشبهة فلا محل للبحث المذكور والفرق بين تعلق القيد بالنفي وبين تعلقه بالمنفي في امثال هذا المقام اصل كثير قد نبه عليه في مواضع شتى من علم البلاغة فكيف خفي على ذلك القائل **قوله** ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله او بين التمر والزبيب نظر لان ماء الزبيب كماء التمر يكتفى فيهما بادنى طبخة وقد صرح بذلك القدوري قبل هذا وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد انتهى اقول وقول القدوري بعده ولا باس بالخليطين اظهر في ترويج نظر صاحب الغاية من قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذ لقائل ان يقول يجوز ان يكون في الاجتماع ما لا يكون في الانفراد فلا يستلزم الحل في الثاني الحل في الاول وقد تشبث صاحب الغاية في ترويج نظره بقول القدوري الاول ولم يتعرض لقوله الثاني وكان صاحب الكافي فهم ركاكة فيما ذكره المص ههنا حيث غير عبارته في الصورة الثانية فقال ولو جمع بالطبخ بين العنب والتمر او بين العنب والزبيب لا يحل ما لم يذهب بالطبخ منه ثلثاه انتهى ويحتمل ان يقع لفظ التمر في قول المص او بين التمر والزبيب بدل لفظ العنب سهوا من نفس المص او من الناسخ الاول الا انه يبقى نوع قصور في التعليل الذي ذكره ههنا عن افادة المدعى في الصورة الثانية على كل حال اذ لم يتعرض بالزبيب في التعليل فتامل اعلم ان تاج الشريعة وجه ما وقع في نسخ الهداية ههنا حيث قال فان قلت هذا المعنى لا يتاتى في التمر والزبيب على ما قال في المختصر انه يكتفى فيهما بادنى طبخة قلت ان هذا على ما روى هشام في النوادر عن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ انتهى واقتفى اثره العيني قلت ويؤيده ما ذكر في الفصل الثاني من كتاب الاشربة من المحيط البرهاني حيث قال فيه واذا طبخ الزبيب ادنى طبخة فهو النبيذ ويحل شربه ما دام حلوا واذا غلا واشتد وقذف بالزبد فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رح في ظاهر الرواية يحل الشرب وعلى قول محمد والشافعي رح لا يحل وروى هشام في نوادره عن ابي حنيفة وابي يوسف انه ما لم يذهب الثلثان بالطبخ لا يحل انتهى

فصل في طبخ العصير قال جماعة من الشراح لما كان طبخ العصير من اسباب منعه عن التخمر الحقه بالاشربة تعليما لا لقائما هو حلال على حده وقال بعضهم لما ذكر فيما تقدم ان العصير لا يحل ما لم يذهب ثلثاه شرع يبين كيفية طبخ العصير الى ان يذهب ثلثاه **قوله** لان الذي يذهب زبدا هو العصير او ما يمازجه واياما كان جعل كان العصير تسعة فيكون ثلثها ثلاثة اقول فيه شيء وهو ان وجه العصير تسعة دوارق على تقدير ان يكون الذاهب زبدا هو العصير غير ظاهر اذ لا يكون ح فرق بين الذاهب زبدا من عشرة دوارق وبين الباقي منها في كونها عصيرا فاذا جاز اعتبار بعض منها وهو الذاهب زبدا في حكم العدم بلا امر يوجبه فلم لا يجوز اعتبار بعض من التسعة الباقية منها ايضا في حكم العدم عند ذهابه بالطبخ والاظهر في تعليل هذا الاصل ان يقال لان الذي يذهب زبدا جعل كان لم يكن لان الزبد ليس بعصير فصار كما لو صب فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لم يعتبر الماء فكذلك هذا ويفصح عن ذلك ما ذكره صاحب الغاية نقلا عن اصل محمد رحمه الله حيث قال قال محمد في الاصل عشرة دوارق

وان كانا يذهبان معا تغلى الجرة حتى يذهب ثلثاها ويبقى ثلثها لانه ذهب ثلثان ماء وعصير والثلث الباقي ماء وعصير فصار كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير الثلثان ثلثاه ويبقى عشرة دوارق من عصير وعشرون دوارق من ماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجرة لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجرة لما قلنا والثلث بدفعة ودفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير خمرا ولو قطع عنه النار ففي مذهب الثلثان يحل لانه لو اوقد النار ثانيا لصار آخر من العصير اذا طبخ فذهب بتقطيره ثم يعود بعضه كما تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه ان تأخذ ثلث الجميع تضربه في الباقي بعد النصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب منه شيء فما خرج والقسمة في جزء ارطال ما به عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم بقي منه ثلثة ارطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلثة وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب منه شيء وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفنا ان الحلال ما بقي منه رطلان وتسعان وعلى هذا تخرج المسائل ولها طريق آخر وفيما اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل والله اعلم بالصواب

كتاب الصيد

الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا

وعصير تصب في قدر فتطبخ فتغلى وتقذف بالزبد فيجعل يأخذ ذلك الزبد حتى جمع من ذلك الزبد قدر دورق ثم يطبخ الباقي حتى يبقى ثلثه دوارق وهو ثلث الباقي بعد الدورق الذي اخذ زبده وذلك لان ما اخذ من الدورق زبد فجعل كانه لم يكن لان الزبد ليس بعصير واذا لم يكن الزبد عصيرا يعتبر بما لو كان صب فيه دورق من ماء لو كان كذلك لا يعتبر الماء وانما يعتبر العصير وهي تسعة دوارق فكذلك هذا الى ههنا لفظه **قوله** وفي ما اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل

قلت فيه ايهام لطيف لكتابة المسمى احدهما بكفاية المنتهى والاخر بالهداية

كتاب الصيد

قال صاحب غاية البيان مناسبة كتاب الصيد بكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات التي تورث السرور والنشاط في الادمي الا ان السرور في الاشربة المباحة اكثر لانه بامر يدخل في الباطن والسرور في الصيد بامر خارجي فكان الاول اقوى وصار بالتقديم اولى انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلان وضع كتاب الاشربة لبيان الاشربة المحرمة دون الاشربة المباحة والا لذكر فيه كل اشربة مباحة على التفصيل مع انه لم يذكر فيه من الاشربة المباحة الا بند قليل له مناسبة مع بعض الاشربة المحرمة في وجه ما حتى وقع لاجله الخلاف من بعض العلماء في حله على انهم صرحوا في اول كتاب الاشربة بان الاشربة جمع شراب والشراب عند اهل الشرع اسم لما هو حرام من المائعات فما معنى قوله ان كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات التي تورث السرور واما ثانيا فلان ما ذكره ههنا لا يناسب ما ذكره في اول كتاب الاشربة فانه قال هناك ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق ولكن قدم الشرب لانه حلال والاشربة فيها الحرام كالخمر انتهى فقد جعل هناك وجه تاخير الاشربة عن الشرب حرمتها وجعل ههنا وجه مناسبتها بالصيد اباحتها مع ايراث السرور فبين كلاميه في المقامين تنافر لا يخفى فالوجه الظاهر في مناسبة كتاب الصيد بكتاب الاشربة وفي تقديم الاشربة على الصيد ما ذكر في الشروح الاخر فراجعها **قوله** الصيد هو الاصطياد ويطلق على ما يصاد يعني ان الصيد مصدر بمعنى الاصطياد وهو اخذ الصيد كالاحتطاب هو اخذ الحطب ثم يراد به ما يصاد مجازا اطلاقا لاسم المصدر على المفعول وهو الممتنع المتوحش عن الادمي باصل الخلقة ماكولا كان او غير ماكول كذا في غاية البيان قال في الخلاصة وانما يحل الصيد بخمسة عشر شرطا خمسة في الصياد وهو ان يكون من اهل الزكوة وان يوجد منه الارسال وان لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وان لا يترك التسمية عمدا وان لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل وخمسة في الكلب منها ان يكون معلما وان يذهب على سنن الارسال وان لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وان يقتله جرحا وان لا يأكل منه وخمسة في الصيد منها ان لا يكون متقويا بانيابه او مخلبه وان لا يكون من الحشرات وان لا يكون من نابت الماء سوى السمك وان يمتنع نفسه بجناحيه او قوائمه وان يموت بهذا قبل ان يوصل الى ذبحه انتهى وذكرت هذه الشروط في النهاية وغاية البيان ايضا نقلا عن الخلاصة وذكرها صاحب العناية ايضا وقال كذا في النهاية ما سويا الى الخلاصة وقد جمع بعض الفضلاء في واحد من ابياتك الشروط حيث قال قوله وان يموت بهذا قبل ان يوصل الى ذبحه مستدركا معه قوله وان يقتله جرحا انتهى اقول لا استدراك فيه لان الشرط الذي اريد بقوله وان يقتله جرحا ليس مجرد قتله بل قتله جرحا والمقصود منه الاحتراز عن قتله خنقا فانه لا يحل اكله كما ستقف عليه وكذا الشرط الذي اريد بقوله او يموت بهذا قبل ان يوصل الى ذبحه ليس مجرد موته بل موته

ولقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان اكل منه فلا تأكل لانه انما امسكه على نفسه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكنه من اقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم حملة ما يحويه الكتاب فصلان احدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي **فصل** في الجوارح **قال** يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكاته

قبل ان يوصل الى ذبحه اذ لو مات بذلك بعد ان يصل المرسل الى ذبحه لم يحل اكله ان لم يذبحه المرسل كما ستعرفه ايضا ولا شك ان اشتراط ان يقتله الكلب جميعا لا يغني عن اشتراط ان يموت الصيد بجرح الكلب قبل ان يصل المرسل الى ذبحه لجواز ان يقتله الكلب جرحا بعد ان يصل المرسل الى ذبحه فح لا يحل اكله فلا بد من بيان الشرط الاخر ايضا على الاستقلال وطعن صاحب العناية في حاشية انقل عن الخلاصة حيث قال فيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد وللاكل بالكلب لا غير على انه لو انتفى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل لكن ادركه حيا فذبحه وكذا اذا لم يمت بهذا لكنه ذبحه فانه صيد وهو حلال انتهى اقول يمكن ان يعتذر عما ذكره في علاوته بان الكلام في شرائط حل الصيد المحض وهو الذي لم يدركه الصياد حيا بل مات بجرح آلة الصيد كالكلب والباز والرمي وصار مذبوحا بالذبح الاضطراري وما ادركه حيا فذبحه لا يكون صيدا محضا بل يصير ملحقا بسائر ما ذبح بالذبح الاختياري فيكون خارجا عن محل الاشتراط وطعن بعض الفضلاء في قول صاحب العناية فيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد وللاكل بالكلب حيث قال فيه تسامح بل شرط حل الصيد اقول الظاهر ان مراد صاحب العناية بالاصطياد في قوله لان هذا شرط الاصطياد وللاكل هو الاصطياد الشرعي وهو ما كان حلالا فيؤول معنى قوله شرط الاصطياد الى شرط حل الصيد فان عد هذا تسامحا فهو من قبيل التسامح في التعبير بناء على ظهور المراد ولا يبالي بمثله بخلاف ما ذكره صاحب العناية من التسامح في كلام صاحب الخلاصة فانه راجع الى المعنى تدبر تفهم ثم قصد ذلك البعض دفع ما ذكره صاحب العناية في علاوته حيث قال مراد صاحب الخلاصة بيان شرائط حل صيد قتله الكلب ولم يكن فيه آلة غيره فتأمل انتهى اقول لا يذهب عليك ان كلام صاحب الخلاصة مع عدم مساعدته لهذا التقييد وعدم قيام قرينة عليه لا يدفع كون مراده هذا المعنى التسامح الذي حاصله التقصير في البيان فانه لا وجه لبيان شرائط حل نوع مخصوص من انواع الصيد وترك بيان شرائط سائر انواعه بلا ضرورة داعية اليه **قوله** ولقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما مد التحريم الى غاية فاقتضى الاباحة فيما وراء تلك الغاية كذا قالوا واعترض عليه صاحب العناية حيث قال فيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة انتهى اقول لا نسلم ان مفهوم الغاية ليس بحجة بل هو حجة بالاتفاق كما نص عليه العلامة التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح بصدد بيان المخلص لدفع التعارض بين قراءة التشديد وقراءة التخفيف في قوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن

فصل في الجوارح قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لان آلة الصيد هنا حيوان وفي الرمي جماد وللحيوان فضل على الجماد والفاضل يقدم على المفضول كذا في الشروح **قوله** وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكوته قال صاحب العناية انما اورد رواية الجامع الصغير لقوله ولا خير فيما سوى ذلك اي فيما سوى المعلمة من ذي الناب والمخلب فان رواية القدوري تدل على الاثبات لا غير ورواية الجامع الصغير تدل على الاثبات والنفي جميعا انتهى اقول فيه شيء اذ قد صرحوا في شروح هذا الكتاب وغيرها بان تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق فرواية القدوري ايضا تدل على اثبات جواز الاصطياد بما ذكر ونفي جوازه بما سوى ذلك فلم يتم قوله ان رواية القدوري تدل على الاثبات لا غير اللهم الا ان يكون مراده ان رواية القدوري تدل بمنطوقها على الاثبات لا غير وان دلت بمفهومها على النفي ايضا واما رواية الجامع الصغير فتدل بمنطوقها على الاثبات

والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين

والنفي معا لكن لا يظهر في ايراد رواية الجامع الصغير كثير نفع كما لا يخفى قال جماعة من الشراح انما ذكر في الجامع الصغير بلفظ لا باس مع ثبوت اباحته الاصطياد بالكتاب لان قوله تعالى وما علمتم من الجوارح قد خص منه البعض وهو الخنزير والاسد والذئب والنص اذا خص منه البعض يصير ظنيا فتتمكن فيه الشبهة كما عرف في الاصول فلذلك ذكر بلفظ لا باس انتهى اقول فيه نظر لان الخنزير مخصوص من النص المذكور بالعقل لانه نجس العين والعقل يدل على عدم جواز الانتفاع بالنجس وقد عرف في علم الاصول ان النص الذي خص منه شيء بالعقل لا يصير ظنيا بل يكون قطعيا لكونه في حكم الاستثناء وقد اشار اليه المص بقوله فيما بعد والخنزير مستثنى لانه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به واما الاسد والذئب فليسا بداخلين راسا في النص المذكور لانهم صرحوا بان الاسد والذئب لا يصلحان للتعليم لانهما لا يعملان للغير فلم يدخلا تحت قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ولا يخفى ان تخصيص شيء من شيء فرع دخوله فيه اولا فاذا لم يدخلا في النص المذكور لم يكونا مخصوصين منه ولئن سلم كل من تلك الثلاثة مخصوصا من النص المذكور وكون تخصيص كل واحد منها منه بالكلام المستقل دون العقل فلا نم كون ذلك النص بعده ظنيا اذ قد تقرر في علم الاصول ان العام الذي اخرج منه البعض بكلام مستقل انما يصير ظنيا اذا كان المخرج موصولا بذلك واما اذا لم يكن موصولا به فيكون قطعيا في الباقي ويطلق على مثل هذا الاخراج في عرف اهل الاصول النسخ دون التخصيص ولا شك ان مخرج تلك الجوارح الثلاثة من النص المزبور ليس بموصول بذلك النص فلا يصير ظنيا لا محالة تدبر **قوله** والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين وذلك لانه عطف على الطيبات في قوله تعالى قل احل لكم الطيبات اي احل لكم الطيبات وصيد ما علمتم من الجوارح فحذف المضاف كذا في الكافي والشروح قال صاحب العناية بعد ذلك فيه نظر لان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم والجواب ان ذلك اذا لم يدل الدليل على القران وههنا قد دل فان قوله تعالى قل احل لكم الطيبات جواب عن قوله تعالى يسالونك ماذا احل لهم فان لم يكن وما علمتم من الجوارح مقارنا له لم يكن ذكره على ما ينبغي انتهى اقول نظره فاسد وجوابه كاسد اما الاول فلان اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه في الحكم السابق واجب لا محالة مقرر في علم النحو بلا ارتياب فيلزم في الآية المذكورة الاشتراك في حكم الاحلال ضرورة وقول الاصوليين القران في النظم لا يوجب القران في الحكم ليس بانكار لمثل هذه القاعدة المقررة في علم النحو بل معناه ان مجرد المقارنة في النظم لا يوجب المقارنة في الحكم بدون ان يتحقق امر مقتض للمقارنة في الحكم ايضا وفيما نحن فيه قد تحقق ذلك وهو قضية العطف واما الثاني فلان للسائل ان يقول بما يلزم من ان لا يكون وما علمتم من الجوارح مقارنا لاحل لكم الطيبات ان لا يكون ذكره على ما ينبغي ولو كان وما علمتم من الجوارح داخلا تحت جواب قوله تعالى يسالونك ماذا احل لهم ومن يقول ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم كيف يسلم ذلك بل يقول يجوز ان يكون جواب ذلك قل احل لكم الطيبات فقط ويكون ما بعده كلاما مستقلا مسوقا لبيان حكم جديد ولا فائدة فائدة اخرى ثم قال صاحب العناية ويجوز ان يكون وما علمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلوا مما امسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالحمل عليه اولى انتهى اقول في تفريع قوله فالحمل عليه اولى نظر لان الاعتراض المذكور لا يرد على معنى الآية بالتفسير الاول بل على الاستدلال به على مسئلتنا بعده ولا يخفى ان تعيين معنى الآية او رجحان احد محتمليها لا يتوقف على تمام الاستدلال بها بل الامر بالعكس فما معنى تفريع قوله فالحمل عليه اولى

والجوارح الكواسب تناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدي رضي الله عنه وتسمية الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف رحمه الله تستثنى من ذلك الاسد والذئب لانهما لا يعلمان لحوم الاسد لعظمه والذئب لخباثته والحق بهما سائر الجوارح الخباثة والخنزير مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لابد من التعليم لان ما لم نا من النص مطلق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال لانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بارساله ويمسكه عليه **قال** وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلث مرات وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته وهو ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه وكان اية التعليم ترك ما دربه الوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة اية تعليمه اما الكلب فهو الوف يعتاد الانتهاب فكان اية تعليمه ترك ما الوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الاكل ثلثا وهذا عند محمد وهو رواية عن ابي حنيفة رحمهم الله لان فيما دونه يوجد الاحتمال فلعله ترك مرة او مرتين شبعا فاذا ترك ثلثا دل على انه صار عادة له وهذا لان الثلث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار كما في مدة الخيار وفي بعض قصص الاخبار ولان الكثير هو الذي يقيم اماتة على العادة دون القليل والجمع هو الكثير ولو ناه الثلث فقدر بها عند ابي حنيفة على ما ذكره الاصل لا يثبت التعليم حالا يغلب على ظن الصائد انه معلم ولا يقدر بالثلث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سماع فيفوض الى راي المبتلى به كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل عاما اصطاده ثانيا وعندهما لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف للباز في سكوت المحل وله انه اية تعليمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسئلة لان الاذن اعلام ولا يتحقق دون علم العين ذلك بعد المباشرة **قال** اذا ارسل كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله لما روينا من حديث عدي رضي الله عنه ولان الكلب او البازي آلة والذبح لا يحصل بجرح الآلة الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي واموال المسلمين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه ناسيا حل ايضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطرارية وهو الجرح في اي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة اليه بالاستعمال

على قوله وهو سالم عن الاعتراض المذكور **قوله** والجوارح الكواسب في تناول الكلاب المسلطين يتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدي بن حاتم اقول لا صحة لهذا الكلام اذ لا يذهب على ذي مسكة ان ليس مقصود المص بيان صحة تاويل دون تاويل آخر اذ لا تنافي بين التاويلين كما سيجيء في الكتاب وايضا عموم حديث عدي لا ينافي التاويل الآخر وهو ان يكون الجوارح هي التي تخرج من الجارحة بل يوافقه ايضا فما معنى الاستدلال بعمومه على صحة تاويل دون آخر فالظاهر ان مراد المص بقوله دل عليه ما روينا من حديث عدي انما هو الاستدلال على تناول ما في الآية الكل بحديث عدي بن حاتم فالمعنى دل على تناول الكل ما روينا من حديث عدي وبينه بقوله واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد لكن بقي شيء في كلام المص وهو ان المدعى جواز الاصطياد بكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فالمراد بالتناول في قوله فيتناول الكل بعمومه انما هو التناول لكل ما في المدعى ولا يخفى ان حديث عدي لا يدل عليه لانه لا يتناول جوارح الطيور وانما يتناول جوارح السباع على تقدير ان يراد بالكلب المذكور فيه كل ذي سبع دون النوع المعين المعروف **قوله** لان ما تلونا من النص مطلق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال اقول فيه نوع شبهة لان كون ما تلاه من الآية ناطقا بالتعليم وما رواه من الحديث ناطقا بالتعليم وبالارسال مما لا كلام فيه واما كون ما تلاه من الآية ناطقا باشتراط التعليم وكون ما رواه من الحديث ناطقا باشتراط التعليم كما هو المدعى ههنا وباشتراط الارسال ايضا فليس بظاهر وانما يدلان على الاشتراط المذكور بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا في الادلة الشرعية كما عرف ولان آية التعليم ترك ما هو الوفه عادة والباز متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه واما الكلب فهو الوف عادة يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه تارك ما الوفه وهو الاكل والاستلاب قال صاحب النهاية ولكن هذا الفرق لا يتاتى في الفهد والنمر فانه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول كذا في المبسوط انتهى وتبعه في اثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وزعم صاحب العناية انه ليس بوارد حيث قال فيه نظر لان هذا الفرق لا يتاتى في الفهد والنمر فانه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وليس بوارد لانه انما ذكره فرقا بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح واذا اريد الفرق عموما فالمعتمد هو الاول الى ههنا لفظه اقول ما قاله غير وارد وتوجيه كاسد لان اسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع كما ذكره المص فيما مر انفا والظاهر ان المراد بالكلب في المدعى ههنا هو المعنى العام لكل سبع لا الكلب المخصوص والا يلزم ان يترك بيان حال تعليم سائر السباع بالكلية والمراد في التعليل ايضا هو الفرق عموما والذي يفيد الفرق عموما هو التعليل الاول دون الثاني فالمعتمد هو الاول كما ذكره في عامة المعتبرات حتى المبسوط ثم ان بعض الفضلاء بعد ان تنبه لما فيما قاله صاحب العناية من الركاكة قال ولعل الاولى ان يجاب بانه لما كانت ذوات الناب كلها جنسا واحدا وكان اكثرها يستعمل منها في الصيد اعم فاجمع ان في طبع غيره الالف ايضا على ما تراه في الدب والاسد وغيرهما اذا رمي من صغره في البيت بخلاف جوارح الطير جعل الكلب في حكم واحد في التعليم يعني ان حكم التعليم على جنس الكلب تيسيرا كما في نظائره فليتامل انتهى اقول ليس هذا ايضا بسديد اذ بعد ما تقرر ان الفهد والنمر مما لا يتاتى فيه الالف بل هما متوحشان كالبازي

وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح لانه من الجرح بمعنى الجراحة في تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وعن ابي يوسف رح انه لا يشترط رجوعا الى التاويل الاول وجوابه ما قلنا **قال** فان اكل منه الكلب لم يؤكل وان اكل منه البازي اكل عرفت ما بينهما في دلالة التعليم وهو مذهب ابي بكر وعمر رضي الله عنهما وهو مذهب علي مالك وعلي الشافعي رح في قوله القديم في باحة ما اكل الكلب منه دليله انه صاد صيدا ولم يأكل منه فاشبه ما اذا اكل من صيده لا يؤكل هذا الصيد لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده لاحتمال تعليمه معا على اصلاق الروايات كما بيناه فان الابتداء واما الصيد الذي اخذها من قبل فما اخرجها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرم بان كان في المفازة بان لم يظفر صاحبه بعد ثبتت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرم في بيته محرم عندنا خلافا لمالك رح لان الاكل ليس بدليل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى لان فيها احرازا وقد امضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير الحرفة لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز فرعناه احتياطا ولذا اشبه آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا تنسى اصلا فاذا اكل تبين انه كان تركه لا لكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لا يبطله بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولو ان صقرا فر من صاحبه ذلك حينا ثم صاد لا يؤكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيعلم بجهله كالكلب اذا اكل من الصيد ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه اكل لانه امساك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة والقاها اليه فاكلها يؤكل ما بقي

لا يكون جعل انواع الكلب كلها في حكم واحد واداره حكم التعليل على جنس الكلب من باب التيسير بل يكون من باب التعسير والتشديد اذ يلزم اذ ذاك ان يحمل على المتوحش الجهل على الالوف وهو غير ميسر لا محالة ثم اقول بقي شيء في التعليل الاول ايضا وهو انه قد ذكر في عامة الكتب ان شمس الائمة السرخسي قال ناقلا عن شيخه شمس الائمة الحلواني للفهد خصال ينبغي لكل عاقل ان ياخذ ذلك منه وعد منها انه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه اذا اكل من الصيد فيتعلم بذلك فقد ظهر منه ان تحمل بدن الفهد للضرب لا يجدي شيئا في حق تعليمه وقد كان مدار الفرق بين البازي والكلب في التعليل الاول هو ان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيرد عليه ان مجرد احتمال بدن الكلب الضرب لا يفيد المدعى في حق الفهد اذ هو غير مؤثر في حق تعليمه فتامل **قوله** وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وذلك لان النص اذا ورد فيه اختلاف المعاني فان كان بينها تنافي يثبت احدها بدليل يوجب ترجيحه لا الجميع وان لم يكن بينها تنافي يثبت الجميع اخذا باليقين كما في قوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن قيل اريد به الحبل وقيل الحيض والصحيح انهما مرادان لانه لا تنافي بينهما فكذا ههنا لا تنافي بين الكسب والجراحة كذا في عامة الشروح قال صاحب الغاية فاقول على ما قالوا يلزمه عموم المشترك في موضع الاثبات وهو فاسد انتهى وذكره صاحب العناية على وجه البسط والتوسيع حيث قال فيه نظر لان الجرح اما ان يكون مشتركا بين الكسب والجرح الذي يحصل به الجراحة او يكون حقيقة في احدهما مجازا في الاخر والمشترك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز بخلاف قوله تعالى ما خلق الله في ارحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطي الى هنا كلامه اقول يمكن الجواب عنه بان مراد المص من قوله يحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه انه يجمع في الاعتبار والعمل بين كلا معنيي النص المذكور من التاويلين لعدم التنافي بينهما وفيه اخذ باليقين اذ يوجد في المجموع كل واحد منهما فاي منهما يراد في النظم الشريف كان ماخوذا في الاعتبار والعمل وليس مراده ان كلا التاويلين يراد ان لفظ النص المذكور حتى يلزم عموم المشترك في الاثبات او الجمع بين الحقيقة والمجاز وصاحب الغاية لزعمه ان مرادهم هو الثاني قال في تفسير قول المص فيحمل على الجارح الكاسب يعني يجمع في معنى الآية بين التاويلين وكان حق التفسير ان يقال يعني يجمع في الاعتبار والعمل بين التاويلين كما نبهت عليه آنفا وقال صاحب معراج الدراية ههنا فان قيل فيه جمع بين الحقيقة والمجاز او عموم المشترك لان الجوارح اما ان تكون حقيقة في الكواسب او مجازا قلنا لا كذلك بل الجوارح اخص من الكواسب فلو كان المراد الكواسب الجوارح لا يلزم ذلك انتهى اقول جوابه ليس بسديد لان كون الجوارح اخص من الكواسب لا يدفع لزوم المحذور المذكور في السوال اذ لا شك ان مفهوم الاخص يغاير مفهوم الاعم والا يلزم ان يكون الشيء اخص منه نفسه وهو ظاهر البطلان ولا ريب ان اللفظ الواحد لا يطلق على المعنيين المتغايرين سواء كان احدهما اخص من الاخر ام لا الا بطريق الاشتراك او بطريق الحقيقة والمجاز فيلزم احد المحذورين المذكورين في السوال قطعا على تقدير ارادتهما معا من لفظ واحد **قوله** وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي اقول في كلامه نظر لانه ان ضمير هو في قوله وهو مؤيد ان كان

لانه لم يبق صيدا فصار كما اذا القى اليه طعاما غيره وكذا اذا ذئب الكلب فاخذه منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف
ما اذا فعل ذلك قبل ان يجرحه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية ولو نهش الصيد فقطع منه بضعة فاكلها قيل ان ادرك الصيد فقتله ولم ياكل منه لم يؤكل لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من
الصيد ولو القى ما نهشه واتبع الصيد فقتله ولم ياكل منه واخذه صاحبه ثم رمى تلك البضعة فاكلها يؤكل الصيد لانه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل
لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول لانه اكل في حالة الاصطياد وكان جاهلا معتمدا لنفسه ولان نهش البضعة كان لنفسه وقد يكون جلدا في الاصطياد لضعف يقطع القطعة منه
فيذكيه فالاكل قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جملة **قال** وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل ولكن الباء
والسهم لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم تثبت قبل موته فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحيوة
فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله يحل وهو قول الشافعي رحمه الله لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا رمى الماء ولم يقدر على الاستعمال
وجه الظاهر انه قدر اعتبارا لانه ثبت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية
في امر الذبح فادير الحكم على ما ذكرنا تحقيقا وما اذا بقي فيه من الحيوة مثل ما يبقى في المذبوح لانه ميت حكما الا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت
ليس بمذبوح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو انه ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وان لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا فيعطى حكم ذكاة
الاضطرار وهذا اذا كان يرجى بقاؤه اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل هذا قولهما
اما عند ابي حنيفة رحمه الله لا يؤكل ايضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار رد الى المرسل على ما ذكرناه انشاء الله تعالى اذ ترك التذكية فلو انه ذكاه حل اكله عند ابي حنيفة
وكذا المرسلة والمنخنقة والموقوذة والذي يعقر الذئب بطنه وفيه جرح خفيف او سنة وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناء مطلقا من غير فصل عند ابي يوسف اذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح

راجعا الى الفرق كما هو الظاهر من اسلوب تحريره يرد عليه ان حديث عدي لا يفيد الفرق المذكور اصلا فانه انما يدل على ان لا يؤكل ما اكل منه الكلب
ولا يدل على ان لا يؤكل ما اكل منه الباز وافادة الفرق انما تكون بالدلالة عليهما معا وان كان راجعا الى مضمون قوله فان اكل منه الكلب والفهد
لم يؤكل كان حق قوله وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي ان يذكر عقيب قوله فان اكل منه الكلب او الفهد لم يؤكل ولما وسط بينهما قوله
وان اكل منه الباز اكل وقوله والفرق ما بيناه في دلالة التعليم كان الكلام قلقا كما لا يخفى **قوله** وهو حجة على مالك وعلى الشافعي في قوله القديم
في اباحة ما اكل الكلب منه فان قيل روى ابو ثعلبة الخشني رضي الله عنه ان عليه السلام قال له في صيد الكلب كل وان اكل منه وذلك دليل واضح لهما اجيب
بانه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم فان الامساك عليهم ان لا يؤكل منه وحين اكل منه دل انه امسك على نفسه كذا في العناية
اخذا من النهاية اقول يرد على هذا الجواب ان قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم انما يدل على اباحة اكل ما لم ياكل منه الكلب ولا يدل على عدم اباحة
اكل ما اكل منه الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر عندنا كما عرف في علم الاصول فلم يتحقق التعارض بين ذلك الحديث وبين قوله تعالى
فكلوا مما امسكن عليكم حتى يلزم ان يترك العمل بالحديث لكونه خبرا واحدا لا يقال يحصل بهذا الجواب الزام الشافعي لان مفهوم المخالفة حجة عنده
وهذا القدر كاف في صحة الجواب لانا نقول لا يحصل الزامه ايضا لان من يقول بكون المفهوم حجة لا ينكر كون المنطوق اقوى منه فلا يتحقق حكم
التعارض عنده ايضا والحق عندي في الجواب عن اصل السؤال ان يقال حديث ابي ثعلبة معارض لحديث عدي وحديث عدي مرجح على
حديث ابي ثعلبة لان حديثه يحل ما اكل منه الكلب وحديث عدي يحرمه وقد عرف في اصول الفقه ان المحرم يرجح على المحل عند التعارض فيجعل
ناسخا له فوجب العمل بحديث عدي دون حديث ابي ثعلبة **قوله** ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء
قال صاحب العناية اراد ما ذكر انه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ اقول في تفسير مراد المص بما ذكره هذا الشارح ليس بصحيح لان فيما ذكره المص بقوله
يحل عنده ما اصطاده ثالثا الى اخره روايتين لا غير رواية عن ابي حنيفة وهي حل ما اصطاده ثالثا ورواية عن ابي يوسف ومحمد وهي عدم
حل ذلك وقد قال المص ههنا على اختلاف الروايات كما بيناها بصيغة الجمع فكيف يتصور ان يكون مراده ما ذهب اليه الشارح المذكور فالصواب
ان مراد المص بقوله ههنا على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء وهو الاشارة الى ما ذكره فيما مر بقوله ثم شرط ترك الاكل ثلثا وهذا عندهما
وهو رواية عن ابي حنيفة الى آخر ما ذكره في تلك المسالة فح تتحقق الروايات وينقسم صيغة الجمع كما لا يخفى **قوله** هما يقولان ان الاكل ليس بدليل على
الجهل فيما تقدم لان الحرمة قد تنسى اقول الظاهر مما ذكره بعد هذا بقوله ولان فيما احرزه الخ ان يكون المذكور دليلا تاما لهما فيرد عليه انه توهم
لدل على ان لا تثبت الحرمة عندهما في ما كان غير محرز في المغازة ايضا لجريان هذا الدليل في ذلك ايضا مع انه تثبت الحرمة فيه بالاتفاق
كما صرح به المص من قبل فتامل **قوله** وكذا اذا ذئب الكلب فاخذه منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار
كما اذا افترس شاته قال صاحب العناية وطولب في الفرق بين ما ذئب فاخذ من صاحبه واكل وبين ما اكل بعد ما قتل فان الصيد
كما خرج عن الصيدية باخذ صاحبه جاز ان يخرج ايضا بقتله واجيب بانه اذا لم يتعرض بالاكل حتى اخذه صاحبه دل انه كان ممسكا على صاحبه

وقال محمد رح ان كان يعيش مثله فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه ولو ادركه ولم ياخذه فان كان في وقت لو اخذه امكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار في حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه ذبحه اكل لان اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد وان ادركه فذكاه حل لانه ان كانت فيه حيوة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم تكن فيه حيوة مستقرة فعند ابي حنيفة رح ذكاته ما ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح واذا ارسل كلبه على صيد واخذ غيره حل وقال مالك رح لا يحل لانه اخذه بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار اليه ولنا انه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه ياخذ ما عينه فسقط اعتباره ولو ارسله على صيود كثيرة وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد فتكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الاول فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احديهما فوق الاخرى وذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة ومن ارسل فهده فكمن حتى يستمكن ثم اخذ الصيد فقتله يؤكل لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال وكذا الكلب اذا اعتاد عادته ولو اخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذ آخر فقتله وقد ارسله صاحبه اكلا جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه واصاب آخر ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه له وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم ولو ارسل بازه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله فانه يؤكل وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للتمكن لما بيناه في الكلب ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدرى ارسله انسان ام لا لا يؤكل لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه **قال** وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدلك على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة رح انه اذا كسر عضوا فقتله لا باس باكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض سببا لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق **قال** وان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا لم يؤكل لما روينا في حديث عدي رضي الله عنه ولانه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصا او احتياطا ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح الاول يكره اكله لوجود المشاركة في الاخذ وفقدها في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على الصيد فاخذه وقتله لا باس باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما **قال** واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا باس بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب

وانتهاشه منه ومن لحم آخر في مخلاة صاحبه سواء واما اذا اكل قبل الاخذ كان ممسكا على نفسه انتهى كلامه اقول هذا الجواب لا يدفع المطالبة المذكورة لان حاصلها نقض ما ذكره المص في تعليل مسئلة الوثبة من انه ما اكل من الصيد بما اذا اكل بعد ما قتل فان ذلك التعليل متمش في صورة القتل ايضا اذ الصيد كما يخرج عن الصيدية باخذ صاحبه يخرج ايضا بقتله فلم يتحقق الاكل من الصيد في الصورتين معا مع انهما مفترقان في الحكم وحاصل الجواب المذكور بيان فرق بينهما من جهة اخرى غير ما ذكره المص في التعليل ولا يذهب عليك ان ذلك لا يدفع ورود المطالبة المذكورة على ما ذكره المص في التعليل ولقد احسن صاحب النهاية ههنا في التقرير حيث قال فوجه الفرق بين هذا وبين ما اذا اكل الكلب من الصيد بعد ما قتله قبل ان ياخذ الصائد حيث لا يؤكل وفي هذه الصورة وهي ما اكل منه بالوثبة بعد اخذ الصائد يؤكل وتعليل الكتاب ههنا بقوله لانه ما اكل من الصيد شامل للصورتين ومع ذلك افترقا في الحكم والاوجه فيه هو ان الفرق انما ينشأ بينهما من حيث وجود الامساك لصاحبه وعدم الامساك له فههنا اي في مسئلة الوثبة لما لم يؤكل من الصيد الى ان اخذه صاحبه ثم امساكه على صاحبه وهناك لما اكل من الصيد بعد قتله قبل ان ياخذه صاحبه علم انه انما امسكه لنفسه لا لصاحبه فخرج به من ان يكون معلما انتهى فانه طعن في التعليل المذكور في الكتاب لشموله للصورتين مع افتراقهما في الحكم وبين وجها آخر فارقا بينهما وعده اوجه لكونه سالما عن ورود المطالبة بالفرق بينهما ثم اقول التحقيق ان المطالبة بالفرق بين تينك المسئلتين ساقطة عما ذكر في الكتاب ايضا لان المص تدارك دفعها بقوله بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه لم تثبت فيه جهة الصيدية فان وجه بقاء الصيدية فيه على ما صرح به الشراح هو ان الصيد اسم لمتوحش غير محرز فقد زال التوحش بالقتل وبقي عدم الاحراز قبل ان يحرزه المالك فما بقي شيء من آثار الصيد ولوازمه يبقى حكم الصيدية فيه فظهر الفرق بين مسئلة الوثبة وبين ما اذا اكله بعد ان قتله قبل ان ياخذه الصائد تامل ترشد وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم علم ان قوله وان ادرك المرسل الى قوله حتى مات لم يؤكل عبارة القدوري في مختصره وقوله وكذا البازي والسهم زيادة من المص فاقول هذه الزيادة من المص ههنا امر زائد مستغنى عنه جدا عندي اما قوله وكذا البازي فظاهر لان قول القدوري وان ادرك المرسل الصيد حيا يتناول صيد الكلب وصيد البازي وليس فيه شيء يقتضي اختصاصه بالاول فلا حاجة الى ذكر قوله وكذا البازي بل لا وجه واما قوله والسهم فلان حكم مسئلة السهم سيجيء في باب الرمي مفصلا الا يرى الى قوله هناك واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرح السهم فمات وان ادركه حيا ذكاه انتهى فلا حاجة الى بيانه ههنا **قوله** وقال محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه قال صاحب النهاية والكفاية اراد بقوله ما قررناه قوله لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقال صاحب الغاية والعناية اشار بذلك الى قوله لانه ميت حكما اقول الحق ما قاله الشارحان الاخيران لان قوله لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر تعليل الحل اكل ما شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يفرق احد في تلك الصورة بين ما يعيش فوق ما يعيش المذبوح وبين ما لا يعيش فوق ذلك بل جعلوا كليهما مما بقي فيه اضطراب المذبوح وفيما نحن فيه فرق محمد بينهما وقوله لانه لا معتبر بهذه الحيوة تعليل الحكم احدهما وهو ما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح فكيف يتم ان يريد بقوله

ورجحه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الاسى والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه **قال** ولو ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لان الزجر دون الارسال لهذا لو ثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي وان ارسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا باس باكله لان الزجر مثل الانفلات لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه وقتله اكل وكذا اذا ارسل كلبين فوقفا وبعده انه قتله لا يؤكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فيجعل عفوا ولو ارسل جارحين كل واحد منهما كلبا فوقفا واحدهما وقتله الآخر اكل لما قلنا وللملك للاول لان الاول اخرجه عن حد الصيد بالارسال من الثاني فحصل على الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال لا الجرح بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الجرح من الكلب الاول **فصل** الرمي ومن رمى سهما حيا ظنه حشيشا او ترابا او ميتا فاصاب صيدا ثم تبين انه حي صيد حل المصاب اي صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف انه خص ذلك الجواب بلفظ التقريب لانه لا تثبت الاباحة في شيء منه خلاف السباع لانه يؤتى في بلده وارض فيرمي خصما ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة وجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يتحقق بالماكول فوقع الفعل اصطيادا وآخر فعل مباح في نفسه واباحة التناول رجع الى المحل فتثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقد لا تثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا واصاب كانه رمى الى صيد فاصاب غيره وان تبين انه حي آدمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب لان الفعل ليس باصطياد والطير الذي يأوي البيوت اهلي والظبي الموثق بمنزلته لما بينا ولو رمى الى طائر فاصاب صيدا او رمى الى طائر ولا يدري وحشي هو او غيره وحشي حل الصيد لان الظاهر فيه الوحشي ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا لا يدري ناد هو ام لا يحل الصيد لان الاصل فيه الاستيناس وكونه الى سهمه او جراحته فاصاب صيدا يحل في رواية عن ابي يوسف رحمه الله فيه وفي اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما ولو اصاب السهم حشيشا وقد ظنه آدميا فاذا هو صيد يحل لانه لا معتبر بظنه مع تعنته واذا اصاب الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا خرج السهم فمات لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فتشترط التسمية عند الرمي وجميع البدن محل لهذا اللزوم من الذكاة وكما بد من الجرح فيتحقق معنى الذكاة على ما بيناه **قال** فان ادركه حيا ذكاه وقد بيناها بوجوهها والاختلاف فيها في الفصل الاول فلا نعيده.

في ذيل هذا التعليل على ما قررناه ما يعمهما معا بخلاف قوله لانه ميت حكما لانه تعليل لحل اكل ما بقي فيه من الحيوة مثل ما يبقى في المذبوح لا فرق ما بقي في المذبوح وما لا يبقى فيه من الحيوة فوق ما يبقى في المذبوح مما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح فتنتظم الاشارة اليه ههنا بقوله على ما قررناه تدبر تفهم **قوله** ووجه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الاسى والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال بعض الفضلاء لك ان تقول لا تمس الحاجة الى الدفع بل تكفي المشاركة في اثبات الحرمة او شبهها انتهى اقول ليس هذا بوارد لان الارسال اصل والزجر تبع والتبع لا يعد مشاركا للاصل في ترتب الحكم وقد اشار اليه المص في تعليل المسالة السابقة حيث قال لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع انتهى ولئن سلم مشاركة الزجر للارسال فلا نم كفاية مجرد المشاركة في اثبات الحرمة او شبهها بل لا بد من ان يكون اللاحق وهو الزجر ههنا اقوى من السابق او مساويا له حتى يرفع به السابق واما اذا كان ادنى منه فلا تاثير له في الحكم وقد اشار اليه المص في تعليل المسالة اللاحقة حيث قال لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل انتهى قال في العناية ونوقض بالمحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء واجيب بان الجزاء في المحرم بدلالة النص فانه اوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى انتهى اقول لقائل ان يقول ان هذا الجواب لا يدفع النقض المذكور بل يقويه فانه اذا ثبت بدلالة النص وجوب الجزاء على المحرم في الصورة المذكورة انما ثبت بدلالة النص على خلاف القياس بناء على ان القياس يترك بالنص وهذا لا يقدح في كلية الاصل المذكور المبني على القياس تفكر **قوله** وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا باس باكله لان الزجر مثل الانفلات قال جمهور الشراح يعني من حيث ان كل واحد غير مشترط في حل الصيد بخلاف الارسال انتهى اقول ليس هذا الشرح سديد عندي اذ لم يكن الكلام فيما سبق في كون الفعل الغير المشروط في حل الصيد مرفوعا بما هو مشروط في حله او بما هو مثله بل كان الكلام في كون الفعل مرفوعا بما هو فوقه في القوة او بما هو مثله فيها كما في نسخ الآسي فالوجه ههنا ان يقال يعني ان الزجر مثل الانفلات في القوة والضعف وتعليل المص اياه بقوله لانه انكان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا بمنزلة الصريح فيما قلناه تبصر

فصل في الرمي لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجمادية وقد مر وجه تقديم الاول **قوله** والظبي الموثق بمنزلته قال اكثر الشراح منهم صاحب العناية اي بمنزلة الآدمي اقول هذا التفسير ليس بجيد اذ الظاهر ان الظبي الموثق بمنزلة الحيوان الاهلي دون الآدمي اذ لا مناسبة بين الانسان والحيوان بخلاف الحيوانين فان قلت المراد بكون الظبي الموثق بمنزلة الآدمي مجرد كونه غير صيد كالآدمي لا الاشتراك في جميع الاوصاف فلا محذور في جعله بمنزلة الآدمي قلت لو كان مراد المص هذا المعنى لقال والطير الداجن الذي يأوي البيوت والظبي الموثق بمنزلته اذ لا فرق بينهما في مجرد كونهما غير صيد ولما فصل بينهما فقال والطير الداجن الذي يأوي البيوت اهلي والظبي الموثق بمنزلته علم ان المراد ليس مجرد ان لا يكون صيدا بل الاشتراك في بعض الاحوال ايضا فالوجه في تفسير قول المص والظبي

قال واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتا اكل ان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل لما روي عن النبي عليه السلام انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته ولان ذكاة الموت بسبب آخر قائم فما يشتغل ان يحل اكله كان للوهم في هذا كالمتحقق لما روينا الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توارى يكون بسبب اصله والذي روينا محمول على ما بينا ثم في قوله ان ما توارى عنه اذا مات يحل واذا بات ليلة لا يحل وجه بدا جراحة سوى جراحة سهمه فلا يحل لانه مرده فيك الاحتمال فاعتبر محرما وجراحة ف وهم الهوام والجواب في مسائل الكلب في هذا كما يجب ثانيا في جميع ما ذكرناه قال واذا رمى صيدا فوقع في الماء او وقع على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل لانه للتردية وهو حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمي الذي اباحه ولكن يستوثق من عدم ذلك قوله عليه السلام لعدي رضي الله عنه وان وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فانك لا تدري ان الماء قتله او سهمك وان وقع على الارض ابتداء اكل لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فصار الاصل ان سبب الحرمة واذا اجتمعا وامكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لان التكليف بحسب الوسع فيما يمكن التحرز عنه واذا وقع على شجرة او حائط او الجرة ثم وقع على الارض ادرماه وهو على حبل فتردى من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض ادرماه وقد وقع على رأس حرف الجرة لاحتمال ان حد حد الاشياء قتله ولا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرنا او ادرماه في معناه كحبل او نحو بيت او لبنة موضوعة او خشبة فاستقر عليها لان وقعه عليه وعلى الارض سواء وذكر في المنتقى وهو على شجرة فانشق بطنه ابدا يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد رحمه الله وحمل مطلق المروي في الاصل على غير حالة الانشقاق وحمله شمس الائمة السرخسي رحمه الله على ما اصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وحمل الاول في الاصل على انه لم يصبه من الحجر الا ما اصابه من الارض لو وقع عليها وذلك غير مؤثر وهذا صحيح ان كان الظهر ما فان كانت الجراحة لم تنشق الماء اكل وان انشق كما اذا وقع في الماء قال وما اصابه المعراض بعرضه لم يؤكل وان جرحه يؤكل لقوله عليه السلام فيه ما اصاب بحده فكل وما اصاب بعرضه فلا تأكل ولانه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه قال ولا يؤكل ما اصابه انثنى قد مات بها لانه ميتة وكذلك لا يجرح نصارا كالمعراض اذا لم يخزق وكذلك ان رماه بحجر كذلك ان جرحه قاتلا وان لم يجرحه اذا كان ثقيلا وبه حد لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه حد يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طوله كالسهم وبه حد فانه يحل لانه تقيم بجرحه ولو رماه وبه حد ولم يجرحه ولم يضع بعضا لا يحل لانه قتله وقاؤكذا اذا رماه وبها فانان رأسه او قطع او جاء لان العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع وقع الشك او لعله مات بثقل عظم الاوداج ولو رماه وبعضا او بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله بثقله لا جرحا اللهما الا اذا كان له حد يبضع بعضا فحينئذ لا بأس به لانه بمنزلة السيف والرمح ولا اصل في هذه المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع الشك ولا يدري مات بالجرح او بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بالسيف او بسكين فاصابه بحده لا يحل وان اصابه بقفا السكين او بمقبض السيف لا يحل لانه قتله وان جرحه به سواء ولو رماه فجرحه ومات بالجرح ان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة او كبيرة لان الدم قد يحتبس بضيق المنفذ او غلظ الدم

الموثق بمنزلة ما ذكره صاحب الغاية حيث قال اي الظبي المقيد بمنزلة الطير الداجن الذي يأوي البيوت انتهى قوله واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتا اكل ان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل قال الزيلعي في شرح الكنز وجعل قاضيخان في فتاواه من شرط حل الصيد ان لا يتوارى عن بصره فقال لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رض كل ما اصميت ودع ما انميت والاصماء ما رأيته والانماء ما توارى عنك وهذا نص على ان الصيد محرم بالتواري وان لم يقعد عن طلبه انتهى وليس الامر كما زعمه الزيلعي فان الامام قاضيخان لم يجعل في فتاواه من شرط حل الصيد عدم التواري عن بصره بخصوصه بل جعل من شرطه احد الامرين عدم التواري عن بصره وعدم القعود عن طلبه حيث قال والسابع يعني الشرط السابع ان لا يتوارى عن بصره او لا يقعد عن طلبه فيكون في طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رض كل ما اصميت ودع ما انميت والاصماء ما رأيته والانماء ما توارى عنك انتهى ولا شك ان قوله والسابع ان لا يتوارى عن بصره او لا يقعد عن طلبه نص على ان الصيد لا يحرم بمجرد التواري عن بصره اذا لم يقعد عن طلبه بل انما يحرم بالتواري عن بصره والقعود عن طلبه معا واما قوله لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل فالظاهر ان المراد به انه اذا غاب عن بصره وقعد عن طلبه بقرينة سياق كلامه واما اذا لم يقعد عن طلبه فيعذر فيه للضرورة لعدم امكان التحرز عن تواري الصيد عن بصر الرامي فكان في اعتبار عدم التواري مطلقا حرج عظيم والحرج مدفوع بالنص وقد اشار اليه المص بقوله الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان لا يفوتنا الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن تواري يكون سببا عمله وذكر في الشروح والكافي انه صلى الله عليه وسلم مر بالروحاء على حمار وحش عقر فتبادر اصحابه اليه فقال عليه السلام دعوه فسيأتي صاحبه فجاء رجل فقال هذه رميتي وانا في طلبها وقد جعلها لك فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم ابا بكر فقسمها بين الرفاق قوله وان وقع على الارض ابتداء اكل قال في الغاية آخذا من النهاية يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجيء انتهى اقول هذا التقييد مستغنى عنه بالكلية ههنا اذ الظاهر ان الوقوع على نحو حد الرمح والقصبة المنصوبة ليس بوقوع على الارض ولهذا جعل المص الاول قسيما للثاني فيما سيجيء وعد الاول مما يمكن التحرز عنه والثاني مما لا يمكن التحرز عنه فلا يحتمل ان يتناول قوله ههنا وان وقع على الارض ابتداء ما وقع على نحو حد الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجيء قوله وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة او كبيرة لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ او غلظ الدم اقول يرد على ظاهر هذا التعليل انه قد تقرر في كتاب الذبائح ان المقصود بالذبح هو اخراج الدم النجس وان الجرح في اي موضع كان من البدن ذبح اضطراري يصار اليه عند العجز عن الذبح الاختياري وهو الجرح فيما بين اللبة واللحيين وان في كل من الذبحين اخراج الدم الا ان الاختياري اعمل فيه من الاضطراري فكون الدم محتبسا لضيق المنفذ او غلظ الدم لا يقتضي حل اكل المجروح بالرمي بدون الاداء بل يقتضي حرمته بناء على عدم حصول المقصود بالذبح ويمكن الجواب

وعلى بعضهم يشترط الدم لولد عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار في ذبيحة مستحل ان كانت كبيرة حل بدون الدماء وان كانت صغيرة لا بد من الدماء ولو ذبح شاة
ولد يسار منه ابن ام قيل لا تحل وقيل تحل ووجه الثاني دخل فيما ذكرناه وانما اصاب اسم ظبي الصيد او قرنه فان دماء حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه **قال** واذا رمى ظبيا
فقطع عضوا منه اكل الصيد لما بينا ولا يؤكل العضو قال الشافعي رحمه الله اكل وان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين الرأس بذكاة الاختيار
خلافا لمالك رحمه الله ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه
حي حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا حكما لانه تتوقع سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبر الشرع حتى لو وقع في الماء وبه حياة بهذه الصفة يحرم وقوله ابين بالذكاة فلما حال وقوعه
انقطع ذكاة لبقاء الروح في الباقي وعند الاستقرار الانقطاع المبان لعدم الحياة فيه ولا تتجدد ثم والبقاء بالانفصال فصار حد الحرف حولا من ان المبان من الحي حقيقة وحكما يحل والمبان
من الحي صورة لا حكما يحل وذلك بان يبقى في المبان منه حياة بقدر ما يكون في المذبوح فانه حياة صورة لا حكما ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحياة او ذكي في حيل او سطح لا يحرم
فتخرج عليه المسائل المنقول اذا قطع يده او رجله او ذنبه او ثلثه مما يبانه من نصف الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحياة في الباقي ولو قده بنصفين
او قطعه اثلاثا او اكثر مما يبانه يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل وذبح صيدا فقطع يده او رجله او ذنبه ان كان يتوهم لا يقام والا لا
السمك وما ابين منه فهو ميت الا ان يمتد حلال بالحديث الذي رويناه ولو ضرب عنق شاة فابان رأسها يحل لقطع الاوداج وكذا هذا الصنيع لابانة التخاع وان ضربه من قبل
القفا ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع يده او رجله وابانه ان كان يتوهم لا يقام والا لا
جزائه وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للحال **قال** ولا يؤكل صيد المجوسي لانه ليس من اهل الذكاة على ما بينا في الذبائح ولا يؤكل لانه مرتد
الصيد بخلاف النصراني واليهودي لانهما من اهل الذكاة احتياطا فكان الاضطرار بالتاء **قال** ومن رمى صيدا فاصابه ولم يجده حتى وجده ميتا فلا يؤكل لانه مرتد الاخذ وقد قال
قال عليه السلام الصيد لمن اخذ وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله قدم الاول ولم يؤكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاة بالقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كان
الرمي الاول بحال يخرج منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت منهما واما الرمي الثاني اما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى
في المذبوح كما اذا ابان رأسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه يبقى فيه من الحيوة
اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او دونه فعلى قول ابي يوسف لا يحرم بالرمي الثاني لان هذا القدر من الحيوة لا عبرة به وعند محمد يحرم لان هذا القدر من الحيوة
معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال يسلم منه الصيد سواء ولا يحل **قال** والثاني ضامن لقيمته للاول غيرما نقصته
جراحته لانه بالرمي اتلف صيدا مملوكا له لانه ملكه بالرمي المثخن وهو مقبوض بجراحته وفيه تلف تعتبر يوم الاتلاف قال رضي الله عنه تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان
كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد دخل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مرهونا

بان معنى هذا التعليل ان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ او غلظ الدم ولا يمكن اخراجه فيفضي اعتبار الاوداج فاكتفى بها وهو سببه في الغالب وهو الجرح تامل قوله وعند محمد
يشترط الاوداج لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار اقول المانع ان يمنع دلالة الحديث المذكور على شرط الانهار بناء على عدم القول بمفهوم المخالفة
تدبر تفهم وطعن فيه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال هذا ضعيف عندي لانه كما اشترط الانهار شرط فري الاوداج ايضا في زكوة الاضطرار للعجز عنه ولزم الحرج في اشتراطه هذا غير متحقق
في الانهار اذ لا عجز عن الجرح بلا ريب ثم ان الجرح لا ينفك عنه الانهار في الغالب فلا حرج في اشتراط الانهار عسى اني ذلك البعض فافترقا **قوله** ولنا قوله
عليه الصلوة والسلام ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة **قال الشراح** يعني انه ذكر الحي
مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة اي ابين من الحي حقيقة وحكما **اقول** المقدمة
القائلة ان المطلق ينصرف الى الكامل سائغة في لسنة الفقهاء وكتب اصحابنا لكنها مخالفة في الظاهر لما تقرر في اصول اصحابنا من ان حكم
المطلق ان يجري على اطلاقه فتامل في التوفيق **قوله** قال رضي الله عنه تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال
يجوز ان يسلم الصيد منه الى اخره **اقول** لقائل ان يقول تاويل المسالة ههنا بما ذكره بعد ان اولها مرة فيما قبل بقوله وهذا اذا كان
الرمي الاول بحال يخرج منه الصيد يرى مستدركا لان مجموع التاويلين متعلق بمسالة واحدة مذكورة في مختصر القدوري وهي قوله وان
كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله لم يؤكل والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته انتهى فلما اول المصنف قوله لم يؤكل
بما اذا كان الرمي الاول بحال يخرج منه الصيد تعين ان يكون ايضا قوله والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته فيما اذا كان
الرمي الاول بحال يخرج منه الصيد لان قوله والثاني ضامن لقيمته للاول فرع قوله لم يؤكل فما هو شرط في الاصل شرط في الفرع ايضا
واذا علم ان الرمي الاول كان بحال يخرج منه الصيد علم ان القتل حصل بالرمي الثاني فلا حاجة الى التاويل الثاني ثم **اقول** في الجواب
ان كون الرمي الاول بحال يخرج منه الصيد انما يقتضي ان لا يحصل القتل بالرمي الاول فقط ولا يقتضي ان يحصل القتل بالرمي الثاني
وحده لجواز ان يحصل من اجتماع الرميين اذ قد يكون في حالة الاجتماع ما لا يكون في حالة الانفراد ومراد المص بالتاويل الثاني التقييد
بما علم كون القتل حاصلا بالرمي الثاني وحده والمقصود منه الاحتراز عما ذكره بقوله وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او
لا يدري ولا يفيد التاويل الاول هذا التقييد لان القيد الذي ذكره اولا اعم تحققا من القيد الذي ذكره ثانيا لتناوله صورة
ان يحصل القتل من مجموع الرميين كما يتناول صورة ان يحصل بالرمي الثاني وحده وانما المقصود من التاويل الاول
الاحتراز عما اذا كان الرمي الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح وعما اذا كان
الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه يبقى فيه من الحيوة اكثر مما يكون بعد الذبح كما فصله من قبل فلا
استدراك اصلا بل اصاب كل من التاويلين بجره

قوله الاضطرار الى المشترك فري الاوداج

قوله عند الاطلاق كما ان الصيد

وان علم ان الموت حصل من الجراحتين لا يضمن قال في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة مجروحا اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه اوكدا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين لان الاولى بانفراده بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا واما الثالث فلان بالرمي الاول صار مجال يحل بذكاة الاختيار ولا بالرمي الثاني فصار بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الابانة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره ويصير كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فانحدر ثم رماه ثانيا فانه لا يحل لان الثاني محرم كذا هنا قال ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل لاطلاق ما تلونا والصيد لا ينقص ماكول اللحم قال قائلهم ثم يحرم وصيد الموت اراب في فعالب واذا ركبت فصيدي الابطال ولان صيده بسبب الانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله اعلم بالصواب

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالدين وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة ولما روي انه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه بناء درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة بجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب هي الكفالة قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالتبرع كالهبة والصدقة

كتاب الرهن

مناسبة كتاب الرهن بكتاب الصيد من حيث ان كل واحد من الرهن والاصطياد سبب لتحصيل المال كذا في الشروح اقول يرد على ظاهر هذا التوجيه ان المناسبة المذكورة متحققة بين ما ذكر في كثير من الكتب السابقة واللاحقة فلا يكون مرجحة لايراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والجواب ان المراد ان هذه المناسبة مع ملاحظة المناسبة المذكورة في الكتب السابقة واللاحقة يقتضي ايراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والا يلزم تقرب تلك المناسبات فتكون مرجحة مع تلك الملاحظة وقد نبهت على هذه النكتة غير مرة في نظائر هذا المقام فتأمل ثم من محاسن الرهن حصول النظر لكل من جانب الدائن والمديون كما فصل في النهاية ومعراج الدراية وسببه ما ذكر في سائر المعاملات من تعلق البقاء تبعا له واما تفسيره لغة وشريعة وركنه وشرط جوازه وشرط لزومه ودليل مشروعيته وحكمه فسيجيء كل ذلك في الكتاب شيئا فشيئا صريحا واشارة فنذكره في مواضعه ان شاء الله تعالى قوله الرهن في اللغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالدين وقال بعض الفضلاء هذا تعريف الرهن باقسامه اللازم والاعم فالانعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض انتهى اقول ليس بسديد اذ لا شك انه يتحقق بانعقاد الرهن معنى جعل الشيء محبوسا بحق الا ان للمعارضة الرجوع عنه لم يقبض المرتهن الرهن تقبل للقبض يوجد معنى الحبس ولكن لا يلزم ذلك الا بعد القبض وما اخذ في التعريف المذكور في الكتاب الرهن انما هو معنى الحبس اللازم فصدق هذا التعريف على الرهن قبل تمامه ولزومه ايضا بلا ريب ثم ان الامام النسفي لما قال في الكنز حبس شيء بحق يمكن ان استيفاؤه منه لا يدري قال الزيلعي في شرحه هذا حده في الشرع ثم قال وقوله كالدين اشارة الى ان الرهن لا يجوز الا بالدين لانه هو الحق الممكن استيفاؤه من الرهن بعدم تعينه انتهى اقول فيه نظر لان الظاهر المتبادر من الكاف في قوله كالمديون ان يجوز الرهن بغير الدين ايضا فان لم يكن في قوله كالدين اشارة الى جواز الرهن بغير الدين ايضا فلا اقل من ان لا يكون فيه اشارة الى انحصار ما يجوز الرهن به في الدين فلا وجه لقول الزيلعي وقوله كالدين اشارة الى ان الرهن ولا يجوز الا بالدين قوله الرهن ينعقد بالايجاب والقبول قال في العناية ركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك علي وما اشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشائخ انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله انه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول بان هذا قول منقوض بعقد التبرعات وقال الا ان يخص العقد في الصغرى بما سوى التبرع اقول ليس لشيء من ايراده وتوجيهه مستقيم اما اولا فلان من المشائخ من يقول بان انعقاد الرهن لا يكون الا بمجموع الايجاب والقبول يقول بان الامر كذلك في سائر عقد التبرعات ايضا واختلاف المشائخ في ان القبول هو ركن كالايجاب ليس مختص بعقد الرهن بل يعم سائر التبرعات ايضا من العقود كالهبة والصدقة كما مر في اوائل كتاب الهبة فلا انتقاض بشيء على اصل من يقول من المشائخ بان القبول ركن في كل عقد وقول القدوري الرهن ينعقد بالايجاب والقبول وتعليل صاحب العناية اياه بقوله لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب

والقبض شرط اللزوم على ما نبينه انشاء الله تعالى وقال مالك رح يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع
لانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر ولانه عقد تبرع للا ان الراهن لا يستوجب
بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفي فيه بالتخلية في ظاهر الرواية

والقبول بني على اصل هو لاء المشائخ واما قول سائر المشائخ فقد ذكره المص بقوله قالوا الركن الايجاب بحر ولانه عقد تبرع فيتم بالتبرع وفيه
صاحب العناية في شرحه واما الثاني فلانه لو خص القدر في الصغرى بما سوى الا للتبرع صار المعنى لانه اي الرهن عقد غير متبرع وكل عقد غير تبرع
ينعقد بالايجاب والقبول ولا شك ان تفسير الصغرى حينئذ كاذبة اذ لم يقل احد بان عقد الرهن ليس بعقد تبرع بل يطلق كلامهم على انه عقد
تبرع فلا صحت للتخصيص بما سوى الشرع قالوا الركن بحر والايجاب لانه عقد تبرع فيتم بالتبرع كالهبة والصدقة قال صاحب العناية في حل
هذا التعليل لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالتبرع فالرهن يتم التبرع اما انه عقد تبرع فلان الرهن لم يستوجب فاذا ثبت للمرتهن من
السيد شيئا عليه ولا يعني بالتبرع الا ذلك واما ان كل ما هو كذلك يتم بالتبرع فكالهبة والصدقة وقال فيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته
مستوفيا له فيه عند الهلاك والجواب ان المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والركن ليس كذلك انتهى اقول في الجواب بحث لان الرهن ان
لم يستوجب شيئا عن المرتهن ابتداء فقد استوجب عليه شيئا في البقاء وهو صيرورة المرتهن مستوفيا لدينه عند الهلاك فلم يكن الرهن عقد تبرع من
كل وجه بل كان فيه معنى المعاوضة من وجه حيث صار المرتهن مستوفيا لدينه عند هلاك الرهن في يده معنى لا لغة بايجاب الراهن وحده بل
لا بد من توقف على قبول المرتهن ايضا حتى يتم جعلناه اياه مستوفيا لدينه حكما عند الهلاك كما هو مذهبنا على ما سيجيء تفصيله فليتامل قوله
والقبض شرط اللزوم على ما نبينه قال في العناية كانه تفسير لقول القدوري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزا ويلزم وهو ايضا
اختيار شيخ الاسلام ويخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال الحاكم في الكافي لا يجوز الرهن الا بالتسليم وقال
الطحاوي في مختصره ولا يجوز الرهن الا مقبوضا صغيرا تجوز او قال الكرخي في مختصره وقال ابو حنيفة وزفر وابو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز
الرهن الا مقبوضا الى هنا لفظ العناية وقصد بعض الفضلاء دفع مخالفته ما في الكتاب لرواية عامة الكتب فقال سبق في كتاب الهبة ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة والقبض ليس بشرط الجواز في الهبة فليكن هنا كذلك فليتامل انتهى اقول هذا قياس مع الفارق اذ قد
دعت الضرورة هناك الى صرف نفي الجواز عن ظاهره اذ الجواز قبل القبض ثابت هناك بالاجماع فحملنا نفي الجواز بدون القبض في قوله عليه الصلوة
والسلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة على نفي ثبوت حكم الهبة وهو الملك للموهوب له واما هنا فلا ضرورة لا مجال للحمل على نفي ثبوت الملك للمرتهن
بدون القبض وثبوته له بالقبض كما هو موجب النفي والا لم يستثنى اذ ليس حكم الرهن ثبوت الملك للمرتهن بدون القبض وثبوته له بالقبض كما هو موجب
النفي والاستثناء اذ ليس حكم الرهن ثبوت الملك للمرتهن بحال اصلا فبقي نفي الجواز ظاهرا هنا على قوله لنا ما تلوناه المصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به
الامر نظيره قوله تعالى فضرب الرقاب اي فاضربوها وقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة اي فليحرروا وفي قوله تعالى فعدة من ايام اخر بتقدير عموم عدة من ايام
اخر اي فليتم عدة من ايام اخر فكان المصدر فيما تلوناه هنا ايضا وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة بمعنى الامر اي فارهنوا وارتهنوا ثم لما كان بمعنى الامر ولم يعمل
بموجب الامر الذي هو الوجوب اللزوم في حق نصف الرهن لم يجب الرهن على المديون بالاجماع وجب ان يعمل به في شرط وهو القبض كما قلنا في
قوله عليه الصلوة والسلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل بالنصب اي بيعوا فلم يعمل الامر في نفس البيع لان البيع مباح غير واجب فصرف الى شرطه وهو المماثلة

لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع وعن ابي يوسف رح انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء فيكون كالغصب بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان من البائع الى المشتري وليس بموجب ابتداء والاول اصح

فكذا ههنا هذا زبدة ما ذكر في جملة الشروح في شرح هذا المقام ثم ان كثيرا من الشارح استشكلوا في كلام المص ههنا فقال صاحب النهاية ثم في تسمية الرهان بالمصدر لان الرهان جمع رهن كالنفس والجبل والجبال هكذا في كتب اللغة ولان قوله مقبوضة بالتانيث دال على انه جمع وليس بمصدر وقد تعسف بعضهم في تصحيح ما في الكتاب بقوله تقديره فرهان مقبوضة فكان المصدر محذوفا فجعل المحذوف بمنزلة الثابت فقال والمصدر المقرون بحرف الفاء والرهان لما كان مصدرا على قول صاحب الكتاب كان ارادة المرهون جائزة كالرهن يراد به المرهون ثم انث المرهون بتاويل السلعة او الدين فقيل مقبوضة بالتانيث كما يونث الصوت بتاويل الصيحة لكان وجها بعيدا اذ في الاول ورود الالباس او الثاني لا يبقى المصدر بحقيقته والله اعلم الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب غاية البيان وتبعه صاحب الهداية الرهان مصدر كالمكاتبة وكذلك ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي من شرح الكافي ولنا فيه نظر لانه خلاف ما ثبت في قوانين اللغة كالجمهرة وديوان الادب وغيرهما لانهم قالوا الرهان جمع رهن وجمع الرهن رهن ورهان ورهن بضمتين ورهنة بمعنى الرهن ايضا وجمعها رهائن نعم الرهان يجي مصدر من قولهم راهنه على كذا اي خاطره مراهنة ورهانا من باب المفاعلة ولكن ليس ذلك مما نحن فيه ولو كان المصدر وهو المراد في الاية لم يحتج في صفة الرهان الى تا التانيث فانتهى الى هنا لفظه وقال صاحب الكفاية ثم في تسمية الرهان بالمصدر نظر لان الرهان جمع رهن كالنفس والنفاس والجبل والجبال وقوله مقبوضة بالتانيث دال على انه جمع وليس بمصدر وانما قال في المصدر المقرون لان تقديره والله اعلم فرهن رهان مقبوضة انتهى وقال صاحب معراج الدراية وفي النهاية في تسمية الرهان بالمصدر نظر لان الرهان جمع رهن كالسفل والسفال هكذا في كتب اللغة ويدل عليه قوله مقبوضة بالتانيث فدل انه جمع لا مصدر وقال وفي الفوائد المنافقية يجوز ان يكون الرهان مصدر رهن باب المفاعلة كالقتال والضراب ومقبوضة صفة المحذوف وهو فرهان مرهونة مقبوضة وانث المرهون بتاويل السلعة والعين كما يونث الصوت بتاويل الصيحة ويجوز ان يكون الرهان مصدرا بمعنى المفعول وانث المرهون بما ذكرنا ويجوز ان يكون الرهان قائم مقام مصدر محذوف وهو فرهن رهان مقبوضة فيكون مصدرا تقديرا لا تحقيقا الى هنا كلامه واما صاحب العناية فقال لما استشكلوا من هنا وتعجب منه حيث قال قيل ان المص جعل الرهان مصدرا وهو جمع رهن ثم قال والجواب عنه انه فما يقتضي منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك واسناد مقبوضة الى ضمير المصدر مجاز عقلي كما في سبيل مضمم انتهى اقول منشا المجاز في هذه الفنون عما ذكر في كتب اللغة وكتب التفاسير لان كون الرهان جمع رهن امر مقرر واما كونه جمع رهن وكونه بمعنى المصدر فكانه جمع رهن بمعنى المرهون قال في المغرب والرهن المرهون والجمع رهون ورهان ورهن وقال في القاموس الرهن ما وضع عندا فيها ورهنا ما اخذ منك والجمع رهان ورهون ورهن بضمتين وقال في الصحاح الرهن معروف والجمع رهان مثل جبل وجبال وقال في تفسير القاضي رهان ورهن كلاهما جمع رهن بمعنى مرهون وكذا في سائر التفاسير ثم ان كون اسناد مقبوضة الى ضمير رهان مجازا عقليا خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا ضرورت داعية اليه وهي منتفية في الاية المزبورة اذ يصح المعنى ويحصل جد الجعل الرهان على مبلغ الرهن بمعنى المرهون كما حمل عليه المقرون ويكون الاسناد اذ ذاك حقيقيا فما معنى المرهون كما حمل عنه وبناء استدلال تلك الاية على خلاف

قال فاذا قبضه المرتهن مجوزا مفرزا تم العقد فيه لوجود القبض بكمال الانزلوم العقد وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله قال فاذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي هو امانة في يده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قالها ثلثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين وكان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الشك وهذا لان بعد الوثيقة يؤدي معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد اذ الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قول النبي عليه السلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه السلام اذا عمي الرهن فهو بما فيه فعناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك واجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته فالقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكر الكرخي عن السلف ولان الثابت للمرتهن بدل الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن يبنى عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال تعالى فرهن مقبوضة وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء ولان الرهن وثيقة كجانب الاستيفاء وهو ان يكون موصلا اليه وذلك بان يملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او الضرورة

ما هو الظاهر وخلافا لما عليه فحول المفسرين ثم ان تمثيله والمجاز في العقل الآدمي ذهب اليه هنا بسبيل منعم قبيح جدا فان المنعم اسم مفعول استعمالا لا قائل كما عرف في موضعه وليس باسناد الى المصدر بخلاف ما اتخذ فيه على ما ذهب اليه فالمناسب في التمثيل هنا ان يقول كما في شعر شاعر على ما ذكر في كتب علم البلاغة ثم اقول توجيهات التي ذكرت في سائر الشروح الصحيح ما في الكتاب كلها الينا بخلاف الظاهر وخلاف ما عليه جمهور المفسرين فالانصاف ان التمسك بمثلها لا يفيد القطع والالزام على الخصم ولكن الاقرب والاشبه عن بينها ان يكون التقدير فرهن رهان مقبوضة على ان يكون المصدر المقرون بالفاء وفاكما في قوله تعالى فعدة من ايام اخر فان التقدير فيه فصوم عدة من ايام اخر شدائد

قوله ثم يكتفي فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض تحكم عند مشروع فاشبه قبض المبيع قال بعض الفضلاء هذا منقوض بصورة الصرف فانه لا بد فيها من القبض بالمراجم ولا يكفي التخلية مع جريان الدليل الا ان يثبت رواية كفاية التخلية فيها وكونها مختار المصنف انتهى اقول الجواب ان هذا النقض بين فان التعليل المذكور على موجب القياس ولزوم القبض في الصرف انما ثبت بالنص وهو قوله عليه السلام يدا بيد كما تقرر في محله والقياس يترك بالنص على ما عرف بخلاف ما نحن فيه فانه لم يرد فيه نص يقتضي حقيقة القبض وعدم كفاية التخلية قوله فيه بموجب القياس قوله وعن ابي يوسف رحمة الله عليه انه لا يثبت الا بالنقل لانه قبض موجب الضمان ابتداء بمنزلة الغصب قال صاحب العناية فيه نظر لان القبض بعقد التبرع والضمان منافاة وتابدين الضمان في الرهن عند الهلاك فيقتضي التبرع انتهى اقول هذا النظر في غاية السقوط لان جهة التبرع في الرهن غير جهة الضمان فيه فان جهة التبرع فيه من حيث انه يجعل محبوسا في يد المرتهن بلا استيجاب بين عليه بمقابلته وذلك جهة الضمان فيه عند الهلاك من حيث انه يثبت فيه للمرتهن عند الاستيفاء من وجه فيتقرر عند الهلاك فيصير المرتهن بذلك مستوفيا لدينه كما تستطلع على بيانه والمنافاة بين التبرع والضمان انما تلزم ان لو كان من جهة واحدة وليس فليس والعجب من صاحب العناية انه كيف خفي عليه حظ المعنى مع ظهوره مما سياتي في الكتاب من تفصيل ودليلنا العقلي على مسئلة انه اذا اسلم الراهن المرهون الى المرتهن دخل في ضمانه

قوله فاذا قبض المرتهن مجوزا مفرزا تم العقد فيه قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قد ثبت ان القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة ان المنصوص يعرف بيانه وذلك يقتضي الكمال والكمال في القبض هو ان يكون الرهن مجوزا مفرزا مميزا فيجب لذلك انتهى اقول لقائل ان يقول هذا البسط والتقرير يقتضي ما لا يثبت القبض بالتخلية في باب الرهن بل يجب ان يضع المرتهن يده حقيقة على المرهون ولا شك ان الكامل في القبض هو الثاني وهذا خلاف ما تقرر في ظاهر الرواية وخلاف ما هو المختار في عامة المعتبرات لان الرهن مبني على الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال تعالى فرهن مقبوضة وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا قال في العناية قبل الدوام انما فهم من قوله لا فكاك له لا من لفظ الرهن واجيب بانه لما دام وتابد ينفي ما يعترضه بل كان الدوام يثبت باثبات ما يوجب فثبت ان اللفظة يدل على ابتنا الرهن عن الحبس الدائم انتهى اقول السؤال والجواب في الاصل لمباحث الشرعية لكن الجواب ليس بتام لان قوله اذ لو لم يكن موجبا لذلك دام ينفي ما يعترضه ممنوع فان ما يعترضه اذا كان مناقضا لدوامه لزم من نفي

واذا كان كذلك ثبت استيفاء من وجه وتقرر الهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الربا بخلاف حالة القيام لانه يستفيد هذا الاستيفاء بالرهن فلا يتكرر
ولا وجه الى استيفاء الباقي بدونه لانه لا يتصور والاستيفاء وقع بالمالية اما العين المالية حتى كانت تقبض الرهن على الرهن في جوبه وكفيه بعد هلاكه وكذا قبض الرهن لا يجوز عن قبض
الشراء اذا اشترى الراهن عينا مملوكة بثوب من قبض ضمان والمرتهن العقد ثبوت بدلا استيفاء وهذا يحقق الهلاك بالدين كان قرابة الدين من حيث ان الحوالة من حيث ان الحوالة تحاصل ان عند ذلك
الرهن صورة الرهن حكما بدلا بعد ثبت بدلا استيفاء عنه وعند تعلق الدين بالعين استيفاء عينا بالبيع ويحتج على هذين بما سبق من المسائل المختلف فيها بيننا وبينك فيما ذكرنا
في كفالة المبسوط جملة فمنها ان الرهن ممنوع عن الاستيفاء لانه يفوت موجبه وهو حبس على الدوام وعنده لا يمنع عنده لانه كما في موجبه وهو تعلقه بالبيع وتسليمه الى المرتهن في اثناء المسائل
انشاء الله تعالى قال ولا يصح الرهن الا بدين معلوم لان حكم ثبوت بدلا الاستيفاء بدلا الوجوب قال رضي الله عنه ودين خل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بالنفس
يصح الرهن بها لان الدين يقبل الرهن بالقبض السابق وهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون دينا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة وفي الابتداء الحوالة بالدين وتكفيه
تحت عند الرهن بالقبض السابق وهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون دينا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة وفي الابتداء الحوالة بالدين وتكفيه قال وهو يصح
بالاعيان المضمونة بالرهن فاذا هلك في ايدي المرتهن فهلك دين من سواء صار في يد المرتهن مستوفيا بدينه وان لم يكن قبضه الرهن الفضل اما في المضمونة بالقيمة بالاستيفاء وذلك
لقدر الدين الكاتب بن سقط من الدين بقدر الرهن بالفضل لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن قيمته يوم رهنه الف درهم مائة والدين الف
الراهن شيء فرهن بمائة له حديث علي رضي الله عنه قال يؤدي الفضل في الرهن وكان الزيادة على الدين رهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين وهذا هو دي عن عمر و
عبد الله بن مسعود رضي الله عنهم لان يد المرتهن يد الاستيفاء فلا يوجب ضمان الا بالتعدي كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة هي رهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة
في حق الضمان والزيادة تزاد في حالة البيع فانه يؤدي عنه انه قال الرهن امين في الفضل قال ولا يرهن بما يكال او يوزن او يعد الا بان حقه باق بعد الرهن والرهن زيادة
العيان فاذا هلك بالمطالبة والحبس جزاء نظير فاذا ظهر مطلق عند القاضي يحبسه كما يشاء على التسليم ما تقدم واذا طلب المرتهن دينه وهو باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض
استيفاء فلا يجوز ان يقبض الدين من قيام بل الاستيفاء لا يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك الرهن في يد المرتهن ولا يتعين حقه كما تعين حق الراهن حقيقة التسليم كما في تسليم المبيع
والمرتهن بالتسليم لم يسلم الثمن ولا دان طالبه الدين في غير المال الذي رفع العقد فيدان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لان الاداء كان كاملا في حق التسليم كما كان حاضرا فيما ليس له حمل ومؤنة فلذلك لا يتوقف
بيان مكان الايفاء فيدخل باب السلم بالاجماع وان كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن من حيث انه لا يتمكن من الانتفاع بالنخلة لا الانتفاع من مكان الى مكان لانه يستفيد به زيادة المنفعة بنقله
وهو سلامة الرهن العين لمن الرهن فاعد بنفسه ويسلمه جاز لاطلاق الامر فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف احضار الرهن لانه لا قدرة له على الاحضار ولذا اذا اتى الرهن بنفسه فيأبى ولم يقبض الثمن

ذلك دوامه سواء كان ما يوجب دوام نفسه او امر خارجا عنه والا يلزم ارتفاع النقيضين معلوما نحن فيه كذلك اذ لا شك ان فك الرهن
بنافي ويناقض دوامه فيلزم من تعينه تحقيق دوامه وان كان دوامه مما لم يوجب نفسه بل كان بعلة خارجي فلم يثبت في بيت المزبور انما لفظ
الرهن نفسه عن الحبس الدائم بل جاز ان يكون انفهام ذلك من نفي فكاكه تامل تفهم **قوله** واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وتقرر
بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الربا يعني اذا ثبت ان الرهن يدل على اليد والحبس يثبت الاستيفاء من وجه لان الاستيفاء انما
يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وتقرر بالهلاك لامتناع احتمال النقض فلم يستفد الدين واستوفاه ثانيا ادى الى تكرار الاداء بالنسبة الى الدين
وهو الربا كذا في الكفاية وغيرها اقول لقائل ان يقول نعم لو استوفاه ثانيا ادى الى الربا ولكن اذا لم يستوفه ثانيا اصلا يؤدي الى ضياع بعض حقه
وهو استيفاء الرقبة والثاني الى ضياع حق المسلم محذور شرعي ايضا فالوجه في ترجيح اختيار هذا المحذور الى اختيار محذور الربا فتامل في الدفع **قوله**
ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين معنى يرد على هذا اللفظ اي على لفظ القدوري وهو
قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون الرهن بالاعيان بانفسها اي الاشكال بصحة الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها وهي ما يجب مثله
عند هلاكه ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء ونحوها فانه يصح الرهن بتلك الاعيان ولا دين فيها
واجاب المص عن هذا الاشكال بقوله ويمكن ان يقال الى آخره كذا قاله الشراح قاطبة غير ان صاحب غاية البيان بعد ان وافق سائر
الشراح في شرح هذا المحل على الوجه المذكور قال قلنا لا يرد على القدوري الاعتراض راسا لانه لا يبقى صحة الرهن بالاعيان المضمونة
بانفسها بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي وانما اقتصر هنا على الدين لان الغالب في الرهن ان يكون بالدين واكتفى به هنا اعتمادا على ذكره
في موضع آخر الى هنا لفظه اقول لا ينبغي لمن له ادنى تمييز فضلا عن مثل ذلك الشارح ان يقول ان القدوري لم ينف في مختصره صحة الرهن
بالاعيان المضمونة بانفسها بعد ان اي ما في لفظه وهو قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون من اداة قصر الصحة على الرهن بالدين
وهي النفي والاستثناء وانما يصح ما قاله الشارح المزبور ان لو كان لفظ القدوري في مختصره ويصح الرهن بالدين ولما كان لفظه فيه
ولا يصح الرهن الا بالدين لم يبق له محل وقوله بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي لا يجدي شيئا في دفع الاشكال الوارد على لفظه في مختصره
وقد تدارك المص بقوله ويدخل على هذا اللفظ واما حمل القصر الواقع في لفظ المختصر على القصر الادعائي فعزل عن مساعدة هذا الفن اياه فانه تخصيص
الشيء بالذكر في الروايات الواقعة في هذا الفن على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به فما ظنك بدلالة اداة القصر على ذلك **قوله** ولهذا تصح الكفالة
بها قال في العناية واعترض بان صحة الكفالة لا تستلزم صحة الرهن فانها تصح بدين يجب كما لو قال ما ذاب له على فلان فعلي دون الرهن
واجيب بان قوله فاذا سالك اضافة الكفالة لا كفالة ويصح ان يقال قولك دون المرهن تريد به دينا لا انعقد بسبب وجوبه اذ دينا انعقد
ذلك فان كان الاول فليس كلامنا فيه وان كان الثاني فهو ممنوع فانه عين ما نحن فيه انتهى اقول الاعتراض والجواب لتاج الشريعة
لهما وجه صحة واما قوله ويصح ان يقال الى آخره فمن عند صاحب العناية نفسه يريد به الجواب عن الاعتراض المذكور بوجه آخر وليس له

لا يصار اليه بأمر الراهن فصار كان الراهن رهنه ودودين ولو قبضه يكلف احضاره ولقيام البدل مقام المبدل الا ان الذي يتولى قبض
الدين هو الراهن لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك
ثم اذا قبض النجوم باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة
على عاقلته في ثلث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احضار كلها كما لا بد
من احضار كل عين الرهن وما صار مضمونا بفعله وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا ولو وضع الرهن على يد العدل وامره ان
يدفعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه
العدل في يد من في عياله وغاب طلب المرتهن دينه والذي في يده يقول اودعني فلان ولا ادري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن
ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئا وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يدري اين هو لما قلنا ولو ان الذي اودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع
المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد نوى المال والنوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلا يملك المطالبة به

وجه صحته اذ المراد هو الاول قوله وليس كلا منافيه ليس بشيء لان كون عدم كلا منافيه لا يضر بغرض السائل بعينه فان مقصوده القدح في قول
المص ولهذا تصح الكفالة به بان صحة الكفالة لا تدل على صحة الرهن لان الكفالة تصح بدين يستحق ولم ينعقد بسبب وجوبه ولا يصح الرهن بذلك
بلا خلاف فيجوز ان يكون تصح الكفالة بالعين المضمون بنفسه ايضا الذي كلا منافيه ولا يصح الرهن به فلم يتم الاستدلال لصحة الكفالة به
على صحة الرهن به ولا يخفى ان عدم كون كلا منافي الدين لم ينعقد بسبب وجوبه لا يدفع الاعتراض بهذا الوجه وانما يدفعه ما اشار اليه
تاج الشريعة من منع صحة الكفالة بدين يستحق ولم ينعقد بسبب وجوبه وانما قوله ما ذاب لك على فلان فعلى اضافة الكفالة الى ذلك الدين
لا عقد كفالة به منجزة ومراد المص بالكفالة في قوله ولهذا تصح الكفالة به هي الكفالة المنجزة فتم الاستدلال قوله ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض اقول
هذا التنوير لا يتم الا على قول ابي يوسف فان المعتبر عند ابي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع كما مر بتفصيله في صدر كتاب
الغصب مع ان صحة الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها على قول الكل جميعا فلا يتم التقريب الا على قول ابي يوسف وليست شرحا
لو لم يتعرض لهذا احد من الشراح قوله وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منها ومعنى المنكر ثالث
واعتبر هذا بقول الرجل مررت باعلم من زيد وعمرو لا يكون الا علم غيرهما ولو قال مررت بالاعلم من زيد وعمرو يكون الاعلم واحد منهما والمراد
هنا واحد من القيمة والدين وهو اقلهما لا امر ثالث ثم ان تاج الشريعة من الشراح بين وجه اختلاف المعنى بين المعرف والمنكر حيث
قال والمعنى فيه ان كلمة من في قوله الاقل منهما للتبعيض والاقل يصلح بعضا اذ الاقل مع منهما معرفتان بخلاف اقل منهما لان اقل نكرة
هنا معرفة لا نفيا ولا نكرة انتهى كلامه اقول ليس هذا بسديد اذ لا نسلم ان المعرفة لا يتناول النكرة تناول الكل للجزء كما هو مقتضى من
التبعيضية نعم ان المعرفة والنكرة لا يتحدان لان مدلول المعرفة شيء بعينه ومدلول النكرة شيء لا بعينه وهما متغايران فلا يتحدان واما كون
المبهم بعضا من المعين فلا استحالة فيه بل هو امر شائع مستعمل الا مع قولنا واحد منها او جزء منها او بعض منها يكون كذا فانه يصح بلا ريب
وشائع مستعمل مع ان كلمة واحد وجزء وبعض نكرة وكلمة هما في منهما معرفة ومن للتبعيض على ان الوجه المذكور للفرق بين ان يكون اسم
التفضيل معرفا وبين ان يكون منكرا انما يتمشى فيما اذا كان مدخول كلمة من معرفة ولا يتمشى فيما اذا كان مدخولها نكرة اذ لا يلزم اذ ذاك تناول المعرفة
للنكرة مثلا لو كان العبارة فيما نحن فيه اقل من قيمته ودين لزم ان لا يكون فرق في المعنى بين تعريف الاقل وتنكيره وليس كذلك قطعا
وذكر بعض الفضلاء وجها آخر للفرق بين المعرف والمنكر حيث قال ان يكون من في المنكر تفضيلية لوجوب استعمال الافعل باحد الاشياء الثلاثة
ويكون في المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف ومن ضيعة كتب التحرير قال وفيه بحث اذ قد يحذف من من اللفظ وهنا
ايضا كذلك والقرينة على الحذف شهرة المذهب انتهى اقول الحق في الفرق ما قاله ذلك البعض وبحثه ساقط اذ قد تقرر في علم النحو انه لا يجوز
استعمال اسم التفضيل بدون احد الاشياء الثلاثة الا ان يعلم المفضل عليه ويتعين كما في قوله تعالى الشهر الحرام وفيما نحن فيه
ما يتعين المفضل عليه ولا يعلم على تقدير ان ينكر اسم التفضيل ولم يجعل كلمة من تفضيلية وادعى كونه معلوما بقرينة شهرة المذهب غير مسموع

[illegible]

لان الآن بصدد بيان المذهب في هذه المسئلة ولم يبين من قبل في موضع آخر فمن اين حصلت الشهرة كيف ولو تحققت الشهرة في مسئلتنا بهذه بحيث جاز مهاترة الابدمنه في استعمال صيغة التفضيل لا يستغنى عن ذكرها وبيانها ههنا بالكلية **قوله** لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الرهن رهنه هو فيه قال الشارح فيه بحث فان المقيس عليه هو رهن غير صحيح فكيف يثبت الحكم في الفرع قياسا على رهن الدين انتهى اقول لا يخفى عن الفطن ان مراد المص بتعليله المذكور ليس اثبات حكم نحن فيه بطريق القياس على رهن الدين حتى يتوجه البحث المزبور بل مراده به بيان ان حكم الرهن يبقى في الدين الذي صار خلفا عن عين المبيع بامر الراهن لان الاصل كان صحيحا لان يكون رهنا فكذا خلفه تبعا وان لم يصر الدين الرهينة بمباشرة فكم من شئ يثبت ضمنا وتبعا ولا يثبت اصالة وقصدا فقوله فكان الراهن رهنه ولو اشارة الى معنى الخلفية لا الى القياس وهذا مع ظهوره لكل متامل متفرقة صرح به اكثر الشراح حيث قالوا فان قيل لو رهن الدين ابتداء لا يصح لانه لا يكون محلا للرهن قلنا نعم ولكن يبقى حكم الرهن في الدين لكونه بدلا عن المقبوض وهو قد كان صالحا لذلك فيثبت هذا الحكم في خلفه تبعا لا مقصودا انتهى **قوله** فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن بقضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده قال في العناية وطولب بالفرق بينه اذا ارتهن عبد بالف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم هلك المرتهن المال الراهن اداء اياه ولم يرد عليه الرهن حتى ملك عنده ومن غيرهم بعد ايفاء فانه لا ضمان عليه استحسانا وان ثبت به الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وقد تقرر بالهلاك فصيرورته مستوفيا بهلاك الرهن بعد الابراء بمنزلة استيفائه حقيقة بعد الابراء وفي الاستيفاء حقيقة بعد الاداء يرد المستوفي فيجب ان يكون هنا كذلك واجيب بان الرهن عقد استيفاء باليد وكذلك كما تقدم وذلك الاستيفاء تقرر مستندا الى وقت القبض فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد واما الابراء فليس فيه استيفاء معنى فيجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو انتهى اقول في خاتمة هذا الجواب خلل لان قوله اسقاط الدين ممن ليس عليه فهو لغو من الكلام ههنا لان الابراء في مادة البعض من الراهن مما لا شك ان الراهن ممن عليه الدين فكان الابراء فيها ممن عليه الدين فلم يكن لغوا بل كان اسقاطا صحيحا فلا مساس لقوله واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو بما نحن فيه فان قلت مراده ان هذا الاستيفاء لما ثبت للمرتهن بالعقد الرهن وتقرر بالهلاك مستندا الى وقت القبض صار المرتهن بالهلاك مستوفيا دينه من وقت القبض فصار الاستيفاء مقدرا على الابراء في الحكم فلم يكن الراهن مديونا وقت ابراء السقوط منه بالقبض السابق فلم يكن الابراء فيما نحن فيه اسقاط الدين ممن عليه من هذه الحيثية فلهذا قال واسقاط الدين ممن عليه ليس لغوا قلت لو كان لهذه الحيثية اعتبار فيما نحن فيه من مادة النقض وكان الابراء فيه لغوا بناء على ذلك لوجب فيه الضمان على المرتهن لثبوت يد الاستيفاء له بقبضه السابق وتقرره بالهلاك وكون الابراء لغوا والمرتهن مع انه لا يجب عليه الضمان وفيه وهو مدار النقض والمطالبة بالفرق بين مسئلة الكتاب وبين ذلك فلا يتم الجواب فالحق في الجواب عن المطالبة المذكورة ما ذكره صاحب النهاية حيث قال قلت ان ضمان الرهن يثبت باعتبار القبض والدين جميعا لانه ضمان الاستيفاء فلا يتحقق ذلك الا باعتبار الدين وبالابراء عن الدين انعدم احد المعنيين وهو الدين والحكم الثابت لعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام

باب ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز قال ولا يجوز رهن المشاع قال الشافعي يجوز وله انه ليس في يد الراهن فلا يثبت الاستيفاء وهو الاستيفاء فيما يتناوله العقد وهو المشاع غير ان المشاع قبل الرهن
عند وجود تمامه ثابت في الجزء حتى لا يملك الراهن بيعه ولا يتمكن من الانتفاع به ولا يتمكن من الاستخدام والسكنى وهو الاستيفاء فيما يتناوله العقد وهو المشاع غير ان المشاع قبل الرهن كان ثابتا في الجزء
يحتمل القسمة وما يحتمل القسمة لا يحتمل القسمة لان الانتفاع بالجزء المحتمل القسمة وهو فيما يقسم باحكام الهبة والمشاع يقبل وبهما الحكم بوجوب الاستيفاء ولما لا يقبل ان كان لا يحتمل القسمة ولا
يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكم الاول وعلى الوجه الثاني يكون بحكم الملك ويوجب الحكم الرهن فيصير كالرهن بوما وبهما والشيوع لا يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن ابي يوسف رحمه الله انه يمنع لان حكم البقاء اسهل من حكم الابتداء
الهبة لان الاستيفاء لعدم الحيازة وبالجزء المحتمل القسمة في الابتداء والبقاء سواء الكل مبني على ان المشاع يقبل حكمها حولا وانما القبض في الابتداء لتحقيق الانتفاع بالاستخدام والسكنى وفي حالة البقاء لتحقيق الرجوع
في بعض الهبة ولا يجوز في العقار في بعض الرهن **قال** ولا رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن النخيل في الارض دون الارض لان الرهن متصل بما ليس من خلقته فلا يدخل
ولهذا لا رهن الارض دون النخيل او دون الزرع او النخيل دون الثمر لان الاتصال يقوم بالارض فيدخل تبعا الاصل ان الرهن اذا كان متصلا بما ليس من خلقته لا يدخل قبض الرهن دون حكمه وفي الحقيقة رهن الارض دون الشجر
جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للمبني فيصير راهنا جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل مع الثمر
جائز لان هذا مجاورة وهي لا تمنع الصحة ولو كان ثمر يدخل في الرهن لانتفاء الاتصال به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخيل دون الثمر جائز ولا ضرورة الى ادخاله
من غير ذكره وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس تابعا بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمرة

احدهما الا يرى انه لو برء الرهن سقط الضمان لانعدام القبض مع بقاء الدين وكذلك اذا ابرأ عن الدين سقط الضمان لانعدام الدين مع بقاء
القبض وهذا بخلاف لو استوفى الدين حقيقة لان هناك الدين لا يسقط بالاستيفاء بل يتغير فان ما هو المقصود يحصل بالاستيفاء وحصول
المقصود بالشيء يقرره وينهيه واذا بقي الدين حكما بقي ضمان الرهن وهلاك الدين يصير مستوفيا فتبين انه استوفى مرتين فيلزم رد احدهما
واما في الابراء فيسقط الدين فلا يبقى الضمان بعد انعدام احد الجنسين الى هنا لفظ الشهادة وسيجيء من المص في آخر كتاب الرهن ما نظائر لذلك
في الفرق بين شك المسئلتين فتبصر قال تاج الشريعة فان قلت ينبغي ان لا يبقى الرهن مضمونا بعد قبض الدين اذا هلك الدين قبل التسليم
لان حكم الرهن لم يبق قلت بقي احتمال استحقاق الجنس لاحتمال ان يستحق المودى وحينئذ يظهر انه ما استوفى حقه فكان له استحقاق الجنس
انتهى اورد صاحب العناية هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب فيه نظر لان الاحتمال لا يوجب التحقيق لا سيما اذا لم يثبت عن دليل
انتهى اقول الحق في الجواب عن اصل السؤال عمن يقول الدين لا يسقط بالقضاء كما يسقط بالابراء لقيام الموجب وهو الذمة بل يبقى على حاله
ولكن لا يطالب ما تعذر الاستيفاء كما صرح به المص في آخر كتاب الرهن اثناء الفرق بين مسئلة ابراء المرتهن والراهن عن الدين ومسئلة
استيفاء المرتهن الرهن فاذا بقي الدين بعد قضاء مثله يبقى حكم الرهن ايضا فان لم يسلم الى الراهن فيبقى مضمونا بالهلاك الى ان يسلم الى الراهن تامل تقف

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه والارتهان
به وما لا يجوز اذ التفصيل انما يكون بعد الاجمال **قوله** ولا يجوز رهن المتاع قال صاحب العناية رهن المتاع القابل للقيمة وغيره فاسد
يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا او لم يكن القابل به
مضمونا وما نحن فيه ليس كذلك بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه الى هنا لفظه اقول بناء على ان القبض شرط تمام
العقد لا شرط الجواز حشو مفسد اذ الظاهر انه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك وليس بصحيح اذ لا شك ان ما نحن فيه وهو رهن المتاع
ليس مما لم يكن الرهن ومما لم يكن القابل به مضمونا فان الشيوع لا ينافي المالية قطعا حتى يكون رهن المتاع مما لم يكن الرهن مالا ومما لم
يكن القابل به مضمونا فان الشيوع لا ينافي المالية قطعا حتى يكون رهن المتاع مما لم يكن الرهن مالا وكذا الشيوع في الرهن لا يقتضي اذ لا يكون القابل
به مضمونا بل يتصور فيما اذا كان القابل به مضمونا ايضا كما لا يخفى ثم لا شك انه لا بناء لشيء من ذلك على كون القبض شرط تمام عقد الرهن
لا شرط جوازه بل ذلك امر مقدر سواء كان القبض شرط تمام عقد الرهن او شرط جوازه كما لا يخفى على ذي مسكة فلا وجه لجعل قوله بناء على ان
القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك وزعم بعض الفضلاء ان قوله بناء على ان القبض الى آخره علة
لقوله لان الباطل منه فيما اذا لم يكن الرهن مالا او لم يكن القابل به مضمونا حيث قال في بيان قوله بناء على ان القبض شرط تمام العقد
لا شرط جوازه يعني ان الحكم بكون الباطل غير فيما ذكر بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه فانه اذا كان شرط الجواز لم يصح

الحصر انتهى اقول ليس هذا ايضا صحيحا لانه مع كون النفس بقوله ما نحن فيه ليس كذلك مما يابى جدا كون قوله بناء على ان القبض الى آخره ان كان ذلك لا يصح بناء على ان الحكم بكون الباطل من الرهن منحصرا فيما ذكره من الصورتين على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه قوله فاذا كان مشروطا بالجواز لم يكن ممنوعا فانه مجرد انتفاء شرط الجواز لا يستلزم بطلان العقد بل يتصور انما ذلك فيما اذا لا يعقد العقد بصفة الفساد ايضا وانما الذى يستلزم بطلان العقد انتفاء شرط الانعقاد وانما هو فى عقد الرهن ان يكون الرهن مالا وان يكون للقابل به مضمونا لا غير ويدل على ذلك كله ما ذكر فى الذخيرة والمغنى ونقل عنهما فى النهاية وغيرها وهو ان الباطل من الرهن ما لا يكون منعقدا اصلا كالباطل من البيوع والفاسد منه ما يكون منعقدا لكن لوصف الفساد كالفاسد من البيوع وشرط انعقاد الرهن ان يكون الرهن مالا والقابل به مضمونا فيبقى كل موضع كان الرهن مالا والقابل به مضمونا الا انه فقد بعض شرائط الجواز ينعقد الرهن لوجود شرط الانعقاد لكن بصفة الفساد لانعدام بعض شرط الجواز فى كل موضع لم يكن الرهن مالا او لم يكن المقابل مضمونا لا ينعقد الرهن اصلا فتدبر انتهى قوله والثانى ان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا اقول لقائل ان يقول ان اراد بقوله لم يشرع الا مقبوضا ان عقد الرهن لم يجز الا مقبوضا يكون هذا القول منه مناقضا لما ذكره فى صدر كتاب الرهن لا شرط جوازه وان اراد بذلك انه لم يلزم الا مقبوضا لا يتم التقريبين اذ المدعى ههنا عدم جواز رهن المتاع وعدم لزومه فتامل فى الدفع قوله او بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذى بيناه قال صاحب العناية وهو قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتنازع الى قضاء الدين لحاجته او لصبحزه انتهى واقتفى اثره فى قوله هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال يعنى ما مر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع متنازعا الى قضاء الدين لحاجته او لصبحزه اقول فيه نظر لعلل المص فيما مر كون الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء بالعلتين حيث قال لينتفع الامن من الجود المرتهن الرهن وليكون عاجزا من الانتفاع فيتنازع الدين لحاجته او لصبحزه انتهى فليت شعرى احمل هولاء الشراح على علم قول المص ههنا من الوجه الذى بيناه على العلة الثانية فقط دون مجموع العلتين كما هو الظاهر او على العلة الاولى لتقدمها فى الذكر هناك والعجب من صاحب العناية انه قال فى شرح قول المص وكل ذلك يتعلق بالدوام اى كل ما مر من قوله الاستيثاق او بالنظر الى المقصود يتعلق بالدوام وقال ما تعلقه بالدوام بالنظر الى المقصود فظاهر فانه لم يكن من الاستيثاق لما جحد الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيثاق انتهى فقد جعل مدار الاستيثاق فى البيان هو العلة الاولى على خلاف ما فسره المص فيما قبل تبصر قوله بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنك هذا القرض الف درهم وهلك فى يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته قال فى غاية البيان فيه تسامح لانه يهلك بالاقل من قيمته وما سمى له من القرض الا ترى الى ما قال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى لو اخذ الرهن بشرط ان يقرضه كذا فهلك فى يده قبل ان يقرضه هلك بالاقل من قيمته وما سمى له من القرض انتهى وقال تاج الشريعة فى شرح قول المص حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته هذا اذا ساوى الرهن الدين قيمة وانما اطلق جريا على العادة اذ الظاهر ان يساوى الرهن

ولو هلك المرهون بهلاك الثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا فدفع ثمنه اليه ثم ان العبد استوفى الثمن ثم لو هلك المشتري في يد المشتري بهلاك فثمنه قال ولا يجوز رهن الجوالق بالمتاع
اي لو للان كحكم الرهن ثبوت يدا لا استيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من وجه لا يعدم المالية في الحرو قيام المالية في الباقي ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس كذا في القصاص في النفس وما دونها لانه لا استيفاء
بخلاف ما اذا كانت بمال لانه يتحقق الاستيفاء من الرهن ولا يجوز الرهن بالسعاية لان السعاية غير مضمون على المكاتب ولا يجوز الرهن بالمدبر لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك
بغير صنعه لا باجرة الناشرة والمعينة حتى لو جنا عليه رجلان مضمونا لانه لا قائلة به شيء مضمون ولا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق المسلم فلو الرهن اذا كان
ذميا فانه مضمون عليه للمولى اذا غصبه من الراهن ويضمنه المسلم بالغصب بخلاف ما اذا رهن ذميا منهم لانها مال في حقهم فالمسلمة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها
ولو تقابضا جاز بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين ولو اشترى عبدا او رهن بمدبر العبد او حلالا او شاة مذبوحة ثم علم العبد حرا او الحلال حرا او الشاة ميتة فالرهن مضمون لانه تعذر بدل وجب ظاهرا
لكن اذا قتل عبدا رهن بالمدبر رهنا مكانه وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا اذا صالح على انكار ورهن باصالحه عليه ثم تصادقا ان لا دين والرهن مضمون وعن ابي يوسف خلافه
وكذا القياس في التقدم من جنسه قال ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير لانه عليه الايداع وهذا النظر في حق الصبي منه لان قيام الرهن يحفظه ابلغ من حفظ الوديعة
ولو هلك هلك مضمونا والوديعة تهلك امانة والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب لما بينا وعن ابي يوسف في رواية انه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه
الفرق على الظاهر وهو الاستحسان ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله الحال في هذا نصب حافظ لماله اذ مع بقاء ملكه فوضع الفرق واذا جاز الرهن يصير الرهن
مستوفيا دينه ولو هلك في يده ويصير الاب والوصي موفيا دينه يضمنه للصبي لانه قضى دينه بماله ولكن لو سلط المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه قال والاصل هذه المسئلة البيع
فان الاب او الوصي اذا باع مال الصبي من غير نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عند هما وعند ابي يوسف لا تقع المقاصة وكذا دليل البائع والبيع والرهن نظير البيع نظرا الى ما فيه من
حبس وجوب الضمان واذا رهن الاب من نفسه او من ابن له صغير او عبد له تاجر لا دين عليه جاز لان الاب لو فوض شقصه انزل منزلة شخصين والتمييز بعبارتين مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيع
مال الصغير من نفسه فتوطر في العقد ولو نفذه الوصي من نفسه او من ابن له صغير او عبد له تاجر لا دين عليه جاز لان البيع من الصبي عليه يجوز لا دين وكيل الصغير والواحد لا يتولى طرفي العقد الرهن كالبيع ولو اشترى الحاجي البيع فهو من الشفعة ظاهرا على الحقيقة حتى لا
يثبت الرهن وان ابنه الصغير عبده التاجر لا يكون رهنا لان الرهن من تصرفات الكبار لانه عقد تبرع وعبده الذي عليه دين لا ولاية عليه لا يجوز لا يكون البيع اذا باع من عبده لا يجوز وفيه الاقامة في الرهن لان له حكما واحدا

الدين انتهى واقتفى اثره صاحب العناية اقول فيه قصور بين فان ما ذكر في الكتاب كما يمشي فيما اذا ساوى قيمة الرهن الدين الموعود وهو
ما سمى له من القرض يمشي ايضا فيما اذا كانت قيمة الرهن اكثر من ذلك الدين فلا وجه لتخصيصه بصورة المساواة فالحق ان يقال في البيان
هذا اذا ساوى قيمة الرهن وما سمى له من القرض او كانت قيمة اكثر من ذلك واما اذا كانت قيمة الرهن اقل من ذلك فيهلك بقيمة الرهن
اذ قد تقرر فيما مر ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين ولكن المص ذكر ههنا حيث قال يهلك بما سمى له من القرض في صورة الاطلاق
جريا على ما هو الظاهر الغالب من كون قيمة الرهن مساويا للدين او اكثر من ذلك **قوله** ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا قال
جمهور الشراح يريد به قوله ان الثمن بدله اقول ليس هذا بتفسير سديد لان كون الثمن بدل لعبد البيع لا يقتضي ان يكون هلاك المرهون
بالثمن دون المبيع الا يرى ان راس المال في مسئلة الاولى كان بدل طعام السلم فيه مع انه كهلاك الرهن بعد التفاسخ هناك كان بالمبيع دون
الثمن والصواب ان مراد المص بقوله لما بينا انما هو الاشارة الى قوله لانه رهنه وان كان محبوسا بغيره يعني ان هلاك المرهون بما هو
الاصل حين انعقاد الرهن وان كان المرهون محبوسا قبل الهلاك بغيره ايضا لقيامه مقامه وبهذا يتم كون المسئلة الثانية نظير المسئلة الاولى
تامل تفهم **قوله** وكذلك لو سلط المرتهن على بيعه قال صاحب العناية اي كما ان الاب والوصي يضمنان اذا لو سلطا المرتهن على بيعه فباعه
انتهى اقول ليس هذا الشرح صحيح اذ يابى عنه جدا قول المص في التعليل لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه والصواب ان مراد المص هناك
او ان الاب والوصي كما لا يخفى لهما ان يرهنا بدين عليهما عبدا الصغير كذلك يجوز ان لهما ان سلطا المبيع المرتهن ما بيع ذلك العبد فينتظم
التعليل المذكور ويظهر وجه ترك المص قيد فباعه بعد قوله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه اذ لو كان مراده كان عمه الشارح المزبور لكان ذكر
ذلك القيد مما لا بد منه بل كان عليه ان يزيد على ذلك القيد شيئا اخر وهو ان يقول واخذ ثمنه لنفسه بدل دينه على الراهن
اذ لو جعل ثمنه دينا موضع عنه ولم يتلفه لا يضمنان للصبي شيئا لانهما يملكان رهن مال الصبي بدين عليهما ويملكان التوكيل ببيع ماله فمن اين
يلزمهما الزمان بمجرد تسليطهما المرتهن على بيعه وبيع المرتهن اياه اذا لم يتلف المرتهن ثم بل حفظه بدل البيع **قوله** وهو قاصر الشفقة فلا يعدل
عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب قلت قوله الحاقا له بالاب علة للنفي دون النفي تامل تفت **قوله** ولو رهنه بدين على نفسه وبدين
على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين قال صاحب العناية يريد به رهن الاب والوصي متاع الصغير للدين على نفسه رهنا ذلك
للدين على الصغير وعلى هذا المعنى راى جمهور الشراح ههنا اقول فيه بعد عما يحتمله كلام المصنف فان الذي ذكره المص فيما قبل انه رهن
الاب متاع الصغير لدين على نفسه او لدين على الصغير دون رهن الوصي اياه فالظاهر ان الضمير في قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين
على الصغير راجع الى الاب فقط فدرج رهن الوصي ايضا في بيان مراد المص ههنا لا يناسب سياق كلامه وايضا قال المص فيما بعد
وكذلك الوصي وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب ولا يخفى ان هذا العطف والتنبيه يقتضي ان يكون قوله ولو رهن
بدين على نفسه وبدين على الصغير خصوصا بالاب فمندرج الوصي في مضمونه لا يناسب لحاق كلامه فالحق في شرح هذا المقام ما ذكره

وان استدان الوصي للميتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاع الميتيم جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن تتمة الاستيفاء للحق فيجوز وكذلك لو اجر الميتيم نفسه فارهن او رهن لان الاول لما جاز تمكنا لمال الميتيم فيجيء الرهن تتمة الاستيفاء وكذا لو ارهن الاب متاع الصغير ودرك الرهن ضمان الاب ليس للمرتهن ان يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه اذا تصرف الاب في تركة نفسه بعد البلوغ لقيام مقامه وكذا لو ارتهن الاب بمحضر الصغير وان جرى في الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى البقاء ملكا لنفسه وعبد الرهن فيه اذا هلك قبل القبض لان الاب يصير قاضيا دينه اذا كان يرجع عليه ولو رهن بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز ان جاز ضمن الاب حصة من ذلك المال لانه ادى من ماله حصة المقدار ولكذلك الوصي كذلك الجد اب الاب فالرهن الاب او وصي الاب او رهن الوصي متاع الميتيم في دين استدانه عليه قبض المرتهن فلو استعاره الوصي لحاجة الميتيم فضاع في يده الوصي فرجع من الرهن فهلك من مال الميتيم لان قبض الوصي كقبضه بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه على ما بينه ان شاء الله تعالى والمال دين على الوصي معناه وهو المطالبة ثم رجوعه بذلك على الصبي لانه غير متعد في هذا الاستعارة لانه في حاجة الصبي ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه الصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه واستعمله لحاجة نفسه حتى هلك ضمنه والوصي ضامن بقيمته لانه متعد في حق المرتهن في الغصب الاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي بالدين ان كان قد حل فان كانت قيمته مثل الدين اداه الى المرتهن ولا رجوع على الميتيم لانه وجب للميتيم عليه مثل ما وجب لعلى الميتيم والتقاصا وان كانت قيمته اقل من الدين ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال الميتيم لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير وان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين ادى قدر الدين الى المرتهن وفضل الميتيم وان كان الرجل الدين والقيمة سواء لا يتقاصان لان الرهن يتقوم حتى لا يجوز رهن الدراهم والدنانير ولكن هذا غرور حل الاجر كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه ولو اغتصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى مات في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد واذا لا اخذ لان له ولاية اخذ مال الميتيم ولهذا قال في كتاب الاقرار اذا اقر الاب او الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لان له ولاية الاخذ فاذا هلك في يده يضمنه المرتهن لانه قال في الرهن يجوز رهن الدراهم والدنانير ولكن هذا غرور سواء رجع الوصي على الصغير لا ليس بتعد لا هو مأمور له وان كان لم يرجع هنا عند المرتهن لانه لا يضمنه منه ورجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون لانه يحتمل الاستيفاء منه فكان حكما للرهن وان هلكت بحبسها هلكت عند امين الرهن وان المتاع الذي رده عند المقاربة بحبسها وهل عند المحبوسة وان هلك منه يصير مستوفيا باعتبار الوزن وان القيمة وغيرها من القيمة من جنسه تكون رهنا بحكم وفي الجامع الصغير ان رهن فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال في الكافي وهو معناه ان كون قيمته مثل وزنه او اكثر فهذا الجواب الوجهين الاتفاق فان الاستيفاء عند باعتبار الوزن عند باعتبار القيمة ومثل الدين في الاول وزنه حتى يسقط من الدين وهو على الخلاف المذكور

صاحب العناية حيث قال اراد بها عن الاب متاع الصغير بدين نفسه وبدين الصغير انتهى ثم قال صاحب العناية في بيان وجه

المص قوله لاشتماله على امرين جائزين وذلك لانه لما ملك ان يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك بدينهما لان كل ما جاز ان يثبت لكل واحد من اجزاء المركب جاز ان يثبت للكل دون العكس انتهى اقول في هذا الكلية منع ظاهر الا يرى ان انسانا او فرسا يطيق تحمل كل واحد من اجزاء البيت المركب من الاحجار والاشجار مثلا ولا يطيق تحمل الكل قطعا وان رجل شجاعا يطيق مقابلة كل واحد من الاحاد العسكر على الانفراد ولا يطيق مقابلة مجموع العسكر معا وفي هذه الامور الخارجية اما وفي الاحكام الشرعية فكذا ان يجوز للرجل ان يجامع كل واحدة من الاختين منفردة عن الاخرى بملك نكاح او بملك يمين ولا يجوز له ان يجمعهما معا في الجماع نسي من ذينك السببين ولعل سائر الشراح وصاحب الكافي تنبهوا لعدم صحة الكلية فقالوا في البيان والتعليل وذلك لانه لما ملك ان يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد فكذلك بينهما ولم يزيدوا على هذا المقدار شيئا لكن لا يخفى على الفطن المتأمل ان تعليل المذكور بدون تلك الكلية لا يفيد ايضا في اثبات المدعى هنا ثم ان بعض الفضلا لما تنبه لاختلال الكلية الواقعة في كلام صاحب العناية قصدا الاصلاح حيث قيد قوله لان كل ما جاز ان يثبت لكل واحد من اجزاء المركب جاز ان يثبت للكل بان قال اذا لم يمنع مانع كما في الجمع بين الاختين وسائر ما يجوز الجمع بينهما اقول هذا التفسير مخل بالمقام اما اولا فلان التعليل المذكور لا يتم اثباتا للمدعى حينئذ فان عدم تحقق المانع فيما نحن فيه اول المسئلة اذ لو كان بينا في نفسه لما احتيج الى ذكر جواز رهن الاب متاع الصغير بدين على نفسه وبدين على الصغير بعد ان ذكر فيما قبل جواز رهنه اياه كل واحد منهما واما ثانيا فلانه لا يتم حينئذ قول صاحب العناية دون العكس فان ما يثبت للكل يجوز ان يثبت للجزء اذا لم يمنع عنه مانع مما في الامور النسبية قوله ولهذا قال في

كتاب الاقرار اذا اقر الاب او الوصي بغصب مال الصغير لا يلزم شيئا لانه لا يتصور ولهذا غصبه لما انه له ولاية الاخذ واورد عليه بعض الفضلا حيث قال لم لا يكون اقرارا بالاستعمال في حاجة نفسه ليس بداخل في حقيقة الغصب ولا امر لازم له اذ الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل العصمة كما مر ذلك كله في صدر كتاب الغصب ولا شك في عدم دخول الاستعمال في حاجة نفسه في شيء من معنى الغصب ولا في عدم لزومه شيء منهما فكيف يكون الاقرار بالغصب اقرارا بالاستعمال في حاجة قوله وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال في العناية اتى برواية الجامع الصغير لاحتياجه الى تفصيل ذكره انتهى وقال بعض الفضلا طعنا فيه لا يخفى ان رواية القدوري ايضا تحتاج الى التفصيل انتهى اقول هذا الكلام لغو اذ لا يخفى ان رواية القدوري ليست بمحتاجة الى تفصيله يحتاج اليه رواية الجامع الصغير وليس مراد صاحب العناية ان رواية الجامع الصغير محتاجة الى تفصيل حتى يقال رواية القدوري ايضا محتاجة الى ذلك بل مراده ان رواية الجامع الصغير محتاجة الى تفصيل كثير زائد على ما احتاج اليه رواية القدوري كما ذكره المص في مقدار تمام جانبي الورقة وقد اشار اليه صاحب العناية بقوله الى تفصيل ذكره فلغو ما قاله ذلك البعض كما لا يخفى قوله ولا فرق لمحمد رحمه الله قال صاحب العناية اي على تقدير ان يكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة

فهما اذا لا يجاوز الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن لا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل كانه قبضه بدلا عن الجودة ساعة
الفرق في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد الردي جائز كما اذا تجوز بيسيرة فحصل الاستيفاء بالاداء ولهما يحتاج الى تقويمه والاعتبار بتقويمه بالجانب تضمين لانه الايدي من
مطالب مطالب لذا الانسان لا يتضمن ما لك تضمينه وتعذر التضمين بتعذر القبض وقد اعتبر اذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت عنده بالزيادة وهو معروف غير ان الثاني لا يصح
جعله هو المشهور لان تحمل الزيادة فيها مع الى يسقط والفرق لمحمد ان قبض الزيوف ليستوفي من جنسها والزيادة المنتفع استيفاء وقد تم بالهلاك فيقبض الرهن ليستوفي من محل آخر
ولا يدري فيقبض الجنس ادا يكن عنده بالتضمين لو الكسر الابرق فهي الوحدة الاولى وهو اذا لانتسبه مثل ان تعتبر بجنسه الى يوسف لا يجعل الشيء الواحد جعل ان يذهب من الدين لا يدخل فيه من الدين لا يدخل فيه
دينه الجودة على الانفراد والى ان يفتكه مع النقصان لانه من الضرر بجودة الشاء افتداه ماخوذ واشتاء ضمنه قيمته من جنسه وخلاف جنسه وتكون رهنا عنده هما عند الرهن والمشتري لا يرهن الصان وعند محمد
الشاء افتكنا قصا واشتاء جعل بالدين اختلال الحال الا لانسان الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك بها صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا هو في معناه قلنا
الاستيفاء عند الهلاك بالدية وظرف بقدر ما يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة في جعله بالدين لخلاف الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى وفي الوجه الثاني قيمته وهو ما اذا كانت قيمته
اقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه لتقديما من جنسه وتكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق ما عند هما نظاهر وكذلك عند محمد لانه يعتبر حالة الانكسار حالة الهلاك والهلاك
عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت قيمته اكثر من وزنه اثني عشر عنده الحقيقة يضمن جميع قيمته وتكون رهنا عنده لان العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة فان كان
باعتبار الوزن كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة للذات ومعنى هذا الاصل يضمون استحال ان يكون التابع اصلا وعند ابي يوسف لا يضمن خمسة
اسداس قيمته وتكون خمسة اسداس الابرق له بالضمان وسدسه يتزحزح الى يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمة خمسة اسداس المكسرة رهنا عنده لعتبار الجودة والرداءة وتجعل زيادة القيمة
كزيادة الوزن كان وزنه اثنا عشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المرض ان كانت الاعتبار عند المقابلة بجنسها سمعا فامكن اعتبارها وفي
بيان قول محمد وهو نوع طول العرف في موضعه من المبسوط والزيادات مع جميعها **قال** ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس
ان لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع شيئا على ان يعطيه كفيلا مصبا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس انه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد
وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلائم الوجوب

واقتفى اثره في هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية اقول لم ادر كيف ذهبوا الى هذا الشرح مع ظهور بطلانه اذ قد صرح المص بان
بناء هذه المسئلة على تلك المسئلة لا يصح على الرواية المشهورة في تلك المسئلة لان محمدا فيها مع ابي حنيفة وفي هذه المسئلة مع ابي يوسف وذكر الشراح ان بناء
هذه على تلك انما يتصور على ما روى عيسى بن ابان ان محمدا مع ابي يوسف اخرا في تلك المسئلة ولا فرق ان الفرق لمحمد بين المسئلتين انما
يتصور على الرواية المشهورة في تلك المسئلة دون رواية عيسى بن ابان فيها فان قول محمد واحد في المسئلتين على روايته فالفرق لمحمد
ينافي البناء قطعا والصواب في شرح هذا المحل ان يقال اي على تقدير ان لا تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة كما هو مقتضى الرواية
المشهورة فيها بل كانت مسئلة مبتداة كما هو الاصح على ما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه ونقل عنه عامة المشائخ ههنا ويصح ما ذكرنا
تحرير صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال وقيل هذه المسئلة فرع ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وهو لا يعلم به وهلكت الزيوف
عنده ثم هلكت الزيافة فانه يسقط دينه ولا شك عليه عند ابي حنيفة وقال ابي يوسف يضمن قيمة ما قبض ويأخذ مثل حقه وقول محمد والقول
ابي حنيفة اخرا القول ابي يوسف كذا ذكره عيسى بن ابان والاصح ان هذه مسئلة مبتداة لان محمدا مع ابي حنيفة في تلك المسئلة المشهورة
ومع ابي يوسف في هذه المسئلة والفرق لمحمد ان قبض الزيوف الى آخر كلامه تبصر **قوله** فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا
فيه المعنى قال صاحب الكفاية اي معنى الشرط وهو الملائمة اقول ليس هذا بسديد اذ لا يساعده تحرير المص قطعا فانه قال بعد قوله اعتبرنا
فيه المعنى وهو ملائم حسب معنى كلام المص على ما ذكره الشارح المذكور وهو اي معنى الشرط الذي هو الملائمة ملائم ولا حاصل له كما لا يخفى
فالحق ان مراد المص اعتبرنا فيه المعنى اي معنى الشرط الذي هو الاستيثاق وهو اي هذا المعنى الذي هو الاستيثاق ملائم اي ملائم العقد لكونه موجبا
موجبا العقد فيصح العقد وهذا معنى صحيح مطابق اخذه في وجه الاستحسان انه شرط ملائم العقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه ملائم الوجوب
قوله واذا لم يكن الرهن والا الكفيل معينا او كان الكفيل غائبا حتى افتر فالم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة اقول فيه شيء وهو ان التعليل
بقوله للجهالة فاعترض فاذنه تمام المدعى فانه انما يتمشى فيما اذا لم يكن الرهن والكفيل معينا لا فيما اذا كان الكفيل غائبا اذ الغيبة لا تقتضي
الجهالة لجواز ان يكون معلوما معينا ولا يكون حاضرا في المجلس بل هو المراد بقوله او كان الكفيل غائبا حيث جعله فيما يكون الرهن
والكفيل غير معين اللهم الا ان يقال ان الجهالة المذكورة في التعليل تعم الجهالة من حيث الذات والجهالة من حيث المكان والجهالة الثانية
تحقق فيما اذا كان الكفيل غائبا لكن فيه تامل ان صاحب العناية قال في شرح هذا المقام يعني ان جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط
انما كان باعتبار النظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائب فان معناه وهو الاستيثاق لان المشتري ربما يأتي بشيء يساوي
عشر حقه او يعطي كفيلا غير معين وليس في ذلك من التوثق بشيء فيبقى الاعتبار بغير الشرط فينعقد العقد انتهى اقول وفيه قصور اما اولا فلانه ترك
ذكر كون الكفيل غير معين في تصوير المدعى حيث قال واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فان كانت معناه مع ان كون الكفيل غير معين داخل
ايضا في مسئلة الكتاب واما ثانيا فلان قوله في التعليل يعطي كفيلا غير معين لا يفيد ما سبق له وهو قوله في المدعى والكفيل غائب لما ذكرنا انفا

فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا استغنى عن المعنى هو ملازم صحة العقد واذا الرهن والا الكفيل معينا وكان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يوجد معنى الكفالة والرهن للمحالة فبقي اعتبار العينية فيفسد وكذا
غائبا لحضر المجلس وقت قبضه ولو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه وقال زفر يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كما لو كان المشترط وطء الرهن فيلزمه وجه قول الرهن عقد تبرع من جانب
الراهن على ما بينا ولا جبر على التبرع ولكن الباقي بالخيار ان شاء فسخ البيع لان وصف من حقوقه وارضى الا فيمتنع بقوله الا ان يدفع الرهن عند تبرع من جانب
قيمة الرهن رهنا لان يدفع الاستيفاء ثبت على المعنى وهو الغرض قال ولمن اشترى وباعه الراهن والمشتري اعطاك هذا الرهن ثم انه توجه من الاذن عاما عن حتى الرهن وهو المجيب في
الاعطاء والبعرة والعقود المعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل والحوالة في ضد ذلك لكن الاذن قرره لا يكون لهذه صلة عن ابي يوسف لان قوله اعطاك تخلية الرهن وتسليم الاذن والتاجر
اقامها فيقتضي ثبوته بخلاف ما اذا قال امسكه بدينك وعلى الاصلاح قبله الدين في تعيين جهة الرهن قلنا مدة الاعطاء عن مراده الرهن **فصل** رهن رجلان بدين له رهنا صفقة واحدة فهما رهنان
ان هلك احدهما فالدين في الباقي وحصته كل واحد منهما مما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن مضمون بجزء من الدين فيكون مضمونا بجزء من الدين وصار كالمبيع في يدين لرجلين
سمي لكل واحد منهما عين الرهن مثل ما من المال الذي رهنه بمثله الجواب في رواية الاصل في الزيادات لان قيمتهما اذا ادى سمي وجد الاول الذي تحمله بتفرق الصفقة كما في التسمية كما في البيع وجه ثاني
لا يتحد الاتحاد لان احد الحقين الرهن مشروط في الاخر لا يرى الا ولو قبل الرهن في احدهما جاز قال فان هلك عبد واحد عند احدهما بدين كل واحد منهما صاحبه رهن كل واحد منهما لان
الرهن صفة في جميع العين في صفقة واحدة والشيوع فيه موجب صحته لان عند احدهما الدين وهذا لا يقبل الوصف المتري فصار مضمونا بكل واحد منهما مرتين حتى لو هلك احدهما
رهن هلك كل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الاخر قال ويضمن على كل واحد منهما حصته من الدين لان عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذا الاستيفاء قائم في قال
اعطى لصاحبه دينه كان كله رهنا في يد الاخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق وعلى هذا جعل المبيع اذا ادى احد المشتريين حصته من الثمن قال
رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين لو رهن ان يشتركا حتى يستوفي جميع الدين ان قبض الرهن حصل في الراهن عن شيوع فان قام الرجلان في واحد منهما البينة على رجل انه رهنه عبده الذي في
يده وقبضه فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت ببينته انه رهن كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك في حالة واحدة ولا الى
القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ولا يقال لا يكون رهنا لهما كالحر رهناه معا اذ جهل التاريخ بينهما و
جعل كان التهاتر اذا هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذه على خلاف ما اقتضته الحجة لان كلا منهما اثبت ببينته حسابا لكن وسيلة الى مثله في الاستيفاء وهذا القضية يثبت ضرورة وسيلة الى شطره
في الاستيفاء وليس هذا اعلا على فوق الحجة وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمد اراد اخذ بيقوته واذا وقع باطلا فلو هلك بهلاك امانة لان الباطل لا حكم له قال ولو مات الراهن والعبد في يديهما قام كل واحد
منهما البينة على ما وصفنا كان كل واحد منهما نصف رهنا بينهما بحقه استحسانا وهو قول ابي حنيفة رحمه الله وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف لان الحبس للاستيفاء حكم اصلي لعقد الرهن فيملكه القضاء به

ان غيبة الكفيل عن المجلس لا يقتضي عدم تعيينه فيجوز ان يعين المشتري للكفالة رجلا ثانيا غائبا عن المجلس فكيف يقدر على ان يعطي كفيلا غيره على
بعد ان غيره الى الكفالة والحق في تعليل فوات المعنى عند كون الكفيل غائبا ان يقال بجواز ان لا يقبل الكفالة عند حضوره ولعل المص ترك
تعليل هذه الصورة بناء على ظهوره وانفهامه من قوله ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقيل صح تدبر قال في العناية اخذا من النهاية
وجه الفصل كون الرهن متعددا ولا خفاء في تاخر التعدد عن الافراد انتهى اقول لا يذهب عليك ان هذا الوجه انما يتم بالنظر الى مسائل الاولى
من هذه الفصل دون المسائل الباقية منه اذ لا تعدد في الرهن في الشيء منها وانما التعدد في المرتهن في بعض منها وفي الراهن في بعض اخر
منها فالاولى ان يقال وجه الفصل كون الرهن او المرتهن او الراهن متعددا كما اشار اليه في غاية البيان فحينئذ ينتظم وجه الفصل جميع المسائل
المذكورة في هذا الفصل كما ترى **قوله** الا ترى انه لو قبل الراهن في احدهما جاز قال صاحب العناية والنهاية وحاصله ان الصفقة متفرقة في
باب الرهن بتفرق التسمية فكانه رهن كل عبد بعقد على حدة بخلاف البيع فانها لا يتصرف فيه بتفرق التسمية بدليل انه لو باعه عبدين بالف كل واحد
منهما بخمسمائة فقبل المشتري العقد في احدهما دون الاخر لم يجز كما في حالة الاجمال وهذا لان البيع عقد تمليك والهلاك قبل القبض يبطله فيعدنا
قبض الثمن لو لم تمكن من قبض بعض المعقود عليه ادعى الى تفريق الصفقة قبل التمام بان يهلك ما بقي فيفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك
ينتهي بحكم الرهن لحصول المقصود كما ان بالانفكاك انتهى حكم الراهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى
تفريق الصفقة لان اكثر ما فيه ان يهلك ما بقي فيبقى حكم الرهن فيه انتهى اقول فيه بحث وهو ان حاصل كلامها الاستدلال على الصفقة
فتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية ولا يتفرق في باب البيع بذلك انتهى بدليلين احدهما انه لو رهن عبدين بالف وسمى
لكل واحد منهما شيئا من الالف فقبل المرتهن الرهن في احدهما دون الاخر جاز وان باعهما بالف وسمى لكل واحد منهما شيئا من الالف
فقبل المشتري العقد في احدهما دون الاخر لم يجز وثانيهما ما هو ما ذكره قولهما وهذا لان البيع عقد تمليك الى اخره والاول منهما سالم والثاني
منظور فيه عندي اذ لا شك ان المحذور تفريق الصفقة الواحدة دون تفريق الصفقة المتفرقة في الاصل وان الاصل هنا في اثبات الصفقة
يتفرق بتفرق التسمية في باب الرهن ولا تتفرق بذلك في باب البيع فالتادي الى تفريق الصفقة في باب البيع على تقدير ان تمكن المشتري
من قبض بعض المعقود عليه بعد ما تقدم بعض الثمن انما يكون محذورا عند ثبوت عدم تفريق الصفقة بتفرق التسمية في باب التسمية البيع
ولم يثبت بعد بل هو اول ما قصد اثباته هنا بقوله لهما وهذا لان البيع عقد تمليك الى آخره فاثبت الدليل عليه مصادرة على المطلوب فالوجه
الذي في ملية الفرق بين بابي البيع في تفرق احدهما بتفرق التسمية دون الاخر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وانما افترقا لان ضم الردي الى
الجيد متعارف في البيع ما متعارف في الرهن فلو تفرق البيع بتفرق التسمية كان للمشتري ان يقبل في احدهما فيقبل الجيد في ضرورة به
للبائع ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لم يتضرر به الراهن ولان في البيع اذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة تتغير الثانية بشرط في الاول وهو
شرط فاسد والبيع يفسد به اما الرهن فلا يفسد بشرط الفاسد لانه تبرع كالهبة انتهى ثم قال صاحب النهاية والعناية فان قيل هذا في

تعلق بعقد الرهن وانه باطل بالشيوع كما في حالة التحقيق وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحيوة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة او ادعت اختان النكاح على رجل واقاموا البينة تهاترت في حالة الحيوة وتقضي بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام والله اعلم

باب الرهن الذي يوضع على يد العدل

قال اذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز وقال مالك لا يجوز ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده على الصورة يد المالك في الحفظ اذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة شخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن وانما يرجع العدل على المالك عند الاستحقاق لانه عامل له في حفظ العين كالمودع **قال** وليس للمرتهن ولا للراهن ان ياخذه منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وامانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء [illegible] احدهما ابطال حق الآخر فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة ولو دفع العدل الى الراهن او المرتهن ضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية واحدهما اجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع الى احدهما وقد استهلكه المدفوع اليه او هلك في يده لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا في يده لانه يصير قاضيا ومقتضيا فيتمانع لكن يتفقان على ان ياخذها منه ويجعلاها رهنا عنده او عند غيره وان تعذر اجتماعهما يرفع احدهما الى القاضي ليفعل كذلك ولو فعلا ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول الرهن الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن ياخذ القيمة منه لان العين لو كانت قائمة في يده ياخذها اذا ادى الدين فكذلك ياخذ ما قام مقامها ولا يجمع فيه بين البدل والمبدل **قال** واذا وكل الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة لانه توكيل ببيع ماله وان شرطت في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزله وان عزله لم ينعزل لانها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه الا ترى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل اتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب الطالب ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لا ينعزل لانه لم يوكله وانما وكله غيره وان مات الراهن لم ينعزل لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم **قال** وللوكيل ان يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حيوته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه واوصافه وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل رضي برأيه لا برأي غيره وعن ابي يوسف ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه الوصي كالمضارب اذا مات بعد ما صار رأس المال اعيانا يملك وصي المضارب بيعها لما انه لازم بعد ما صار اعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجري فيما له بخلاف المضاربة لانه حق المضارب وليس للمرتهن ان يبيعه الا برضاء الراهن لانه ملكه وما رضي ببيعه وليس للراهن ان يبيعه الا برضاء المرتهن لان المرتهن احق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على التسليم بالبيع **قال** فان حل الاجل وابى الوكيل الذي في يده الرهن ان يبيعه والراهن غائب اجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين في لزومه وصار كالوكيل بالخصومة اذا غاب الموكل فابى ان يخاصم اجبر على الخصومة للوجه الثاني كذا هذا وهذا بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيعه بنفسه فلا يتوى حقه اما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه فلو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا بالوجه الاول وقيل يجبر نظرا الى الوجه الثاني وهذا اصح وعن ابي يوسف ان الجواب في الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير وفي الاصل **قال** واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا واذا توى كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون

حالة الاجمال موجود قلنا نعم ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين فربما كان احد العبدين اكثر قيمته مثل ان يساوى احدهما الفا و آخر الفين ورهنهما بثلثة آلاف احدهما بالالف وآخر بالفين ولم يبين هذا من ذاك واراد الراهن فكاك الذي قيمته الفان فادى الفا وهو يقول هذا الذي رهنته بالف والمرتهن يقول بل هذا بالفين ورهن فكان ذلك جهالة تفضي الى المنازعة فاما اذا يمكن فكاك البعض ببعضها بعض الدين انتهى اقول في الجواب بحث اما اولا فلانه لم يجعل قيمة كل واحد من العبدين فيصلا في قطع المنازعة في حالة الاجمال ولولا ذلك لما كان في قول المص صدر مسئلة الاجمال وحصة كل واحد بالحصة اذا قسم الدين على قيمتهما فائدة واما ثانيا فلانه اذا كان العبدان متساويان في القيمة لا يوجد هناك جهالة تفضي الى المنازعة مع ان جواب مسئلة الاجمال يعم هذه الصورة ايضا فالاولى في دفع النقض بحالة الاجمال ان يقال ان تفرق الصفقة انما يتصور فيما اذا كان الكلام في كلام العاقد ما يحتمله كما في حالة التفصيل فان تفرق التسمية فيها يحتمل تفرق الصفقة وان لم يلزم التادي الى تفريق الصفقة قبل تمامها في باب الرهن على تقدير ان يحمل عليه في حالة الاجمال ايضا تامل **قوله** وان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه قال صاحب العناية اخذا من النهاية وقيل هو منقوض بما اذا باع من رجلين او وهب من رجلين على قول ابي يوسف ومحمد فان العقد فيهما اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة والجواب ان اضافة العقد الى اثنين توجب الشيوع فيما اذا كان العقد مفيدا للملك كالهبة والبيع فان العين الواحدة لا يمكن ان تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة فتقسم عليهما اما الرهن فغير مفيد للملك وانما يفيد الاحتباس ويجوز ان يكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمتنع الشيوع فيه تحريا للجواز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوع يمنعه الى هنا كلامه اقول هذا السؤال والجواب على التقرير المذكور ليسا بصحيحين في حق الهبة اذ لا فرق على قول ابي يوسف ومحمد بين الرهن والهبة في عدم تحقق الشيوع في شيء من صورتي رهن عين واحدة عند رجلين وهبتها منهما وانما الفرق بينهما على قول ابي حنيفة الا يرى الى ما بين في كتاب الهبة من انه اذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان وهبها جملتها واحد من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين وله ان هذه هبة النصف من كل واحد ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما صح لان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن انتهى فلا معنى لنقض ما نحن فيه بالهبة على قول ابي يوسف ومحمد اصلا ولا للجواب عنه على قولهما بما ذكر في الجواب المزبور من الفرق كما لا يخفى **قوله** وان اعطى احدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق قال في العناية اخذا من النهاية اعترض عليه بان المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن هو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء فينبغي ان يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه وذلك يقتضي ان لا يسترد الراهن

وكذا إذا قتل العبد الرهن عبد فدفع قيمته لأن المالك يستحقه من حيث المالية وإن كان بدل الدم فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن والوكالة لتناول عمله تقديرا لأنه قام
مقام الأول لحما ودما **قال** وإن باع العدل الرهن فأوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته وإن شاء ضمن المرتهن الثمن الذي أعطاه وليس له أن يضمنه
غيره وكشف هذا أن المرهون المبيع إذا استحق إما أن يكون هالكا أو قائما ففي الوجه الأول المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته لأنه غاصب في حقه وإن شاء ضمن العدل لأنه متعد في حقه بالبيع والتسليم فإن
ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه وإن ضمن العدل نفذ البيع أيضا لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه باع ملك نفسه وإذا ضمن العدل فالعدل بالخيار
إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه وإن شاء رجع على المرتهن بالثمن لأنه تبين أنه أخذ الثمن بغير
حق لأنه ملك العبد بأداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له وإنما أداه إليه على حسبان أنه ملك الراهن فإذا تبين أنه ملكه لم يكن راضيا به فله أن يرجع به عليه وإذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه
وفي الوجه الثاني وهو أن يكون قائما في يد المشتري فللمستحق أن يأخذه من يده لأنه وجد عين ماله ثم للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن لأنه العاقد فتتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع
وإنما أداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه هو الذي أدخله في العهدة فيجب عليه تخليصه وإذا رجع عليه صح قبض المرتهن لأن المقبوض سلم له وإن شاء رجع على المرتهن لأنه إذا انتقض
العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة وإذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو أن المشتري سلم الثمن إلى المرتهن لم يرجع على العدل لأنه في البيع عامل للراهن
وإنما يرجع عليه إذا قبض ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل وإن كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن أو لا لأنه لم يتعلق بهذا
التوكيل حق المرتهن فلا رجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن إذا باع الوكيل ودفع الثمن إلى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لأنه تعلق به
حق المرتهن فيكون البيع لحقه قال رضي الله عنه هكذا ذكره الكرخي رحمه الله وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع **قال** وإن مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار
إن شاء ضمن الراهن وإن شاء ضمن المرتهن لأن كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم أو بالقبض فإن ضمن الراهن فقد مات بالدين لأنه ملكه بأداء الضمان فصح الإيفاء وإن ضمن المرتهن يرجع على الراهن
بما ضمن من القيمة وبدينه أما بالقيمة فلأنه مغرور من جهة الراهن وأما بالدين فلأنه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فإن قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون
يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه فصار كما إذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن أبي حازم القاضي رحمه الله والجواب عنه أنه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه
أو بالانتقال من المرتهن إليه كأنه وكيل عنه والملك بحكم ذلك منه عن عقد الرهن بخلاف الوجه الأول لأن المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن
فيستند الملك إليه فتبين أنه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام في كفاية المنتهى والله أعلم بالصواب

ما اقتضاه إلى الأول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده وأجيب بأن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن فإن فيه زيادة منها فتبين أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانيا انتهى مقصود من الرهن وهو كونه وسيلة إلى الاستيفاء الحقيقي فيفرع عليها قوله فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه ولا يخفى عليك أن تلك المقدمة صادقة وإنما تقتضي أن لا يكون ارتهان الذي استوفى حقه باقيا بعد استيفاء حقه لأن المقصود من الرهن هذا انتهى باستيفاء حقه فما وجه بقاء ارتهانه بعده وبالجملة تقابل ارتهان كل واحد منهما ما لم يصل الرهن إلى الراهن غير مسلم عند السائل بل هو مقبول لا معنى لبقاء ذلك بعد استيفاء أحدهما حقه إذا كان الرهن في يد الآخر وحينئذ في ذلك المقدمة التي بسطها في أول كلامه فلا يستفيد الجواب المذكور **قوله** وإن أقام الرجلان كل واحد منهما البينة أنه رهنه عنده الذي في يده وقبضه وهو باطل قال صاحب العناية وهو أحد الوجوه في هذه المسألة وجملتها أن العبد إما أن يكون في أيديهما أو لا في يد واحد أو في يد أحدهما فإن كان في يد أحدهما فهو أولى به لأنه يمكنه من القبض دليل سبق عنده كما في الشراء وقد تقدم إلا أن تقيم الآخر بينة أن الأول فإنه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة وإن لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب أولا وكلامه فيه واضح وإن كان في أيديهما فإن علم الأول منهما فهو أولى وإن لم يعلم فهو مسألة الكتاب على ما ذكر فيها من القياس والاستحسان قال محمد في الأصل وبه أي بالقياس نأخذ ووجه ما ذكر في الكتاب انتهى أقول في تحريره المذكور نوع اختلال واضطراب فإنه ذكر التفصيل في الشق الثالث بقوله فإن علم الأول منهما إلى آخره وترك هذا التفصيل في الشق الثاني وهو ما لم يكن في يد واحد منهما مع أن هذا التفصيل مما لا بد منه في ذلك الشق أيضا وأيضا إن أراد بمسألة الكتاب في قوله وإن لم يعلم فهو مسألة الكتاب قول المصنف وإن أقام الرجلان كل واحد منهما البينة يلزم التنافي بينه وبين قوله فيما قبل وإن لم يكن في يد أحدهما فهو المذكور في الكتاب أولا وإن أراد بها قول المصنف ولو مات الراهن والعبد في أيديهما كما هو الظاهر لم يتم قوله بعده قال محمد في الأصل وبه أي بالقياس نأخذ فإن قلت إنما يأخذ بالقياس في المسألة الأولى لا في المسألة الثانية فكان قوله المذكور أن يذكر متصلا ببيان المسألة الأولى كما لا يخفى **قوله** يوضع في يد العدل لما فرغ من الأحكام الراجعة إلى نفس الرهن والمرتهن ذكر في هذا الباب الأحكام الراجعة إلى نائبهما وهو العدل لما أن حكم النائب أبدا يقفو حكم الأصيل ثم إن المراد بالعدل ههنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده وزاد عليه صاحب النهاية والعناية قيدا آخر حيث قال أو رضينا ببيعه الرهن عند حلول الأجل أقول لعل هذه الزيادة منهما بناء على ما هو الجاري بين الناس فيما هو الغالب وإلا فرضاهما ببيعه الرهن عند حلول الأجل ليس بأمر لازم في معنى العدل عن هذا فإن الحاكم الشهيد في الكافي ليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط عليه لأنه مأمور بالحفظ فحسب انتهى **قوله** وإنما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لأنه نائب في حفظ العين كالمودع قال صاحب العناية يشير إلى دفع ما عسى أن يقال كما أنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالية والضمان إنما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لأن العدل الضمين للمستحق ضمان الغصب والغصب إنما تحقق النقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على أنه سؤال ساقط لأن الخصم ليس متعاملا به انتهى كلامه أقول ليس هذا العلاوة التي

[illegible]

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال واذا باع الراهن الرهن بيعا فاسدا فهو موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كتصرفه في ملك غيره كما لا يجوز بيع مال الغير بغير اذنه وان كان يملكه لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يملكه لان التوقف حكم لازم لكل تصرف صدر من عاقل في محل قابل لحكمه شرعا ولا يمكن الفسخ لان الفسخ ابطال وهو لا يملكه بدون الاجازة ولا يمكن الاجازة لان الاجازة تنفيذ وهو لا يملكه بدون الفسخ فيتوقف الى ان يوجد احدهما ثم ان اجاز المرتهن جاز البيع وان فسخه بطل البيع وان مات الراهن قبل الاجازة والفسخ بطل البيع لان الاجازة لا تلحق الميت وان مات المرتهن قبل الاجازة والفسخ فالبيع على حاله لان الاجازة تلحق الميت وان اجاز الراهن ثم اجاز المرتهن جاز البيع الثاني لان الاجازة الثانية تلحق البيع الثاني لا الاول لانه لا يتعلق حق المرتهن بالاول وان فسخ الراهن ثم اجاز المرتهن جاز الفسخ الاول لانه لا يتعلق حق المرتهن بالاول وان فسخ المرتهن ثم اجاز الراهن جاز الفسخ الثاني لانه لا يتعلق حق المرتهن بالثاني وان باع الراهن عبدا رهنه بغير اذن المرتهن جاز البيع الثاني لان حق المرتهن تعلق بالاول لا بالثاني فلا يتعلق حق المرتهن بالثاني وان اعتق الراهن عبده الذي رهنه بغير اذن المرتهن عتق ولا يضمن الراهن للمرتهن شيئا لان العتق لا يبطل حق المرتهن لان حقه في المالية وهي باقية بعد العتق وان كان الراهن موسرا ضمن قيمته للمرتهن لان العتق يبطل حق المرتهن في الحبس وهو الاحتباس بالدين لا في المالية وهي باقية بعد العتق فيضمن قيمته للمرتهن ليكون رهنا مكانه وان كان الراهن معسرا لم يضمن لان في تضمينه ابطال حق المرتهن في الحبس ايضا لان الراهن يسعى في قيمته فيحبس بها حتى يؤديها فيكون حبسا بالدين وان كان الدين مؤجلا اخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التعجيل فائدة فاذا حل الدين استوفى بحقه اذا كان من جنس حقه وردت الفضل وان كان من غير جنس حقه بيع العبد في قيمته واستوفى به الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه لانه لما تعذر الوصول الى عين حقه من جهة المعتق يرجع الى من يتلف بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رضي الله عنه وتأويله اذا كانت القيمة اقل من الدين اما اذا كان الدين اقل من القيمة فيرد الزيادة على الراهن ان شاء الله تعالى ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا اداه لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه يؤدي ضمانا لجنايته لانه انما يسعى لتحصيل العتق له عادة وعند ضمانه التكميل وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن

زاد بالشارح المذكور من عند نفسه ليست بشيء فان عدم قبول الخصم بذلك لا يقتضي سقوط السؤال المتجه علينا اذ لا يلزم ان يكون توجه السؤال من قبل الخصم وعن هذا ترى يقولون ليس للسائل مذهب وسلم ذلك فالخصم ان يورد السؤال المذكور علينا بطريق الالزام بما هو مسلم عندنا لا بطريق التحقيق بما هو مقرر عنده فالجواب ما اشار اليه المص لا غير قوله ولو فعل ذلك قال في النهاية والعناية اي جعل القيمة في يد العدل رهنا وقال بعض الفضلاء فيه بحث بل المراد اذا جعلت القيمة رهنا برأيهما او برأي القاضي عند العدل الاول او عند غيره كما ذكره العلامة الزيلعي انتهى اقول ان كان وجه البحث عدم تحقق العموم فيما ذكر في النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهنا برأيهما اي برأي الراهن والمرتهن مع ان الحكم فيه ايضا كذلك فهو ممنوع لانه انما لا تحقق العموم لذلك بل يختص بما جعلت القيمة رهنا برأي القاضي لو كان جعل في عبارة النهاية والعناية ولفظ فعل في عبارة الكتاب مبنيا للفاعل وكان الضمير المستتر فيه راجعا الى القاضي واما اذا كان مبنيا للمفعول وكان لفظ القيمة في عبارة النهاية والعناية فانما مقام الفاعل فيتحقق العموم للصورتين معا كما لا يخفى على الفطن وان كان وجه بحثه عدم تحقق العموم فيما ذكر في النهاية والعناية لما جعلنا القيمة رهنا في يد غير العدل فامره بين فانه لما كان عدم التفاوت بين لما جعلت القيمة بعد الضمان رهنا في يد العدل الاول وبين ان جعلت رهنا في يد غيره ظاهرا اكتفى بذكر الاول الى اختصار

باب التصرف في الرهن والجناية عليه

لما كان التصرف في الرهن والجناية عليه جناية على غيره متأخرا تبعا عن كونه اخره وضعا ليوافق الوضع الطبع **قوله** واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف اختلفت عبارة محمد فيه في موضع قال بيع المرهون فاسد وفي موضع قال جائز والصحيح انه جائز موقوف وقوله فاسد محمول على ما لم يجز فان القاضي يفسده اذا خوصم اليه وطلب المشتري التسليم وقوله جائز محمول على ما اذا اجازه وسلمه كذا في العناية وغيرها من الشروح قال بعض الفضلاء ويجوز ان يقال قوله فاسد محمول على المبالغة في التشبيه فانه كالفاسد في عدم ترتب الحكم بالفعل او انه بسبيل مجاز المسارقة فانه على شرف ان يفسد اذا لم يجزه انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان هذين التأويلين ليسا بتأويل فقهي بل هما من قبيل التأويل اللغوي الذي فيه نوع اعجاز وتعمية فلا ينبغي ان يصار اليهما في موضع الكشف والبيان **قوله** لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه اقول في تمام هذا القدر من التعليل نظر فانه ينتقض بما اذا اعتق الراهن عبد الرهن فانه ينفذ عتقه كما سيأتي في الكتاب مع جريان هذا التعليل هناك ايضا فالوجه في التعليل هنا ان يقال لانعدام القدرة على التسليم لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته الا ترى ان المص انما فصل بين هذه المسئلة ومسئلة الاعتاق بانعدام القدرة على التسليم حيث قال في اخر تعليل مسئلة الاعتاق من قبل اصحابنا وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم تدبر **قوله** وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم لان يد المرتهن مانعة عن التسليم والبيع كما يفتقر الى الملك يفتقر الى القدرة على التسليم ولهذا ينفذ بيع الابق والمستأجر والاعتاق لا يفتقر اليها بدليل نفاذ اعتاق الابن كذا في الكافي وغيره واعترض عليه صاحب التسهيل حيث قال اقول على هذا يلزم ان يفسد بيع الرهن ولا يتوقف وبينهما فرق اذ الفاسد تملك والقبض دون الموقوف الا يرى ان البيع بالبيع الفضولي لا يملك بالقبض وهو موقوف لا فاسد انتهى اقول هذا

لما مر حنيفة رح اوجب السعاية في المستسعى للشريك في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون في حالة الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وانه ادنى من حقيقته الثابتة للشريك
الساكت فوجب السعاية هنا في حالة واحدة اقامة المقصات وتلبيته بخلاف المشتري قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع لا رواية عن ابي يوسف ولا والمرهن يسعى
في حق بائعه في اجنبي صحيح لان لبائعه ملكه في الآخرة ولا يستوفي من عينه وكذلك يبطل حقه في الجنس بالاعارة من المشتري والمرهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن
حتى يملكه لو استرده اطلاقا وجنا السعاية فيهما مستوفيا بين الحقين وذلك لا يجوز ولو اقر المولى بعد عبد بان قال له هذا لك عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه فهو
استعانة عند تاجله فالرهن رهن وهو يعتبر باقراره بعد العتق ونحن نقول اقراره يتعلق الحق في حال ملك التعلق فيه لقيام ملكه فيه بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الاقرار
ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق اما عند ابي حنيفة فظاهر وكذا عند لان التدبير لا يمنع البيع على اصله وتركات امه فاستولدها الراهن صح الاستيلاد ولا نفاذ لانه يصير ام الولد
وهو مالك له في جارية الابن فيصح بالاعلى واذا صحا خرجا من الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتها على التفصيل الذي ذكرناه في
الاعتاق وان كان معسرا سعت الام في الرهن المدبر وام الولد في جميع الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه
والمتلبس عنده وليس الاقل من القيمة فلذا ادعاه وحق المرتهن بقدر الدين فلا يلزمه الزيادة ولا يرجعان بما تؤديان على المولى بعد يسار لانهما اديا من مال المولى والمعتق
يرجع لانه ادى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان مؤجلا يسعى المدبر في قيمته لانه عوض الرهن حتى يحبس مكانه فيتقيد ويقيد المعوض بخلاف
ما اذا كان حالا لانه يقضى به الدين ولو اعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما اذا لا قبل العتق
لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى قال وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه
مقام العين فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فيأخذ القيمة ويكون رهنا في يده لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداده ما قام مقامه
والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن الفا فرهن خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة قصاصا لحق الرهن لانه لو
كان هلكت باقية وللمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الهلاك لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء لانه تقرر عن الطلاق ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل فرهنه بقيمته لانه الف
ملك الضمان وكانت رهنا في يده حتى يحل الدين لان الضمان بدل العين فاخذ حكمه واذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه لانه جنس حقه كما ان فيه فضل
يرده على الراهن لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقض كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض وهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف

الاعتراض ظاهر السقوط لانه انما يلزم ان يفسد بيع الرهن ولا يتوقف ان لو انتفى بالقدرة على تسليمه بالكلية والمنتفي في بيع الرهن انما هو القدرة
على تسليمه بدون اجازة المرتهن او قضاء الراهن دينه لا القدرة على تسليمه اصلا فيتوقف على اجازة المرتهن او قضاء الراهن دينه اذ بواحد منهما
تحصل القدرة على التسليم فينفذ البيع كما في البيع الفضولي **قوله** وكذا لو استهلك الراهن الرهن قال صاحب النهاية هو معطوف على قوله
فان كان موسرا ضمن قيمتها واقتفى اثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية اقول شرح هذا المقام بهذا الوجه خروج عن سنن الصواب
لان قوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لفظ القدوري في مختصره وهو مذكور في البداية ايضا وقوله فان كان موسرا ضمن قيمتها ليس
بلفظ القدوري في مختصره وليس بمذكور في البداية اصلا بل هو من المسائل الاصل التي ذكرها المص في الهداية تفريعا على مسئلة مختصر القدوري
وهو من قوله ولو اقر المولى برهن عبده الى هنا فكيف يصح جعل لفظ احد الشيخين في احد الكتابين معطوفا على اللفظ شيخ اخر في كتاب اخر وكيف يمكن
عطف عبارة المتن وهو البداية على عبارة الشرح وهو الهداية مع تقدم عبارة تحقق المتن على تحقق عبارة الشرح فالصواب ان يجعل قوله
المذكور معطوفا على قوله فيما مر متنا فان كان الدين حالا لا طولب باداء الدين وان كان موجلا اخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين
لانه ايضا لفظ القدوري في مختصره ومذكور في البداية ايضا فيتم ويحسن عطف احدهما على الاخر وترتيب عبارة مختصر القدوري والبداية هكذا
وان اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه فان كان الدين حالا لا طولب باداء الدين وان كان موجلا اخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه
حتى يحل الدين وان كان الراهن معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين وكذلك لو استهلك الرهن الرهن انتهى فتامل في هذا الترتيب
فكن الحاكم المتصل **قوله** وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط الدين

خمسمائة لان ما انتقض كالهالك وسقط الدين بقدره ويعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي
بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف قال الزيلعي بعد ان ذكر هذا بعينه في شرح الكنز كذا ذكره صاحب الهداية وغيره وهو مشكل فان انتقصان
بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن الاتلاف وكيف يكون ما انتقض به كالهالك حتى
يسقط الدين بقدره وهو ان لم ينتقض الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب ان لا يسقط بمقابلته شيء من الدين انتهى اقول ليس استشكاله شيئا
فانه يضمحل بقول صاحب الهداية وغيره يعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر اذ لا شك ان القبض السابق
مضمون عليه لانه قبض استيفاء فبالهلاك يتقرر الضمان ولما كان المعتبر قيمته يوم القبض وقد كانت قيمته يوم القبض الفا انتقصت منها
خمسمائة بتراجع السعر سقط عن الدين لا محالة مقدار تمام الالف خمسمائة باتلافه وخمسمائة بقبضه السابق حيث كانت قيمته وقت القبض الفا
ولا تاثير في سقوط شيء منه لتراجع السعر اصلا وهذا مع ظهوره من عبارة الهداية وغيرها كيف خفي على مثل ذلك الفاضل **قوله** وكذلك لو اعاره
احدهما اجنبيا باذن الاخر سقط حكم الضمان لما قلنا يشير بقوله لما قلنا الى قوله للمنافاة بين يد العارية ويد المرتهن قال بعض الفضلاء فيه نظر
اذا وقع بعد العدل لا يسقط الضمان مع المنافاة بين يد الايداع والرهن اقول الفرق بين الاعارة وبين الوضع في يد العدل مذكور

قال وإذا أعار المرتهن الرهن المرتهن ليخدمه أو ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان الرهن لمنافاة يد العارية ويد الرهن فإن هلك في يد المرتهن هلك بعد شيء الموت القبض المضمون وهو الرهن ان يسترجعه الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال الاترى انه لو هلك الراهن قبل ان يرده على المرتهن كان المرتهن احق به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بيد ضمان والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال الاترى ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا بقي عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض بعد الرهن فيعود بصفته وكذلك لو اعاره احدهما اجنبيا باذن الآخر خرج عن الرهن فان هلك في يد المستعير لا يعتبر مستوفيا وقيمته الراهن قبل الوكيل الرهن ثابت لانه لم يخرج سوى الرهن لانه تعلق بالرهن حتى لا يرد الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا واذا استعاره المرتهن من الراهن ليعمل به ذلك قبل ان يأخذه في العمل هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن وكذا اذا اصابه بعد الفراغ من العمل لان بقاء يد العارية وهو ذلك في حالة العمل هلك بغير ضمان للتنوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان فكان الخلاف الراهن المرتهن بالاستعمال لما بيناه وهو استعاره من غيره ثوبا ليرهنه فرهنه به من قليل او كثير فهو جائز لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للرهن كما ينفصل زوالا في حق الباقي واجب اعتبار خصوصه في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه بأزيد منه ولا باقل منه لان التقييد مفيد وهو يبتغي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما تيسر اداؤه ويبتغي النقصان ايضا لان غرضه ان يصير مستوفيا الاكثر بمقابلة ملك الهدية فلا يصح عليه فكان لذلك التقييد بالجنس وبالنوع وبالبلد لان كل ذلك مفيد لتيسير البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت الاستيفاء والحفظ واذا خالف كان ضامنا لتمام استيفاء المعير ضمن المستعير ولا تنعقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن لانه فكله باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه وانشاء فيمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن فقد بينا في الاستحقاق وان وافق بان رهنه بمقدار ما اعاره به ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله ثوب الثوب على الراهن لانه صار قاضيا دينه بمالم بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لانه برضاه وكذلك ان اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله ثوب الثوب على الراهن على ما بيناه وان كانت قيمته اقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقيته دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بيناه ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفكه جبرا عن الراهن ليرتهن الثوب فيه ان يمنع لانه لا يخلو حينئذ يخلص ملكه ولهذا رجع على الراهن بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف الاجنبي اذا قضى الدين لانه متبرع اذ لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تقرير ذمته فكان للمالك ان لا يقبله ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل ان يرده فهو ضامن عليه لانه لا يصير قاضيا بكذا وهو الموجب على ما بينا وهو اختلاف في ذلك فالقول للراهن لانه ينكر الايفاء بل عزاه الهلاك في حالتين كما اختلفا في مقدارها ولا يد له فالقول للمعير لان القول قوله في انكار صفته ولو رهنه المستعير بدين موعود دفعه ورهنه ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء لكن يد الموعود المسمى بدينا انه كالموجود ورجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامة منه باداء ذمته عنه ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز لقيام ملك الرقبة ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه

في شرح الشريعة في الكفاية مفصلا مستوفا فكانه لم يرهنا لمن شيئا فاليعيها **قوله** وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي اذا باشرها احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدأ قال الشارح وحكم الوديعة كحكم العارية وحكم الرهن كحكم الاجارة انتهى اورد بفصل الفضلا على قولهم وحكم الوديعة كحكم العارية بانه قال ان كان الايداع من اجنبي فعند ابي لا يسقط الضمان لانه العدل انتهى اقول ليس الامر كما زعمه لان العدل من يضمنها بوضع الرهن في يده ابتداء وكلام الشارح هنا فيما اذا وضع احدهما الرهن قبضه السابق بالايداع للمنافات بين يد العارية والدين واما في صورة الوضع في يد العدل ابتداء فيقوم يد العدل في قبض الرهن مقام يد المرتهن في حق المالية فيصير الرهن مضمونا على المرتهن من هذه الجهة كما تبين في بابه ولم يوجد شيء اخر يقتضي انتقاض هذا القرض فبقي الضمان عليه كما

قوله ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع اعلم ان قوله جبرا على الراهن في اثناء هذه المسئلة من مغلقات هذا الكتاب وكان لفظ محمد بدل هذا في هذه المسئلة حين اعتبر الراهن كما ذكره شمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام البزدوي وقد نبه عليه تاج الشريعة وصاحب الكفاية وعن هذا قال بعضهم لعل قول المص جبرا عن الراهن تصحيف عن قول محمد حين اعتبر الراهن وقع من الكاتب او القارئ وقال صاحب معراج الدراية معنى قوله جبرا عن الراهن بغير رضاه ويؤيده تقرير صاحب الكافي في هذه المسئلة حيث قال ولو كانت قيمته مثل الدين واراد المعير ان يفكه جبرا بغير رضاء الراهن ليس للمرتهن ان يمتنع اذا قضى دينه وقال صاحب الكفاية معنى قوله فاراد المعير ان يفكه جبرا عن الراهن اراد ان يفكه نائبا عن الراهن جبرا على المرتهن وقال صاحب العناية قوله افكه جبرا عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل بيانه ولعله من الجبران يعني جبرانا لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان ما اختاره من المعنى لا يتمشى فيما اذا اراد المعير ان يفكه قبل حلول اجل دين الراهن اذا لم يفت عن الراهن اذ ذاك القضاء بنفسه لعدم جبرانه حتى يكون افتكاك المعير الرهن هناك لقضاء دين الراهن جبرانا لما فات عنه من القضاء بنفسه مع ان تلك الصورة ايضا داخلة في جواب هذه المسئلة كما لا يخفى واما ثانيا فلانه لم يسمع في العربية جبر عنه سواء كان من الجبر بمعنى الجبران ومحال الاغلاق في تركيب المص انما هو كلمة عن الداخلة عن الراهن لا كون الجبر بمعنى القهر اذ هو متحقق في مسئلتنا بالنظر الى المرتهن وعلى المعنى الذي اختاره لا يظهر لكلمة عن متعلق الا ان يصار الى تقدير لما فات جملة وجعل كلمة عن متعلقة بلفظ فات المندرج في ذلك ولا يخفى بعده جدا فكيف يرتكب مع حصول المقصود منه بتقدير متعلقة كلمة عن لفظ بنائه وحده كما فعله صاحب الكفاية **قوله** ولهذا يرجع على الراهن بما ادى قال صاحب النهاية وههنا قيد لازم ذكره فان قوله يرجع الى الراهن بما ادى غير محترز على اطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما ادى اذا كان ما اداه بقدر الدين لا ما اكثر منه من قيمة الثوب لانه ذكر في الايضاح وفتاوى قاضيخان فان عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه المالك يرجع بقدر ما يهلك الدين به ولا يرجع باكثر من ذلك بيانه اذا كانت قيمة الراهن الفا فرهنه بالفين فافتكه المالك بالفين يرجع بقدر ما يهلك الدين وهو الالف ولا يرجع باكثر من الف لانه لو يهلك الدين لم يضمن الراهن

[illegible]

للغير اكثر من ذلك فكذلك اذا اتلفه كان متبرعا بالزيادة انتهى واتفق اثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية بعد نقل صاحب النهاية بعبارة نفسه وليس بوارد على النص لانه يوضع المسئلة فيما اذا كانت القيمة مثل الدين انتهى اقول فيه نظر لان قول النص والهداية يرجع الى الراهن بما ادى من مقامات دليل هذه المسئلة لا توافق هذه المسئلة ولا يخفى ان مقدمات الدليل لا يجب ان توافق المدعى في الخصوص العموم ولا في التقييد والاطلاق الا يرى ان الكلية الاكثرية شرط في اشهر الاقيسة فاقول لها وان كان المدعى جزئيا فما اين يلزم من تقييد وضع المسئلة تقييد مقدمات دليلها ايضا حتى يستغنى عن تقييد بالتمسك المقدمة بما ذكره صاحب النهاية وغيره ثم ان الزيلعي قال في التبيين وذكر في النهاية انه اذا افتكه باكثر من قيمته بان كان الدين المرهون به اكثر لا يرجع بالزيادة على قيمته وهذا مشكل لان تخليص الرهن لا يحصل بالايفاء بعض الدين فكان مضطرا وباعتبار الاضطرار يثبت في حق الرجوع فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار وهذا لان غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك الا باداء الدين كله اذ لا يمكن ان يحبسه حتى يستوفي الكل على ما عرف في موضعه انتهى اقول هنا كلام هذا نوع غرامة لان صاحب النهاية قد ذكر حاصل استشكاله بطريق السؤال واجاب عنه حيث قال فان قيل هو لا يتصل الى تحصيل ملكه الا بايفاء جميع الدين فلم يكن متبرعا قلنا انما وجب على التفسير باعتبار ايفاء الدين عن ملكه فكان الرجوع اليه بقدر ما يتحقق به الايفاء انتهى وقد تبعه في ذكر هذا السؤال والجواب صاحب الكفاية ومعراج الدراية فالى الجواب المذكور مرضي عند الزيلعي ايضا فلا حق لاستشكال كلام صاحب النهاية بعد ان رأى الجواب والسؤال مسطورين في النهاية على الاتصال بما استشكله وان لم يكن الجواب المذكور مرضيا عنه كان عليه ان يبين محل فساده ولا ينبغي ان يعد السؤال المذكور فيما اشكالا من عند نفسه

قوله وان شاء ضمن الغير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق اقول كان الحق في التعليل ان يقال لان الحق تعلق بالمالية وقد تلفها بالاعتاق اذ لا شك ان المراد بالحق المذكور في التعليل انما هو حق المرتهن وحقه متعلق بمالية الرهن دون رقبته كما مر غير مرة

قوله اما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل اي ما وجه المسئلة التي اتفقوا في حكمها وهو ان جناية الرهن على الراهن هدر لانها جناية المملوك على المالك واتفق اثره صاحب العناية اقول لا وجه عندي لافهام لفظ الوجه في تفسير مراد النص لقول المذكور اذ يصير المعنى حينئذ ما وجه المسئلة الوفاقية اي علتها لهذه العلة المذكورة في الكتاب لان النص قد اوجب الامر على الخبر كما ترى فيؤول المعنى الى ان علة هذه المسئلة لهذه العلة فيلزم ان يكون المذكور في الكتاب علة العلة لا علة نفس المسئلة وهو فاسد قطعا

قوله ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الراهن ورفعاه بالجناية الى المرتهن قال صاحب العناية قوله ودفعاه فيه تسامح لان المرتهن لا يدفع العبد الى نفسه ومخلصه المشاكلة لانه وان كان قابلا ذكره بلفظ الدافع لوقوعه في صحبته او التعليق سماه واقعا ومناه انتهى اقول لا صحة لتوجيه المشاكلة ههنا لان المشاكلة ذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وهذا لا يتصور الا اذا تكرر ذكر لفظ واريد به في المرة الاولى اصل معناه وفي الاخرى غير ذلك كما في قوله تعالى حكاية تعلم ما في نفسي ولا اعلم ما في نفسك ومنها نحو فيه لم يتكرر ذكر لفظ بل وقع مرة واحدة بصيغة التعدية وصيغة التغليب لا غير كما لا يخفى

قوله ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي

وان كان مقابلا بالدرهم على اصلنا حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فلذا قيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشئ لان يد الرهن يد استيفاء من الابتداء وبالهلاك تقرر وقيمته كانت في الابتداء الفا فيصير مستوفيا للكل من الابتداء او نقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي الى الربوا فيصير مستوفيا المائة وفي تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالجزاء فالجزاء ما الزامات من غير قول احد لانه يصير مستوفيا الكل بالعين لانه كان يؤدي الى الربوا

قال وان كان امره الراهن ببيعه فباعه بمائة قضاء من حقه فيرجع بتسعمائة لانه لما باعه كان الراهن استرده وباعه نفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن وينفذ البيع لانه لو لم يرد لما استوفى كذا هذا **قال** وان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر رح يصير هذا بمائة لان بيع الرهن بدين استيفاء وقد تقرر بالهلاك لانه اخلف بدلا لانه اخلف العين فبقي الدين بتقرره ولا صحابنا على زفر رح ان العبد الثاني قائم مقام الاول لحاجة دمائه ولو كان الاول قائما وانتقص السعر بسقط شئ من الدين عند نا لما ذكرنا فكذلك اذا قام الثاني مكانه وعند زفر رح في الخيار ان الرهن تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا قبل قبل القبض والمغصوب اذا قبل في يد الغاصب فيخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحاجة دمائه كما ذكرناه مع زفر رح وعلى الرهن امانة عندنا فلا يجوز تعليكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جعل الدين وانه صنع تجارة في البيع لان الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع تجارة في الضمان لان تملكه باداء الضمان مشروع ولو كان العبد راجع بسعره حتى صار يساوي مائة لم يقتله بعد يساوي مائة فدفعه فهو على هذا الخلاف واذا قتل العبد الرهن قيمته مائة وخطاء فضمان الجناية على المرتهن ولا يبطل الرهن لان الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها ولابي حنيفة رح ان يفدي قيل للمرتهن ادفع العبد او افده بالدية لان الملك في الرقبة قائم له وانما الى المرتهن الفداء القيام حقه فاذا امتنع عن الفداء بطالب الراهن تحاشا الجناية ومن حكمه في التخيير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع سقط الدين لانه استحق لعجزه في ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذلك ان فدى لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن فراغ الفداء بخلاف ما اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع او الفداء في الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شئ من الدين كما لو هلك في الابتداء وان فدى فهو رهن مع امامه على حاله ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق قيمته فان ادى المرتهن الدين الذي لزم العبد فديته على حاله كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في الدين الا ان يختار ان يؤدي عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء وان لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى

ما تدفع به فهو على هذا الخلاف قال صاحب غاية البيان وهذا تكرار لا محالة لان وضع المسئلة في الفصل الثالث فيما اذا تراجع سعر الرهن الى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة الى ان يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف انتهى وقال صاحب العناية قيل في بعض الشروح وهذا تكرار لا محالة لان وضع المسئلة في الفصل الثالث معنى ما عبرنا عنه ههنا بصورة الثالثة فيما اذا تراجع سعر الرهن الى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقدم الخلاف فلا حاجة الى ان يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما اذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم عليه ايضا وفي ذلك شرط مثل صاحب الهداية الذي جاز قصبات السبق في مضمار التحقيق وانما الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا وهذه المسئلة في صورة التراجع ولا تكرار ثم الى ههنا لفظ العناية اقول ما ذكر في بيان صورة المسائل الثلاث انما هو عبارة البداية المأخوذة متن الصغير والانصاف انها لا تساعد جعل الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما فعله صاحب العناية وصاحب الكفاية وانما تساعد جعلها في تراجع السعر ايضا كما فعله صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وصاحب الغاية او جعلها فيما هو اعم من تراجع السعر او من عدم تراجعه فان نص عبارة البداية على ما وقع في الجامع الصغير هكذا ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فانتقص في السعر ورجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يعتبر المائة قضاء من حقه ولا يرجع على الراهن بشئ وان كان امره الراهن ببيعه فباعه بمائة قبض المائة قضاء من حقه ويرجع بتسعمائة فان قتله عبد قيمته مائة فدفع اليه مكانه افتكه بجميع الدين وقال محمد رح هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المرفوع الى المرتهن انتهى ولا يخفى عليك ان قوله فان قتله عبد الى اخره عطف على قوله ثم قتله رجل وان الظاهر المتبادر ان ضمير قتله في المعطوف راجع الى ما رجع اليه ضمير قتله في المعطوف عليه ولا شك ان الضمير في المعطوف عليه راجع الى العبد المرهون الذي نقص في السعر فكذا الضمير الذي في المعطوف كما ذهب اليه اصحاب النهاية ومعراج الدراية وغاية البيان وان اخرج الضمير في المعطوف عما هو الظاهر المتبادر من رجوعه الى ما رجع اليه ضمير المعطوف عليه فلا اقل من ارجاعه الى مطلق العبد المرهون المذكور في ضمن العبد المرهون المقيد بنقصان سعره في المعطوف عليه وعلى كلا التقديرين لا يخالف ما ذكره المصنف ههنا لقوله ولو كان تراجع سعره الى آخره عن مناسبة التكرار واما ارجاع الضمير في المعطوف الى العبد المرهون المقيد بعدم تراجع السعر فيما لا يساعده العبارة المذكورة قطعا على مقتضى العربية فلا وجه للمصير اليه تبصر ترشد قوله لان دين العبد مقدم على دين المرتهن

وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى قال صاحب النهاية قوله وحق ولي الجناية بالجر اي دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم على حق ولي الجناية ايضا حتى انه لو جنى وعليه دين يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في جناية المملوك في الديات وقوله لتقدمه على حق المولى اي لتقدم حق العبد على حق المولى فاذا كان مقدما على حق المولى يكون مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية لان المرتهن يقوم مقام المولى في المالية وولي الجناية يقوم مقام المولى في ملك العين الى هنا كلامه واقتفى اثره في هذا البيان جماعة من الشراح منهم صاحب الغاية وقال صاحب الغاية وحق ولي الجناية بالنصب او بالرفع عطفا على لفظ دين العبد او محله يعني ان دين العبد مقدم على دين المرتهن كذا حق ولي الجناية ايضا مقدم على دين المرتهن

فان فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لان الرقبة استحقت بمعنى جرى في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان لو كان دين المرتهن قد حل آنفا وذلك لانه من جنس حقه وان كان لرجل امسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق في دين الاستيلاد يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتاخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعده لا يرجع على احد لانه وجب عليه بعد العتق وان كانت قيمة العبد الفين وهو رهن بالفين وقد حل حق العبد يقال لها افد بالان النصف منه مضمون والنصف امانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان اجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيناه وانما منه الرضى به فان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي راهنا كان او مرتهنا اما المرتهن فلانه ليس في الفداء ابطال حق الراهن في الدفع الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتهن وكذا في جناية ولي الرهن اذا قال المرتهن انا افدي له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح وكذا الراهن لكن له ان يفدي واما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان لا يختاره فيخالف الراهن فلما التزمه والحوالة هذه كان متبرعا وهذا على ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يرجع مع الحضور وسنبين القولين ان شاء الله تعالى ولو ابى المرتهن ان يفدي وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن بنصف الفداء من دينه لان سقوط الدين امر لازم فلذلك اودفع فالمعجل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في النصف كان عليه فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كانه اوفى نصفه فبقي العبد رهنا بما بقي ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد والحسن رحمهم الله المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير امره فاشبه الاجنبي وله انه اذا كان الراهن حاضرا امكنه مخاطبته فاذا اداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبي فاما اذا كان الراهن غائبا فقد دفع مخاطبته والمرتهن محتاج الى اصلاح المغصوب ولا يملكه ذلك الا باصدام الامانة فلذا يكون متبرعا **قال** واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لان الوصي قائم مقامه ولو تولى الموصى حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا لوصيه وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه لان القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجز واعجز النظار انفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره وليستوفي ماله من غيره وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عندهم من غرمائه لم يجز وللآخرين ان يردوا

لان كل واحد منهما مقدم على حق المولى فلان يقدم على حق المرتهن اولى لان حق المالك اولى ويدل على هذا التقرير تصريح القدوري بذلك في شرحه وقدم انفا تحقيقه ان المصنف ذكر جناية العبد المرهون اولا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن ثم ذكر دين العبد ثانيا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا وهذا كله يدل على ان مراد المصنف ما ذكرنا وقال بعضهم في شرح قوله وحق ولي بالجرائر دين العبد مقدم على دين المرتهن وتقدم ايضا على حق ولي الجناية حتى لو جنى وعليه دين يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فاقول هذا في غاية الضعف لان المسئلة التي استشهد بها تدفع كلامه لانه قال دين العبد مقدم على حق ولي الجناية وفي المسئلة قدم حق ولي الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء وانه لا مناقضة لاحتماله الى هنا لفظ الغاية اقول لا تدافع بين كلام هؤلاء الشراح وبين المسئلة التي استشهدوا بها اذ لا يشتبه على الفطن تحقق تقديم حق الغرماء حقيقة على حق ولي الجناية في تلك المسئلة فانه وان دفع العبد الجاني اولا الى ولي الجناية الا انه لم يبق في يده بل بيع ووقع ثمنه الى الغرماء وقد كان نبه عليه صاحب الكفاية حيث قال لانه وان دفع الى ولي الجناية اولا لكن اذا بيع لم يبق للدفع اثر فعلم ان الدين كان مقدما حقيقة انتهى **قوله** فان فضل شيء الى آخره اقول فيه شيء وهو ان الظاهر من اسلوب تحرير الكتاب ان يكون قوله فان فضل شيء الى آخره من متفرعات المسئلة السابقة وهي قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته ولا يذهب على ذي مسكة ان المال المستهلك اذا استغرق رقبة العبد لا يتصور ان يفضل على دين الغريم شيء من ثمن العبد الذي بيع فيلزم ان لا ينتظم المعنى اللهم الا ان يكون قوله فان فضل شيء الى آخره مسئلة مبانية للمسئلة الاولى مقابلة لها لا متفرعة عليها ويكون انفا في قوله فان فضل لمجرد التنبيه الذكري كما يستعمل الفائدة المعنى ايضا على ما عرف في علم الادب تامل

فصل هذا الفصل بمنزلة المسائل المتفرقة المذكورة في اواخر الكتب فلذلك آخره استدراكا لما فات فيما سبق **قوله** لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء اقول لقائل ان يقول لو كان مدار مسئلتنا المذكورة على هذا القدر من التعليل لما ظهر فائدة قوله ثم صار خلا في وضع المسئلة بل كان يكفي ان يقال ومن رهن عصير خمر بعشرة فتخمر فهو رهن بعشرة لكفاية التعليل المذكور بعينه في اثبات هذا المعنى العام فتامل قال صاحب العناية ولقائل ان يقول ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فما بال هذا يتخلف عن ذلك الاصل وقال ويمكن ان يجاب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا يتبدل المحل حكما يتبدل الوصف فلذلك يخالف عن ذلك الاصل انتهى اقول في الجواب بحث اذ لقائل ان يعود ويقول لو كان تبدل المحل ههنا يتبدل الوصف كان ينبغي ان يبطل العقد فيما اذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض اذ على تقدير تبدل المحل يلزم ان يكون المبيع هالكا قبل القبض في هاتيك الصورة وقد قالوا في مسئلة الاشتراء ان المبيع ينتقض بالهلاك قبل القبض وان انتقض لما يعود مع انه ذكر في الكتاب ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض بقي العقد الا انه يتخير في البيع فان قيل هذا التبدل ليس بتبدل حقيقي بل تبدل حكمي كما صرح به صاحب العناية والذي يستلزم كون المبيع هالكا انما هو التبدل الحقيقي دون الحكمي قلنا فلقائل ان يقول ما بال هذا التبدل الحكمي كان له تاثير في التخلف عن ذلك الاصل المقرر ولم يكن له تاثير في كون المبيع هالكا والفارق بينهما والجملة للكلام مجال في كل حال واورد بعض الفضلاء على الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال فيه

لانه أو بعض الزوائد بالايفاء الحكمي فشبه الايثار بالايفاء الحقيقي فان قضى دينه فان كان دينه دراهم جاز الرد وجاز الزوائد التي لم توجد حقيقة ولو لم يكن كذلك لم يجز الرد
اعتبارا بالايفاء الحقيقي وقيل لا يجوز الرد وهذا قول الرهن لو رهن عبدين فسلم عبدا جاز لانه استيفاء دينه بملكه قال رضي الله عنه في رهن
الرهن للعبادات ذكرها في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى **فصل قال** ومن رهن قفيز بعشرة قفيز بعشرة قفيز حنطة بعشرة دراهم جاز له بيع رهن
بعشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن او الحنطة بالمالية قيمية والقيمي لا يكون محلا للبيع ابتداء فيما له قيمة حتى من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض
في العقد لا يتخير لتعيب المبيع لا يجوز بيعه ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت قيمتها عشرة فسلم يساوي درهما يجوز بدونه لكن الرهن
يتخير بالهلاك فاذا اختار يبطل بعوضه فيعود بجميع الدين وما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فرد جاز حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض
وينتقض لا يعود اما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه ومن مشايخنا من منع مسئلة البيع ويقول يعود البيع **قال** ونماء الرهن كالرهن ومن مثل الولد والثمر واللبن
والصوف لانه متولد من ملكه ويكون رهنا معه لانه تبعا له والرهن حق لازم فيسلك به الله فان هلك هلك بحقه لان الاشياء لا تقابل لها ما يقابل بالاصل لانها
لم تدخل تحت العقد مقصودا الا النقد لا يتناولها وان هلك الاصل وبقي النماء انقلب الرهن بحصته بقسط الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الهلاك لان الرهن
يعتبر مضمونا بالقبض والزيادة تعتبر مقصودة بالهلاك اذا بقي الى وقته والتبع يتبع بالهلاك شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فما اصاب الاصل يسقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا
وما اصاب النماء انقلب الرهن لما ذكرنا وتصور للسائل على هذا الاصل تخريج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى وتمامه في الجامع والزيادات ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال
الراهن للمرتهن احلب شاة في حلبت فهو لك حلالا خلف شرب فلا ضمان عليه في ذلك اما الاباحة فتصح تعليقها بالشرط والخلو لانها الطلاق ولبن يحتمل فتصح مع الخطر ولانه
من الدين لانه اتلفه باذن المالك فان اتلفت الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما اصاب الشاة سقط وما اصاب اللبن اخذه
المرتهن من الراهن لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والنماء حصل بتسلط من قبله فصار كان الراهن اخذه واتلفه فكان مقبوضا عليه فيكون له حصته من الدين وفي حصته وكذلك ولد الشاة
اذا كان للراهن لما قلنا ولكن لك جميع النماء الا حدث على هذا القياس **قال** ويجوز الزيادة في الرهن ولا يجوز في الدين عند ابي حنيفة وقالا يجوز وهما بناء قال ابو يوسف يجوز الزيادة
في الدين بقضاء قال زفر لا يجوز وهما الرهن والثمن واللبن والمتعة سواء وقد ذكرناه في البيوع ولابي يوسف في الخلافية الاخرى ان الدين في باب الرهن كالثمن
في البيع والرهن كالثمن فيجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن
وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن الا ترى انه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز وان كان الدين الفا وهذا يوجب الشيوع في الدين

بحث لان مال ما ذكره ان يكون السالب لقابلية المحلية وهو تبدل وصف العصيرية الى الخمرية مصححا لها وقال والاولى ان يجاب بان الخمر قابل لحكم البيع
وهو الملك ابتداء وبقاء كما اذا كان لمسلم عصير فتخمر فانه لا يخرج به عن ملكه فاذا مات ورثه قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداء والعقود شرعت لاحكامها
وانما لم يكن محلا للعقد ابتداء النهي عن الاتراب والاعزاز ولا يوجد ذلك في البقاء فليتامل الى هنا كلامه اقول جوابه الذي عده اولى ليس بشيء لان
مورد السوال الذي ذكره صاحب العناية بقوله ولقائل ان يقول الى آخره انما هو قولهم في تعليل هذه المسئلة ان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن والخمر
ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حيث ورد عليه ان ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فما معنى كون الخمر محلا للبيع في البقاء دون الابتداء
ولا شك ان القول بان الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء لا يدفع السوال المزبور المورد على قولهم في التعليل المذكور ان الخمر ان لم يكن محلا
للبيع ابتداء فهو محل له بقاء فلقائل يكون ما له تفسير تعليلهم المذكور الى ان يقال ان يكون حكما للبيع يكون حكما في الرهن والخمر قابل لحكم البيع ابتداء وبقاء
فكذا في الرهن وهذا مع كونه عدولا عن تعليلهم المرضي عندهم ليس بصحيح في نفسه اذ لا ريب ان ما يكون حكما للبيع وهو ملك العين لا يكون حكما للرهن فان
حكم الرهن انما هو ثبوت يد الاستيفاء والحبس للمرتهن لا غير كما تقرر فيما مر **قوله** ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن
الخ اقول لقائل ان يقول لا فائدة لقوله وهو القياس في اثناء ذكر دليلهما لان دليل ابي يوسف ايضا وهو القياس كما افصح عنه تقرير المصنف
اياه حيث قال ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالثمن ثم قال والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان و
عن هذا ترك صاحب الكافي القيد المذكور اعني قوله وهو القياس في اثناء تقرير دليلهما والجواب انه ليس مراد المصنف ههنا بقوله وهو القياس الاحتراز
عن اصل ابي يوسف في هذه المسئلة التي هي الخلافية الاخرى وهي مسئلة الزيادة في الدين بل مراده بذلك هو الاحتراز عن اصل ابيهما الثلثة
في الخلافية الاولى وهي مسئلة الزيادة في الرهن فان اصلهم فيها هو الاستحسان كما صرح به في النهاية وغيرها والباعث على تقييد المصنف ههنا بهذا
الاحتراز هو انه لما كان دليل ابي يوسف في الخلافية الاولى هو القياس كما افصح عنه في تقريره جاز ان يتوهم ان دليلهما في هذه المسئلة هو الاستحسان
لكونهما في خلافه ههنا فنبه على ان اصلهما ايضا هو القياس في هذه المسئلة وانما الاستحسان اصلهم في الخلافية الاولى **قوله** والالتحاق
باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن اقول لقائل ان يقول سبق وجوبه على الرهن البتة
ممنوع لجواز ان يكون الدين الذي زيد دينا جديدا حادثا بموجب متاخر عن عقد الرهن في الاستقراض وغيره والجواب ان الكلام في الالتحاق
باصل العقد فالدين وان كان متاخرا عن اصل عقد الرهن الا انه يثبت بالالتحاق باصل العقد تسمية جديدة فتصير كالرهن الابتدائي ولا شك
ان زمان وجوب الدين الجديد متقدم على زمان التحاقه بالاصل فان الالتحاق فرع التحقق فلهذا حكم بسبق وجوبه على الرهن التبعة تامل تفهم **قوله**
ووجه الفرق ان بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرناه وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة
مثله فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول. فالنقض الاستيفاء الثاني المراد بالاستيفاء الاول هو الاستيفاء الحكمي وبالاستيفاء الثاني هو الاستيفاء
الحقيقي كذا في عامة الشروح اقول ههنا نوع اشكال وهو ان الاستيفاء الحكمي الذي كان يثبت للمرتهن بقبض الرهن اما ان ينقض باستيفاء

[illegible]

كتاب الجنايات

قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجرى مجرى الخطأ والقتل بسبب

الدين حقيقة بايفاء الراهن بايفاء استوفى قبل هلاك الرهن او لم ينتقض بل بقي على حاله فان انتقض لم يتم قوله فاذا هلك تقرر الاستيفاء الاول اذ قد تقرر عندهم ان النقض لا يعود وقد صرح في الكتاب بعدم وان لم ينتقض بل بقي على حاله يلزم ان يتكرر الاستيفاء عند استيفائه الدين بايفاء الراهن بايفاء استوفى وتكرره يؤدي الى الربوا فاسد كما مر ايضا غير مرة ويمكن ان يجاب بانه غير منتقض بل باق على حاله لكنه في قوة الزوال والانتقاض والمرتهن الرهن على الراهن سيما اذا وجب الرد عليه عند تحقق الاستيفاء الحقيقي كما فيما نحن فيه كان الاستيفاء لم يتكرر عند الاستيفاء الحقيقي ما لم يتقرر الاستيفاء الحكمي بهلاك الرهن في يد المرتهن فلم يحصل فاسد ابدا غاية ما يمكن في التقصي عن ذلك الاشكال وان كان لا يخلو عن تكلف **قوله** بخلاف الابراء قال صاحب العناية بخلاف الابراء راجع الى قوله ولو استوفى وذلك لانه من ثمة الى هنا نقوض على جواب الاستحسان في صورة الابراء وقال الاولى ان يرجع الى قوله فيكون الجهة باقية انتهى اقول لا مساغ عندي لان يكون قوله هنا بخلاف الابراء راجعا الى قوله ولو استوفى لان المصنف قال بعد ذكر مسئلة استيفاء المرتهن الدين فيما مر بخلاف الابراء وبين وجه الفرق بين الابراء والاستيفاء وستوفى فلو كان قوله هنا بخلاف الابراء راجعا الى قوله ولو استوفى لزم التكرار الحشو في كلامه وحاشاه عن ارتكاب مثل ذلك والله اعلم

كتاب الجنايات

اورد الجنايات عقيب الرهن لان كل واحد منهما للوقاية والصيانة فان الرهن وثيقة لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة النفس الا يرى الى قوله تعالى ولكم في القصاص حيوة ولما كان المال وسيلة لبقاء النفس قدم الرهن على الجنايات بناء على تقدم الوسائل على المقاصد كذا في اكثر الشروح قال في غاية البيان ولكن قدم الرهن لانه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجناية فانها محظورة لانها عبارة عما يلحق للانسان فعله انتهى اقول ليس هذا الشيء لان المقصود بالبيان في كتاب الجنايات انما هو احكام الجنايات دون انفسها ولا شك ان احكامها مشروطة ثابتة بالكتاب والسنة ايضا فلا معنى لتاخيرها من هذه الحيثية ثم ان الجناية في اللغة اسم لما يجتنيه من الشر اي تكسبه وهي في الاصل مصدر جنى عليه شرا وجناية وهو عام في كل ما يقبح وليس ذلك الا انه في الشرع حص لفعل محرم حل بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد يزول به الحيوة والثاني يسمى قطعا وجرحا هذا زبدة ما في الكافي والشروح **قوله** القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجرى مجرى الخطأ والقتل بسبب قال صاحب العناية وجه الانحصار في هذه الخمسة هو ان القتل اذا صدر عن انسان لا يخلو اما ان حصل بسلاح او بغير سلاح فان حصل بسلاح فلا يخلو اما ان يكون به قصد القتل ام لا فان كان فهو عمد وان لم يكن فهو خطأ وان لم يكن بسلاح فلا يخلو اما ان يكون معه قصد التاديب والضرب ام لا فان كان فهو شبه العمد وان لم يكن فلا يخلو اما ان كان جاريا مجرى الخطأ ام لا فان كان فهو هو وان لم يكن فهو القتل بسبب وبهذا الانحصار يعرف ايضا تفسير كل واحد منها انتهى اقول فيه خلل اما اولا فلانه جعل القتل الخطأ مخصوصا بما حصل بسلاح وليس كذلك اذ لا شك ان القتل الخطأ كما يكون بسلاح يكون ايضا بما ليس بسلاح كالحجر العظيم والخشبة العظيمة واما ثانيا فلان قوله فان كان فهو هو شبه تفسير الشيء بنفسه واما ثالثا فلان قوله وان لم يكن جاريا مجرى الخطأ فهو القتل بسبب تام لان ما لا يكون جاريا مجرى الخطأ لا يلزم ان يكون القتل بسبب التبعة بل يجوز ان يكون القتل

والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام **قال** فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجرى مجرى السلاح كالحديد والخشب ليطعن القصب المروة والحجر والنار

بخطأ محض ايضا فلا يتم الحصر في القتل بسبب ولما تنبه صاحب العناية لما في وجه الحصر الذي ذكره صاحب النهاية من القصور قال في بيان قول المصنف القتل على خمسة اوجه وذلك انا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الاحكام المذكورة احد هؤلاء الاوجه المذكورة ونقل ما ذكره صاحب النهاية من وجه الحصر فقال وضعفه وركاكته ظاهران من غير تفصيل وبيان **قوله** والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام قال جمهور الشراح انما قيد به لان انواع القتل من حيث هو قتل من غير نظر الى ضمان القتل وعدم ضمانه اكثر من خمسة كقتل المرتد والقتل قصاصا والقتل رجما والقتل لقطع الطريق وقتل الحربي حتى قال بعضهم ونظيره ما قاله محمد في كتاب الايمان ثلثة ولم يرد به جنس الايمان لانها اكثر من ثلثة يمين بالله وعين بالطلاق ويمين بالعتاق والحج والعمرة وانما اراد بذلك الايمان بالله تعالى انتهى اقول فيما قالوا نظر اذ الظاهر ان شيئا من انواع القتل لا يخرج من الاوجه الخمسة المذكورة في الكتاب بل يدخل كل من ذلك في واحد من تلك الاوجه فان ما ذكروا من قتل المرتد وقتل الحربي والقتل قصاصا او رجما او لقطع الطريق يكون قتل عمد ان تعمد القاتل ضرب المقتول بسلاح او ما اجرى مجرى السلاح ويكون شبه عمد ان تعمد ضربه بما ليس بسلاح ولا ما اجرى مجرى السلاح ويكون خطأ ان لم يكن الطريق التعمد بل كان بطريق الخطأ الى غير ذلك من الاوجه المذكورة وانما يكون تلك الانواع المباحة من القتل خارجة من الاحكام المذكورة بهذه الاوجه الخمسة لا من نفس هذه الاوجه الخمسة فلا معنى للقول بان انواع القتل اكثر من خمسة فان قلت كيف يتصور خروج تلك الانواع من الاحكام المذكورة لهذه الاوجه الخمسة لا من نفس هذه الاوجه وحكم الشيء ما يترتب عليه او يلزمه قلت قد يكون ترتب الحكم على شيء مشروطا بشروط الا ترى انهم جعلوا وجوب القود من احكام القتل العمد مع ان له شرائط كثيرة منها كون القاتل عاقلا بالغا اذ لا يجب القود على المجنون والصبي اصلا ومنها ان لا يكون المقتول جزء القاتل حتى لو قتل الاب ولده عمدا لا يجب عليه القصاص وكذا لو قتلت الام ولدها وكذا الجد والجدة ومنها ان لا يكون المقتول ملك القاتل حتى لا يقتل المولى بعبده ومنها كون المقتول معصوم الدم مطلقا فلا يقتل مسلم ولا ذمي بالكافر الحربي ولا بالمرتد لعدم العصمة اصلا ولا بالمستأمن في ظاهر الرواية لان عصمة ما يثبت مطلقة بل موقتة الى غاية مقامه في دار الاسلام صرح بذلك كله في عامة المعتبرات فكذا كون القتل بغير حق شرط لترتب كل من الاحكام المذكورة للاوجه الخمسة من القتل وليس شيء مما ذكروا من الانواع المباحة للقتل بغير حق بل كلها بحق فدخولها في نفس اوجه القتل دون الاحكام المذكورة لها بناء على انتفاء شرط تلك الاحكام وهو كون المقتول معصوم الدم وكون القتل بغير حق لا يقدح في شيء فالظاهر ان مراد المصنف بقوله والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام هو التنبيه على ان المقصود بالبيان في كتاب الجنايات انما هو احوال القتل بغير حق اذ هو الذي يكون من الجنايات وتترتب عليه احكامها دون احوال مطلق القتل وان كان الاوجه الخمسة المذكورة تتناول كل ذلك **قوله** فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجرى مجرى السلاح قال بعض الفضلاء في تفسير قوله ضربه اي ضرب المقتول وقال فيخرج العمد فيما دون النفس انتهى اقول يرد عليه النقض بمسئلة ذكرت في المحيط نقلا عن المنتقى وهي انه اذا تعمد ان يضرب يد رجل فاخطأ فاصاب عنق ذلك الرجل فابان رأسه وقتله فهو عمد وفيه القود وان اصاب عنق غيره فهو خطأ وجه الورود انه لم يتعمد في الصورة الاولى ضرب المقتول بل تعمد ضرب يده مع انه جعل ضربه القتل العمد واجرى عليه حكم قتل النفس وهو

ان القتل

ان العبد

لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك الملقب
لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم الآية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد اجماع
الامة قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه

القود تامل قوله لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك اقول فيه بحث وهو ان هذا القدر
من التعليل يشكل بما اذا استعمل الآلة القاتلة في القتل الخطأ كما اذا رمى شخصا بسهم او ضربه بسيف ظنه صيدا فاذا هو آدمي او ظنه حربيا فاذا هو
مسلم وهذا في نوع الخطأ في القصد وكما اذا رمى غرضا بآلة قاتلة فاصاب آدميا وهذا في نوع الخطأ في الفعل فان استعمال الآلة القاتلة الذي جعل دليلا
على القصد قد تحقق هناك ايضا مع انه ليس بعمد بل هو خطأ محض على ما نصوا عليه قاطبة فان قلت المراد باستعمال الآلة القاتلة في التعليل المذكور
استعمالها لضرب المقتول لا استعمالها مطلقا ففيما اذا رمى غرضا فاصاب آدميا لم يكن استعمالها لضرب الآدمي بل كان لغرض آخر قلت هذا التاويل
انما يفيد في نوع الخطأ في الفعل دون نوع الخطأ في القصد فان استعمالها فيه ايضا لضرب المقتول لكن الخطأ في وصف المقتول فان قلت المراد
استعمالها لضرب المقتول من حيث هو آدمي لا استعمالها لضربه مطلقا وفي نوع الخطأ في القصد لم يتحقق الحيثية المذكورة قلت كون استعمال من هذه
الحيثية امر مضمر راجع الى النية والقصد فلا يوقف عليه كما لا يوقف على العمد فلا بد من دليل آخر خارجي لم يذكر في التعليل المزبور ثم انه لو كان مدار
كون القتل عمدا مجرد استعمال الآلة القاتلة كما هو الظاهر من التعليل المزبور لما كان لقول صاحب الوقاية وكثير من اصحاب المتون القتل
العمد ضربه قصدا بما يفرق الاجزاء كسلاح ومحدد من خشب او حجر او لبطة او نار وجه انه يلزم اذ ذاك ان يكون قيد قصدا زائدا بل لغو العدم
الوقوف عليه بالغرض الا باستعمال الآلة القاتلة وهو ضربه بما يفرق الاجزاء فيكفي ذكره بل لما كان القيد تعمد في الكتاب ايضا في قوله فالعمد
تعمد ضربه وجه بل كان ينبغي ان يقال فالعمد ما ضربه بسلاح او ما جرى مجرى السلاح فتدبر قوله وموجب ذلك الملقب اثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم
خالدا فيها الآية اقول لقائل ان يقول الدليل خاص والمدعى عام لان ايجاب القتل العمد الاثم والمسلم يقابل بالذمي عندنا ولا شك ان وجوب القود لا ينفك عن لزوم الاثم
والآية المذكورة مخصوصة بقتل المؤمن اللهم الا ان يقال الآية المذكورة وان افادت الاثم في قتل المؤمن عمدا فقط بعبارتها الا انها تفيد الاثم
في حق الذمي عمدا ايضا بدلالتها بناء على ثبوت المساواة في العصمة بين المسلم والذمي نظرا الى التكليف او الدار كما سياتي تفصيله فان قيل بقي
خصوص الدليل مع عموم المدعى من جهة اخرى وهي ان المذهب عند اهل السنة والجماعة ان المؤمن لا يخلد في النار وان ارتكب كبيرة ولم يتب
فالظاهر ان المراد بمن يقتل في الآية المذكورة هو المستحل بدلالة خالدا فيها فكان القتل بدون الاستحلال خارجا عن مدلول الآية قلنا لا نسلم ظهور كون
المراد بمن يقتل في الآية المذكورة هو المستحل لجواز ان يكون المراد بالخلود المذكور فيها هو المكث الطويل كما ذكر في التفاسير فلا ينافي التعميم مذهب
اهل السنة والجماعة ولئن سلم كون المراد بذلك هو المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية وفي التفاسير ايضا فالآية دالة على عظم تلك الجناية وتحقق الاثم
في قتل المؤمن عمدا بدون الاستحلال ايضا والا لما لزم من استحلاله الخلود في النار قوله والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الآية
يفيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه يعني ان ظاهر الآية يوجب القول بالقصاص انما يوجبه القتل ولا يفصل بين العمد
والخطأ الا انه تفيد بوصف العمدية بالحديث المشهور الذي تلقته الامة بالقبول وهو قوله صلى الله عليه وسلم العمد قود اي موجبه قود كذا في
الشروح قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال ان قوله عليه السلام العمد قود لا يوجب التقييد لانه تخصيص بالذكر فلا يدل على نفي ما عداه

ولان الجنايه بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك **قال** الا عن يعفو الاولياء او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولى اخذ الدية الا برضا القاتل وهو احد قولى الشافعى رح الا ان له حق العدول الى المال من غير رضاة القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه وفى قول الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفى كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب وروينا من السنة ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فيتعين وفى الخطأ وجوب المال ضرورة صيانة الدم عن الاهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولى بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك ولا كفارة عليه عندنا وعند الشافعى رح تجب لان الحاجة الى التكفير فى العمد امس منها اليه فى الخطاء فكان ادعى الى ايجابها

لانا نقول لم لم يوجب هذا الخبر تقييد الآية لم يكن القود موجب العمد فقط فلا يكون لذكر لفظ العمد فائدة انتهى اقول سؤاله ظاهر الورود وينبغى ان يخطر بالبال كل ذى فطرة سليمة ولكن لم ار احدا سواه هاتم حول ذكره واما جوابه فمنظور فيه عندى لجواز ان سئل النبى صلى الله عليه وسلم عن حكم العمد فقط بان كانت الحادثة قتل العمد فصار قوله عليه السلام العمد قود جوابا عن سؤالهم ففائدة ذكر لفظ العمد حينئذ تطبيق الجواب للسؤال ومع هذا الاحتمال كيف يتعين تقييد كتاب الله بالحديث المذكور تفكر **قوله** ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك جعل صاحب العناية قوله ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر حجة عامة وجعل قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة اخرى فقال فى تقرير الاولى وتقرير حجته ان العمدية تتكامل بها الجناية وكل ما كان تتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها اكمل وقال فى التقرير الاخرى وتقريرها القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية وذلك ظاهر انتهى اقول ليس ذلك بسديد لان صحة الحكم بان العقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية موقوفة على كون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية اذ لو كانت باقية على اطلاقها لتناولت العمد وشبهه والخطأ فلزم ان يكون القصاص الذى هو عقوبة كاملة مشروعا دون العمدية ايضا بمقتضى اطلاقها وكون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية هو المدعى ههنا فعلى تقدير ان يكون قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة اخرى يلزم المصادرة على المطلوب ايضا يلزم حينئذ ان لا يفيد المدعى ما جعله حجة اولى لان تنقيحها على مقتضى تقريره ان العمدية كانت حكمة الزجر عليها اكمل ولا يلزم منها ان لا تتحقق حكمة الزجر فى غير العمد اصلا فيجوز ان يجب القصاص فى غير العمد ايضا زجرا عنه فلا يتم المطلوب فالصواب ان قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك من تتمة ما قبله والمجموع حجة واحدة وان لفظ ذلك فى قوله لا شرع لها دون ذلك اشارة الى تكامل الجناية كما ذهب اليه كثير من الشراح او الى توفر حكمة الزجر كما هو الاظهر والاقرب لا الى العمدية كما زعمه صاحب العناية فيفيد مجموع المقدمات ان القود الذى هو عقوبة متناهية لا يجب فى غير العمد كما لا يخفى على ذى مسكة ثم اقول بقى فى كلام المص ههنا شئ وهو انه قد تقرر فى كتب الاصول ان مرجع الادلة المذكورة فى علم الفقه باسرها الى القياس وبهذا صحوا انحصار الادلة الشرعية فى اربعة الكتاب والسنة واجماع الامة والقياس فقول المصنف هنا ولان الجناية بها تتكامل الى آخره راجع الى القياس وتقييد الكتاب بالقياس نسخ لاطلاق الكتب بالقياس وهو غير جائز كما عرف فى علم الاصول فليتامل **قوله** ولا يتيقن بعدم قصد الولى بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك يعنى لا يتيقن بعدم قصد الولى لقتل القاتل بعد ما اخذ الدية لجواز ان ياخذها الولى من القاتل بدون رضاه حتى يقتله وهذا جواب عن قول الشافعى رح لانه تعين مدفعا للهلاك كذا فى الشروح اقول للخصم ان يقول لا شك انه يتعين مدفعا للهلاك شرعا فان القاتل يصير مصونا الدم بعده حتى لو قتله الولى بعده يقتص منه وكونه مدفعا للهلاك شرعا يكفى لاخذ الدية من القاتل بدون رضاه اذ الظاهر ان العاقل لا يختار الهلاك المقرر عند تحقق الخلاص عنه شرعا باداء المال بجبر واحتمال الهلاك عقلا بعد اداء ذلك ايضا فلو اختاره القاتل وامتنع عن اداء المال بعد ذلك سفها والقاء نفسه فى التهلكة فينبغى ان يحجر عليه ثم اقول لعل الاولى فى الجواب عن قول الشافعى رح لانه تعين مدفعا للهلاك ان يقال بدل التعليل فى مقابلة النص من الكتاب والسنة وهو لا يجوز كما تقرر فى علم الاصول

ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها وكان الكفارة من المقادير وتعيينها في الشرع لدفع الاولى لا يعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل **قال** وشبه العمد عند ابي حنيفة رح ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما اجرى مجرى السلاح وقال ابو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي رح اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لانه يقصد به غيره كالتاديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود

قال في العناية اخذا من النهاية قيل هذا الوهم موجود فيما اذا اخذ المال صلحا وقد جاز واجيب بان في الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث لان رضى القاتل لا يفيد ورضى الولي موجود في محل النزاع والاولى ان يكتفى في الجواب بقوله ان في الصلح المراضاة اذ لا مانع من الاخذ فيه بعد ما وجد رضى القاتل بخلاف ما نحن فيه انتهى اقول بحثه ساقط لان قوله لان رضى القاتل لا يفيد غير مسلم فان رضاه اذا اجتمع مع رضى الولي يفيد امرا زائدا على رضى الولي وحده فان التصالح والتوافق من الجانبين يقطع مادة العداوة والبغض عادة وعن هذا قال الله تبارك وتعالى والصلح خير بخلاف رضى الولي وحده فان الانسان كثيرا ما يندم على فعل نفسه وحده فيرجع عنه فتم قول المجيب والقتل بعده ظاهر العدم وقد كان صاحب النهاية اشار الى ما قلنا حيث قال في بسط الجواب المذكور قلت لا كذلك لانهما لما تصالحا برضاهما على المال كان وهم قصد القتل مندفعا لان للتراضي والتصالح تاثيرا في دفع الشر قال الله تعالى والصلح خير ولما ورد الخبر انتفى الشر لامحالة للتضاد بينهما انتهى ثم قال في العناية وعورض بقوله عليه السلام من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية وبان الشرع اوجبه القصاص لمعنى الانتقام وتشفي صدور الاولياء بخلاف القياس فان الجماعة تقتل بواحد والقياس لا يقتضيه فكان المعنى النظر للولي وذلك بحكمته من القصاص واخذ الدية والجواب ان الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا وان القصاص لمعنى النظر للولي على وجه خاص وهو الانتقام وتشفي الصدور فانه شرع زجرا عما كان عليه اهل الجاهلية من افناء قبيلة بواحد لا لانهم كانوا ياخذون اموالا كثيرة عند قتل واحد منهم بل القاتل واهله لو بذلوا ما ملكوه وامثاله ما رضي به اولياء المقتول فكان ايجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييع حكمة القصاص انتهى اقول فيه نظر اذ للخصم ان يقول انما يكون ايجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييعا لحكمة القصاص ان لو كان ايجابه مقابلته على وجه التعيين واما اذا كان ذلك لا على وجه التعيين بل على وجه تخيير الولي بين اخذ المال وبين القصاص كما هو المذهب عند الخصم فلا تضييع بحكمة القصاص اذ للولي حينئذ القدرة على الانتقام وتشفي الصدور باختيار القصاص فاذا لم تخيره بل اختار المال كان تاركا للانتقام باختياره وكان كما اذا عفا او صالح في اسقاط ما قدر عليه من حقه **قوله** ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا يناط بمثلها قال تاج الشريعة فان قلت يشكل بكفارة قتل صيد الحرم فانه كبيرة محضة ومع هذا يجب فيه الكفارة قلت هو جناية على المحل فلهذا الواشترك حال لان في قتل صيد الحرم يلزم جزاء واحد لو لو كان جناية الفعل لوجب جزاءان والجناية على العمد يستوي فيه العمد والخطا انتهى اقول في الجواب بحث اما اولا فلانه لا يدفع السؤال المذكور لان مورده مضمون الدليل المزبور وهو ان الكفارة لا تناط على ما هو كبيرة محضة لا اصل المدعى وهو انه لا كفارة في القتل العمد فاذا سلم كون قتل صيد الحرم كبيرة محضة يلزم ان يشكل الدليل المزبور به سواء كان جناية الفعل او جناية المحل وكون الجناية على المحل يستوي فيه العمد والخطا انما يفيد لو اورد السؤال على اصل المدعى فانه يمكن الجواب عنه حينئذ بان ما قلناه في جناية الفعل دون جناية المحل وقتل صيد الحرم من قبيل الثانية دون الاولى واما ثانيا فلانه قد تقرر في كتب اصول الفقه ان الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل اصلا فلو كان قتل صيد الحرم جناية على المحل لا جناية الفعل لزم ان لا يصلح للكفارة لكون الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل اصلا **قوله** ولان الكفارة

وقوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها عادة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة

من المقادير وتعيينها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى هذا جواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطا يعني ان تعيين الكفارة في الشرع لدفع الذنب الادنى وهو الخطا لا يعينها لدفع الذنب الاعلى وهو العمد فان كم من شيء يحمل الادنى للقدرة عليه ولا يحمل الاعلى للعجز كذا في النهاية وغيرها قال صاحب الغاية فان قال الشافعي قد دل الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث وائل بن الاسقع قال انا بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم لصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال اعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو منها عضوا منه من النار وايجاب النار انما يكون بالقتل العمد قلنا لا نسلم لجواز ان يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر والعصا الكبيرة سلمنا لكنه لا يعارض اشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها فان الفاء تقتضي ان يكون المذكور كل الجزاء فلو اوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلف انتهى اقول للخصم ان يقول هذا مشترك الالزام اذ القصاص واجب في القتل العمد بالاجماع فلو اقتضى الفاء ان يكون المذكور بعد ها كل الجزاء لزم ان يكون القصاص ايضا مذكورا في الجزاء مع انه لم يذكر فيه وان حمل الجزاء المذكور في الآية على الجزاء الاخروي فقط كما هو الظاهر من النظم الشريف وقيل القصاص جزاء دنيوي فلهذا لم يذكر بعد الفاء فليكن الامر كذلك في شان الكفارة ثم اقول يمكن ان يجاب عنه بوجهين احدهما ان وجوب القصاص عرف بآية اخرى وهي قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى فان دلت اشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها على ان القصاص ليس من اجزاء القتل العمد كالكفارة بمقتضى كون المذكور بعد الفاء كل الجزاء فقد دلت عبارة قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على وجوب القصاص في القتل العمد وقد تقرر في علم الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارة النص عند التعارض فعملنا بعبارة قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وثانيهما ان القصاص جزاء الكل من وجه وجزاء الفعل من وجه آخر كما بين في التوضيح وغيره من كتب الاصول واما الكفارة فجزاء الفعل من كل الوجوه على ما تقرر في كتب الاصول ايضا والظاهر من الجزاء المضاف الى الفاعل في قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها هو جزاء فعله من كل الوجوه فلا يلزم ان يكون القصاص مذكورا فيه بخلاف الكفارة لو اوجبناها وقال صاحب النهاية ومعراج الدراية هنا نقلا عن المبسوط والاسرار ولا وجه لحمل الآية على المستحل لان المذكور في الآية جزاء قتل العمد واذا حمل على المستحل كان المذكور جزاء الردة ولان زيادة الاستحلال زيادة على الشرط المنصوص فيكون نسخا واما تاويل الخلود فعلى معنى انه لو عاش بعد له او على معنى تطويل المدة مجازا يقال خلد فلان في السجن اذا طالت المدة انتهى اقول ليس شيء من ذينك الدليلين المسوقين لعدم وجه حمل الآية المذكورة على المستحل بمستقيم اما الاول منهما فلان كون المذكور في هاتيك الآية جزاء قتل العمد مما لا ينافيه كونه جزاء الردة ايضا على تقدير حملها على المستحل اذ يصير المذكور فيها على ذلك التقدير جزاء القتل العمد المخصوص وهو القتل بطريق الاستحلال العياذ بالله ولا شك ان القتل بهذا الطريق مستلزم للردة ففي الآية اذ ذاك بيان جزاء الردة التي سببها القتل المخصوص وفي التعبير في الشرط بمن يقتل مؤمنا متعمدا دون من يرتد عن دين الاسلام فائدة التنبيه على سببية قتل المؤمن بطريق الاستحلال للارتداد الذي جزاؤه جهنم على الخلود وهذا معنى لطيف لا يخفى واما الثاني منهما فلانه لا يلزم من حمل الآية المزبورة على المستحل زيادة الاستحلال على الشرط المنصوص بل يكون الاستحلال حينئذ داخلا

[illegible]

نفس الشرط المنصوص بان يكون المراد من متعمدا معنى مستحلا مجازا لقرينة ذكره الخلود في الجزاء وكان الفقهاء استعملوا على هذا المعنى في قول النبي صلى الله عليه وسلم من ترك الصلاة متعمدا فقد كفر وبان يكون معنى من قتل مؤمنا من يقتله لكونه مؤمنا كما ذكره العلامة التفتازاني في شرحه للعقائد فيكون مداره على قاعدة ان ترتيب الحكم على المشتق يقتضي غلبة الماخذ ولا شك ان قتل المؤمن لكونه مؤمنا يقتضي استحلال قتله فيحصل الدلالة على الاستحلال من نظم النص المزبور فلا يلزم النسخ اصلا والعجب من هؤلاء الاجلاء وهم اصحاب المبسوط والاسرار والنهاية ومعراج الدراية انه كيف خفي عليهم ما ذكرنا قال القاضي البيضاوي في تفسير الآية المذكورة وهو عندنا اما مخصوص بالمستحل له كما ذكره عكرمة وغيره ويؤيده انه نزل في مقيس بن صبابة وجد اخاه هشاما قتيلا في بني النجار ولم يظهر قاتله فامرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يدفعوا اليه دية فدفعوا اليه ثم حمل على مسلم فقتله ورجع الى مكة مرتدا والمراد بالخلود المكث الطويل فان الدلائل متظاهرة على ان عصاة المؤمنين لا يدوم عذابهم الى ههنا لفظ القاضي **قوله** وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطا اقول الظاهر المتبادر من قوله لشبهه بالخطا قياس وجوب الكفارة في شبه العمد على وجوبها في الخطاء او الحاق وجوبها في شبه العمد دلالة بوجوبها في الخطا واما كان يرد عليه ان يقال ان ايجابها لدفع الذنب الاولى في الشرع لا ايجابها لدفع الذنب الاعلى كما سبق في الجواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطا اذ لا شك ان شبه العمد ايضا اعلى ذنبا من الخطا المحض فان الجاني في الاول قاصد في الضرب بخلاف الثاني وعن هذا قالوا في الاول وموجبه الاثم وفي الثاني والاثم فيه فالاولى في بيان وجوب الكفارة في شبه العمد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال والكفارة لانه خطا نظرا الى الالة فدخل تحت قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطا فتحرير رقبة مؤمنة الاية انتهى **قوله** والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطا اقول مدلول قوله اعتبارا بالخطا ان يكون الاصل في وجوب الدية على العاقلة هو الخطا وان يكون وجوبها عليهم في شبه العمد ثابتا بالقياس على الخطا وليس ذلك بواضح اذ المصنف قال في اوائل كتاب المعاقل والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث حمل بن مالك رضي الله عنه للاولياء قوموا فدوه انتهى وقد كانت الجناية في حديث حمل بن مالك شبه عمد لا خطا فان تفصيله على ما ذكره الشراح قاطبة في فصل الجنين من كتاب الديات انه روي عن حمل بن مالك قال كنت بين ضربتين فضربت احداهما الاخرى لعمود فسطاطا وبمسطح خيمة فالقت جنينا ميتا فاختصم اولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقال آخر ما الذي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ودم مثله لبطل فقال عليه الصلاة والسلام اسجع كسجع الكهان وفي رواية وغني واضيو العرب قوموا فدوه وهكذا ذكر في المبسوط ايضا ولا ريب ان قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على العاقلة على ما ذكروا في تفصيل ذلك الحديث انما كان بجناية شبه العمد دون الخطا وكان وجوب الدية على العاقلة في شبه العمد ثابتا بالنص دون القياس وكان الاصل في هذا الحكم هو شبه العمد لا الخطا فتامل **قوله** ومالك رحمه الله وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفناه قال جمهور الشراح اراد به قوله عليه السلام الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك ولكن المعهود من المصنف في مثله ان يقول ما رويناه وقال والحق ان يقال انما قال اسلفناه نظرا الى الحديث الذي انتهى

قال والخطاء على نوعين خطاء في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطاء في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الآية وهي على عاقلته في ثلث سنين لما بيناه ولا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا المراد اثم القتل اما في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة وللمبالغة في التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى فيحرم عن الميراث لان فيه اثما فصح تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعا من جسده فاخطأ فاصاب موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد بالقصد الى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد قال وما اجرى مجرى الخطاء مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطاء في الشرع واما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه اذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعا دافعا فاوجبت الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي يلحق بالخطاء في احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا ان القتل معدوم حقيقة فالحق بقي في حق الضمان فبقي في حق غيره على الاصل وهو ان كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالقتل على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وله الحرمان كسببه وما يكون شبه عمد النفس فهو عمد فيما سواها لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص الآلة بالتعدد والله اعلم

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التابيد اذا قتل عمدا

اقول فيه كلام وهو ان حاصل المعنى المعقول على ما قرره صاحب العناية فيما قبل قياس العصاة الكبيرة على العصاة الصغيرة في كونهما غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له ومالك منكر كون القتل بالعصاة الصغيرة ايضا شبه عمد فانه قال لا ادري ما شبه العمد وانما القتل نوعان عمد وخطأ اذ لا واسطة بينهما في سائر الافعال فكذا في هذا الفعل فكيف يكون المعنى المعقول المذكور حجة عليه قوله والخطاء على نوعين خطاء في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطاء في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا اقول في عبارة الكتاب هنا تسامح فانه قال في تفسير الخطاء في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا الى آخره وقال في تفسير الخطاء في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا ولا يخفى ان كل واحد من نوعي الخطاء غير منحصر بما ذكره في تفسيره بل الذي ذكره في تفسير كل واحد منهما جزئي من جزئياته وكان اخص منه جدا فلم يصلح لان يكون تفسيرا له وكان الظاهر ان يقال في كل واحد منهما وهو نحو ان يرمي او هو كان يرمي اشارة الى العموم كما تداركه صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطاء قصدا كرميه مسلما ظنه صيدا او حربيا وفعلا كرميه غرضا فاصاب آدميا انتهى ثم ان صدر الشريعة قال في شرح الوقاية الخطاء ضربان خطاء في القصد وخطاء في الفعل فالخطاء في الفعل ان يقصد فعلا فصدر منه فعل آخر كما اذا رمى الغرض فاخطأ واصاب غيره والخطاء في القصد ان لا يكون الخطاء في الفعل وانما يكون الخطاء في قصده فانه قصد بهذا الفعل حربيا لكن اخطأ في ذلك القصد حيث لم يكن ما قصده انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال ومن قال الخطاء في الفعل ان لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر فعل آخر فكانه زعم انه شرط في الخطاء في الفعل ان لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر عنه فعل آخر وليس كذلك فانه اذا رمى غرضا فاصابه ثم رجع عنه او تجاوز عنه الى ما وراءه فاصاب رجلا يتحقق الخطاء في الفعل والشرط المذكور مفقود في الصورتين ثم انه اخطأ من وجه آخر حيث اعتبر القصد فيه وذلك غير لازم فانه اذا سقط من يده خشبة او لبنة فقتل رجلا يتحقق الخطاء في الفعل ولا قصد فيه انتهى اقول كل من وجهي رده ساقط جدا اما الاول فلان صدر الشريعة لم يشترط في الخطاء في الفعل الا ان لا يصدر عنه الذي قصده بل قال فالخطاء في الفعل ان يقصد فعلا فصدر عنه فعل آخر وهذا اعم من ان يصدر عنه الفعل الذي قصده كما صدر عنه فعل آخر ومن ان لا يصدر عنه الفعل الذي قصده مثال الاول ما ذكره المراد من الصورتين ومثال الثاني وهو الاكثر وقوعا ما ذكره صدر الشريعة بقوله كما اذا رمى الغرض فاخطأ بل يجوز ان يكون قوله كما اذا رمى الغرض فاخطأ حالا لصور في صدور ما قصده ايضا وعدم صدوره كما لا يخفى على ذي فطانة واما الثاني فلان تحقق الخطاء في الفعل في صورة ان سقط من يده خشبة او لبنة فقتل رجلا ممنوع بل المتحقق هنا ما اجرى مجرى الخطاء كالنائم ينقلب على رجل فيقتله لا نفس الخطاء اذ لا بد فيه من صدور فعل عنه باختياره وفي صورة ان سقط من يده شيء فقتل رجلا لم يصدر عنه فعل باختياره بل وقع السقوط بفعله لا باختياره فصار لا محالة من قبيل ما اجرى مجرى الخطاء الى الكلام هنا في نفس الخطاء لا فيما اجرى مجرى الخطاء فانه قسم آخر من الاقسام الخمسة للجناية سيأتي ذكره مستقلا فيما بعد قوله ولا اثم فيه يعني في الوجهين اقول كان الاولى للمصنف رحمه الله ان يقول

يعني في كل واحد من الوجهين اذ يحصل حينئذ صلاح افراد الضمير

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب لما فرغ من بيان انواع القتل شرع في تفصيل ما يوجب القصاص من القتل وما لا يوجبه في باب على حدة

أما العمد فيما بيناه وأما حقن الدم على التأبيد فلتنتفي شبهة الإباحة وتحقق المساواة قال ويقتل الحر بالحر والعبد بالعبد للعمومات وقال الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة أن لا يقتل حر بعبد ولأن مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لأنهما يستويان وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر لأنه تفاوت إلى النقصان ولنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين أو بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه قال وللمسلم بالذمي خلافا للشافعي رحمه الله قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولأنه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روي أن النبي عليه السلام قتل مسلما بذمي

قوله أما العمدية فلما بيناه من قوله عليه السلام العمد قود ومن أن الجناية بها تكامل كذا في العناية وغاية البيان وقال بعض الفضلاء ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على ما مر في وجه كون موجب القتل القود عينا انتهى أقول فيه نظر لأن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى إنما يدل على وجوب القصاص في القتل وأما كون وجوب القصاص في القتل العمد خاصة فلا يدل عليه الآية المذكورة وحدها لإطلاقها وإنما يدل عليه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام العمد قود والدليل المعقول كما أفصح عنه المصنف فيما قبل حيث قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقال إلا أنه يفيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أي موجبه ولأن الجناية بها تكامل إلى آخره فكيف يتصور أن يندرج قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى في قول المصنف هنا أما العمدية فلما بيناه كما يقتضيه قول ذلك البعض ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى تبصر قوله وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام فإن قال الشافعي رحمه الله جاز أن يكون شبهة الإباحة مانعة لأن الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستأمن فكذا أثره أجاب بقوله وجريان القصاص ومعناه لا يصلح ذلك مانعا إذ لو صح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستأمنين وليس كذلك انتهى أقول هذا الشرح لا يطابق المشروح لأن حاصله منع مانعية شبهة الإباحة عن القصاص وحاصل الشروح منع ثبوت شبهة الإباحة في العبد ومن النص فيه قول المصنف يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة فالصواب في الشرح أن يقال ومعناه أن شبهة الإباحة غير ثابتة في العبد والا لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستأمنين قوله والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه هذا جواب عما استدل به الخصم من مقابلة الحر بالحر والعبد بالعبد في الآية ووجهه أن ذلك تخصيص بالذكر وهو ما لا ينفي ما عداه كما في قوله والأنثى بالأنثى فإنه لا ينفي أن يقتل الأنثى بالذكر ولا العكس بالإجماع وفائدة التخصيص الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول كما يدل عليه سبب نزول هذه الآية وهو ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أن قبيلتين من العرب قتلا وكانت إحداهما تدعي الفضل على الأخرى فقالت لا نرضى إلا بقتل الذكر منهم بالأنثى منا والحر منهم بالعبد منا فأنزل الله تعالى هذه الآية ردا عليهم كذا في الشروح أقول للقائل أن يقول إن التخصيص بالذكر وإن لم يدل على نفي ما عداه إلا أن تعريف المسند بلام الجنس يفيد القصر نحو الكرم التقوى أي لا غيرها والأمير الشجاع أي لا الجبان ونحو التوكل على الله والإمام من قريش إلى غير ذلك من الأمثلة كما عرف في علم الأدب وقد استدل الأئمة الحنفية المستدلين على أن موجب القتل العمد هو القود عينا لا واحد من القود والدية لا بعينه بقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود وقالوا وجه التمسك به أن الألف واللام في قوله العمد للجنس فيفيد القصر على القود فليكن الأمر كذلك فيما نحن فيه والجواب أن اللام إنما يجوز حملها على الجنس إذا لم يكن هناك معهود كما عرف في علم الأدب وعلم الأصول أيضا وفي الآية المذكورة تحقق المعهود وهو ما ذكر في سبب نزولها فحمل اللام عليه دون الجنس فلم يوجد فيها ما يقتضي القصر وقد أشار إليه في الكافي حيث قال بعد ذكر فائدة المقابلة ببيان سبب النزول فكان اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس قوله وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة قال صاحب العناية في شرح هذا المحل أن الكفر مبيح لزمه لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا يكون فتنة أي فتنة الكفر فورث شبهة عدم المساواة انتهى أقول قد عمل الشبهة المذكورة في الكتاب هنا على شبهة المساواة وهو خبط ظاهر إما أولا فلأن المصنف قد صرح قبيل هذا بعدم

ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار والمبيح كفر المحارب دون المسلم والقتل بمثله يوذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روى الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة

المساواة بينهما على طريق الجزم حيث قال ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية فكيف يتم ان يقول بعده كون الكفر مبيحا يورث شبهة عدم المساواة ويجعله استدلالا آخر فهل لا يكون هذا منافيا لما سبق او مستدركا واما ثانيا فلانه سيقول في الجواب من قبلنا عن هذا الاستدلال والمبيح كفر المحارب دون المسلم والقتل بمثله يوذن بانتفاء الشبهة وذلك قطعي الدلالة على ان ليس المراد بالشبهة المذكورة ههنا شبهة عدم المساواة اذ لا شك ان قبل الذمي بمثله لا يوذن بانتفاء شبهة عدم المساواة بين المسلم والذمي وانما يوذن بانتفاء شبهة عدم الاباحة في ذم الذمي فالصواب ان المراد بالشبهة ههنا شبهة الاباحة كما هو مقتضى تفريع قوله فيورث الشبهة على قوله وكذا الكفر مبيح وقد صرح بذلك في المسئلة السابقة فحينئذ ينتظم السياق واللحاق بلا غبار كما لا يخفى

قوله ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار قال صاحب العناية في حل هذا التعليل ولان القصاص المساواة في العصمة وهي ثابتة نظرا الى التكليف يعني عنده او الدار يعني عندنا انتهى اقول وزع الشارح المذكور قول المصنف نظرا الى التكليف او الدار الى المذهبين كما ترى فحمل قوله الى التكليف على مذهب الشافعي وقوله او الدار على مذهبنا لكنه محل نظر لان المصنف لما قال في تعليل المسئلة السابقة ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار قال الشارح المذكور وسائر الشراح ايضا هناك وهي اي العصمة بالدين يعني عنده او بالدار يعني عندنا فقد حملوا قول المصنف بالدين على مذهب الشافعي واذا كان المعتبر في ثبوت العصمة عند الشافعي هو الدين فكيف يتم القول ههنا بثبوتها عنده بمجرد التكليف بدون تحقق دين الاسلام كما يقتضيه شرح صاحب العناية في هذا المحل ثم اقول لعل كلمة او في قول المصنف نظرا الى التكليف او الدار بمعنى الواو كما في قوله بيان كسر غيفه او كسر عظم من عظامه فيكون المجموع على مذهبنا ويؤيده ما وقع في بعض النسخ من كلمة الواو بدل كلمة او وعبارة الكافي والتبيين ايضا فان المذكور فيهما في هذا المقام ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وقد وجدت نظرا الى الدار والتكليف انتهى فان قلت لم تحمل المجموع على مذهبنا مع اتفاق كلمة او على اصل معناها قلت لان التكليف وحده لا يقتضي العصمة الموجبة للقصاص الا يرى انه اذا قتل مكلفا ولو كان مسلما في دار الحرب لا يجب القصاص صرح به في عامة المعتبرات فلا بد من ان يكون في دار الاسلام ايضا قوله والمراد بما روى الحربي لسياقه ولا ذو عهد والعطف للمغايرة يعني ان المراد بالكافر في قوله عليه السلام لا يقتل مومن بكافر هو الحربي بدليل سياقه وهو قوله ولا ذو عهد في عهده فانه معطوف على مومن فالمعنى ولا يقتل ذو عهد بكافر ولا شك ان ذا العهد وهو الذمي انما لا يقتل بالحربي دون الذمي فان جريان القصاص بين الذميين مجمع عليه فان قيل لم لا يجوز ان يكون المراد بذي العهد في الحديث هو المسلم دون الذمي قلنا لان العطف يقتضي المغايرة فلا جرم يكون المراد بذي العهد المعطوف على المومن غير المسلم وقد اشار اليه المصنف بقوله والعطف للمغايرة فان قيل لم لا يجوز ان يكون قوله ولا ذو عهد في عهده ابتداء كلام اي لا يقتل ذو عهد في مدة عهده قلنا لان الواو للعطف حقيقة خصوصا فيما لا يكون مستقلا بنفسه والمراد بالاول نفي القتل قصاصا لا نفي مطلق القتل فكذا في الثاني تحقيقا لمقتضى العطف من المناسبة بين الجملتين هذا جملة ما في الكافي واكثر الشروح في هذا المقام اخذا من المبسوط والاسرار وقال صاحب العناية في شرح هذا المحل قوله والمراد بما روى جواب عما استدلوا به من حديث علي رض وتقريره ما ذكره الطحاوي في شرح الآثار ان الذي حكاه ابو عبيفة عن علي لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاستقل ما قالوا ولكن كان موصولا بغيره وهو

قال ولا يقتل بالمستأمن لانه غير معصوم الدم على التابيد وكذلك كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع

قوله ولا ذو عهد في عهده واليه اشار المصنف بقوله لسياقه ولا ذو عهد في عهده ووجه ذلك انه عطف هذا على الاول والعطف للمغائرة فيكون كلاما تاما في نفسه وليس كذلك لاوابه الى ان لا يقتل ذو عهد مدة عهده وان قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولا ذو عهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما انزل اليه من ربه والمومنون ثم الكافر الذي لا يقتل به ذو عهد هو الحربي بالاجماع فيقدر بكافر حربي واذ لا بد من تقدير حربي يقدر في المعطوف عليه كذلك والا لكان ذلك اعم والاعم لا دلالة له على الاخص بوجه من الوجوه فما فرضناه دليلا لا يكون دليلا هذا خلف الى هنا لفظ الغاية اقول فيه خلل من وجوه الاول ان الاعم انما لا يدل على الاخص بوجه من الوجوه من حيث خصوصية الاخص اي لا يدل الاعم على ان يكون المراد منه هو الاخص وحده وهذا معنى ما يقال في العلوم العقلية لا دلالة للعام على الخاص باحدى الدلالات الثلث واما من حيث اندراج الاخص تحت ذلك الاعم فيدل عليه قطعا بواسطة دلالته على معناه العام الشامل لذلك الاخص ولغيره ايضا الا يرى انا اذا قلنا كل حيوان متحرك بالارادة فلا شك انه يدل على كون الانسان متحركا بالارادة كسائر الحيوانات لاندراجه تحت الحيوان وكذا حال سائر الكليات بالنظر الى ما تحتها من الجزئيات وهذا امر لا ستره به فيما نحن فيه لو لم يقدر حربي في المعطوف عليه وكان كافرا اعم من الحربي والذمي لدل على ان لا يقتل مومن بشيء من افراد الكافر وحصل مطلوب الشافعي رح ولم يلزم ان لا يكون ما فرضناه دليلا لشافعي رح ولا دليلا له على مدعاه كما زعمه الشارح المزبور والثاني ان عدم كون ما فرضناه دليلا له لا يقتضي تقدير شيء في الحديث اذ لا يتبع تعين معنى الحديث جعل الشافعي رح ذلك الحديث دليلا على مدعاه بل جعله دليلا عليه انما يصح بعد تعين معناه فما معنى الاستدلال على عدم عموم الكافر في الحديث بلزوم ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي رح ولا دليلا له على تقدير عمومه كما هو مقتضى تقرير الشارح المزبور والثالث ان ما عده محذورا وهو ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي رح ولا دليلا له لازم ايضا على تقدير ان يقدر حربي في المعطوف عليه بمقتضى رايه لان الحربي مباين للذمي لا محالة وعدم دلالة احد المتباينين على الآخر اظهر من عدم دلالة الاعم على الاخص فان لزم من ان يكون كافر في الحديث اعم ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي رح ولا دليلا له فلان لزم من ان يفيد كافر في الحديث بحربي ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي رح ولا دليلا له اولى فكيف يثبت تقدير حربي على رايه وبالجملة قد صرح الشارح المزبور في توجيه الحديث المذكور عن سنن الصواب بالكلية فضل عن سبيله ثم ان صاحب الغاية اعترض على قول المصنف والعطف للمغائرة حيث قال ولنا في هذا المقام نظر لانا نقول نعم العطف للمغائرة ولكن لم يعطف قوله عليه السلام ولا ذو عهد على كافر لانه لو عطف عليه القتل بالحربي هو عطف على مومن ولكن نقول ان الذمي يقتل بالذمي بالاتفاق فعلم ان المراد من الكافر الحربي انتهى اقول نظره في غاية السقوط لان قول المصنف والعطف للمغائرة ليس لبيان مغائرة ذو عهد في الحديث الكافر حتى يتجه ما توهمه من ان قوله عليه السلام ولا ذو عهد لم يعطف على كافر بل لبيان مغائرة المومن دفعا لاحتمال ان يكون المراد بذو عهد في الحديث هو المومن ايضا اذ على هذا الاحتمال لا يظهر كون المراد بكافر هو الحربي اذ المومن لا يقتل بذمي ايضا عند الشافعي رح فلا يسلم التقييد بحربي واما اذا كان ذو عهد مغائرا للمومن فكان المراد به هو الذمي تعين ان يكون المراد بكافر هو الحربي والا يلزم ان لا يقتل الذمي بالذمي ايضا مع ان خلافه مجمع عليه والعجب ان كون مقصود المصنف من قوله

ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا لتفاوت الدين والمرتد والمرتدة بالصغير والصحيح
بالأعمى والزمن وبناقص الأطراف وبالمجنون للعموميات ولأن في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني قال
ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك في قوله يقاد اذا أضجعه فذبحه ولأنه سبب لاحيائه فمن المحال أن
يستوجب اتلافه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده في صف الأعداء مقاتلا وزانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه والجد من قبل الرجال
أو النساء وان علا في هذا بمنزلة الأب وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب والأم قربت أم بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط قال
ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لأنه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص فالولد عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لأن
القصاص لا يتجزى قال ومن ورث قصاصا على أبيه سقط لحرمة الأبوة قال ولا يستوفى القصاص الا بالسيف
وقال الشافعي رحمه يفعل به مثل ما فعل ان كان فعله مشروعا فان مات والا تحرز قبته لأن مبنى القصاص على المساواة

والعطف للمغايرة ما ذكرناه مع وضوحه في نفسه يرشد اليه جدا تقرير صاحب الكافي وبعض الشراح المتقدمين فكيف لم يطلع عليه ذلك الشارح قوله
ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا قال جماعة من الشراح وهو قوله ولا ذو عهد في عهده وحمله صاحب النهاية على قوله لأنه ليس محقون الدم على
التأبيد ولم يقبل رأي هؤلاء الشراح حيث قال ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا انه ليس محقون الدم على التأبيد وقيل هو اشارة الى
قوله عليه السلام ولا ذو عهد في عهده وليس بواضح لأن المعهود منه في مثله لما روينا ولأنا قدرنا ذلك بكافر حربي الا اذا أريد هناك بالحربي
أعم من ان يكون مستأمنا أو محاربا وهو الحق وتعينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحربي والجواب عنه وعبر بقوله لما بينا لأن التقدير المذكور
ليس بمروي وانما هو تأويل فلم يقل لما روينا الى هنا كلامه أقول في قوله وتعينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحربي والجواب عنه نظر
لأنه اذا أريد هناك بالحربي ما هو أعم من المستأمن والمحارب يرد السؤال عن كيفية قتل المسلم بالمحارب فان قتل المحارب واجب فما معنى
نفيه في الحديث فيحتاج الى الجواب عنه بالوجهين اللذين ذكرهما من قبل وانما يحصل الغنى عن السؤال والجواب اذا كان المراد بالحربي
هناك هو المستأمن فقط كما هو الأحسن وجزم صاحب البدائع حيث قال واما الحديث فالمراد من الكافر المستأمن لأنه قال لا يقتل مؤمن بكافر
ولا ذو عهد في عهده عطف قوله ولا ذو عهد في عهده على المسلم وكان معناه لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد به ونحن به نقول انتهى قوله ولا يقتل
الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده قال تاج الشريعة قلت خص به عموم الكتاب لأنه لحقه الخصوص فان المولى لا يقتص لعبده
ولا لعبد ولده وذكر الامام البزدوي ان هذا حديث مشهور تلقته الأمة بالقبول فصلح مخصصا أو ناسخا حكم الكتاب انتهى أقول الحق ما قاله
الامام البزدوي لا ما قاله تاج الشريعة من عند نفسه لأن حاصل ما قاله ان الكتاب في حكم القصاص صار مما خص منه البعض بعدم اقتصاص
المولى لعبده ولا لعبد ولده فصار ظنيا فجاز تخصيص قتل الوالد ولده عن عموم الكتاب الدال على وجوب القصاص في القتلى بالسنة ولو كانت
من أخبار الآحاد ولكنه غير تام اذ قد تقرر في علم الأصول ان العام الذي خص منه البعض انما يصير ظنيا اذا كان تخصيصه بكلام مستقل موصول به
واما اذا كان البعض من العام مخرجا بدليل مفصول عنه فيكون عمومه منسوخا لا مخصوصا ويصير قطعيا في الباقي ولا شك ان ما يخرج قتل
المولى عبده أو عبد ولده عن آية القصاص ليس كلاما موصولا بها فلا ينافي قطعيتها فلا يجوز اخراج قتل الوالد ولده عنها بخبر واحد
بل لا أقل من ان يكون المخرج حديثا مشهورا كما عرف في أصول الفقه فلا بد من المصير هنا الى ما ذكره الامام البزدوي قوله والقصاص
يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه قال الشراح هذا جواب عما يقال الوارث يستحق افناءه لا الولد ولا محذور فيه وقال صاحب العناية بعد
ذلك ولو قال فمن المحال ان يثبت لفنائه لاستغنى عن هذا السؤال والجواب انتهى أقول فيه بحث اذ لا يرى جهة مسببية المقتول لفناء
القاتل سوى استحقاقه القصاص فلو قال فمن المحال ان يثبت لفنائه فاما ان أراد بتسببه لفنائه استحقاقه القصاص فيرد عليه السؤال
المزبور ويحتاج الى الجواب المذكور واما ان أراد بها شيئا سوى استحقاقه القصاص وهو غير معلوم فكيف يتم بناء الدليل عليه تدبر تفهم قوله
والجد من قبل الرجال والنساء وان علا في هذا بمنزلة الأب وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب أو الأم قربت أو بعدت لما بينا

ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فجوزنا التحرز عنه كما في كسر العظم قال واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فلا قصاص عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح لا ارى في هذا قصاصا لانه اشتبه سبب الاستيفاء فان الولاء ان مات حرا وللمالك ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره بعتني هذا العبد بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطيها لاختلاف السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى يقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف تلك المسئلة لان حكم ملك اليمين يتأثر بحكم النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى لانه اشتبه من له الحق لان المولى ان مات عبدا والوارث ان مات حرا فظهر الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية او الرق بخلاف الاول لان المولى متعين فيها

اقول من العجائب ههنا ان الامام الزاهدي قال في شرح مختصر القدوري قلت ذكر الجدة في الهداية من قبل الام ولم يطبقها وذكر فيها الاجداد من قبل الرجال والنساء والام ولم يذكر الجدة من قبل الاب اصلا فوقعت لي شبهة في الجدة من قبل الاب وقد زالت بحمد الله بما ذكر في كفاية البيهقي قال ولا يقتل اصول المقتول به وان علوا خلافا لمالك رح فيما اذا ذبحه ذبحا انتهى وانت ترى ان الجدة من قبل الاب مذكورة في الهداية ههنا صراحة فكيف خفيت عليه حتى وقعت له شبهة في امرها **قوله** ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح قال صاحب العناية في حل هذا المحل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف وهو نص على نفي استيفاء القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحا انتهى اقول فيه خلل لانه اذا كان نصا على نفي استيفاء القود بغير السيف فكيف يلحق به دلالة ما كان سلاحا من غير السيف وهل يتصور ان يدل كلام واحد على نفي شيء واثباته معا والحق ان يكون المراد بالسيف في الحديث المزبور السلاح مطلقا بطريق الكناية كما اشار اليه المصنف بقوله والمراد به السلاح وصرح به صاحب الكافي والكفاية حيث قالا ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اي لا قود يستوفى الا بالسيف والمراد بالسيف السلاح هكذا فهمت الصحابة رض وقال اصحاب ابن مسعود لا قود الا بالسلاح وانما كني بالسيف عن السلاح انتهى وقال في النهاية فان قيل يحتمل ان يكون المراد من الحديث لا قود يجب الا بالسيف لا ان يكون معناه لا قود يستوفى الا بالسيف قلنا القود اسم لفعل هو جزاء القتل دون ما يجب شرعا وان حمل عليه كان مجازا ولان القود قد يجب بغير السيف كالقتل بالنار والابرة فلم يكن حمله عليه لوجود وجوب القود بدون القتل بالسيف وانما السيف مخصوص بالاستيفاء انتهى وذكر هذا السؤال في العناية ايضا ولكن قصر الجواب عنه فيها على الوجه الاول من الوجهين المذكورين في النهاية اقول في ذلك الوجه من الجواب نظر لانه انما يتم ان لو كان مدار السؤال على احتمال ان يراد بلفظ القود المذكور في الحديث ما يجب شرعا واما اذا كان مداره على احتمال ان يقدر في الحديث لفظ يجب بعد قوله لا قود كما هو الظاهر من عبارة السؤال فلا يتم ذلك اذ لا مجاز حينئذ في لفظ القود فان قلت المصير الى التقدير ليس باسهل من المصير الى التجوز فيحصل المطلوب وهو لزوم العدول الى خلاف الظاهر من عبارة الحديث على الاحتمال الآخر قلت لا محيص عن تقدير شيء على المعنى الذي حملوه عليه ايضا فان معنى الحديث على ذلك لا قود يستوفى الا بالسيف كما صرحوا به فلا بد من تقدير معنى الاستيفاء ومثل ذلك لمعونة المقام ليس بعزيز في كلام البلغاء فلا يتم التقريب **قوله** ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص اقول اطلق الوارث ههنا ولم يقيده بالحر وقيده في الصورة الآتية بذلك حيث قال وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وكان الاولى ان يعكس الامر فانه اذا كان الوارث ههنا رقيقا فالظاهر ان يجب القصاص للمولى عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح كما في الصورة السابقة لكون حق الاستيفاء حينئذ للمولى خاصة اذ لا ولاية للارقاء على استيفاء القصاص قط فلم يشتبه من له الحق هناك فانه المولى على كل حال ان مات عبدا فبالملك وان مات حرا فبالولاء واما اذا كانت الورثة ارقاء في الصورة الآتية فيجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعا كما اذا كانت الورثة احرارا لانه مات عبدا في تلك الصورة بلا ريب والتقييد بالاحرار يشعر بكون الحكم في الارقاء خلاف ذلك بناء على ان مفهوم المخالفة معتبر عندنا ايضا في الروايات كما صرحوا به فالاحسن ما ذكره

وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض
اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز واذا قتل عبد الرهن في يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يفتكه الراهن والمرتهن لان المرتهن
لا ملك له فلا يليه والراهن لو توليه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه قال والخاقل ولي المقتول ان يقتل

صاحب الكافي حيث قال في هذه الصورة ولو ترك وفاء وله وارث من غير المولى فلا قصاص وقال في الصورة الآتية وان لم يترك وفاء وله ورثة احرارا
ولا وجب القصاص للمولى عند محمد فان قلت الرقيق لا يكون وارثا لان الرق احد الامور الاربعة التي تمنع عن الارث كما تقرر في علم الفرائض فلا احتياج
الى تقييد الوارث بالحر بل لا وجه له لاشعاره بكون الرقيق ايضا وارثا قلت المراد بالوارث ههنا من كان من شانه ان يرث والرقيق كذلك لانه يرث
عند زوال الرق عنه لا من يرث بالفعل فيحتمل التقييد بالحرية والا يلزم ان لا يتم تقييد الورثة بالاحرار في الصورة الآتية ايضا مع انها قيدت بهما في
الكتاب بل في اصل الجامع الصغير للامام الرباني **قوله** وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا قال صاحب العناية و
لم يذكر ما اذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث له اصلا ورثة ارقاء لعدم القاعدة في ذكره لان حكمه حكم المذكور في الكتاب انتهى
اقول هذا الكلام خال عن التحصيل لان كون حكمه حكم المذكور لا يقتضي عدم الفائدة في ذكره بل يكون بيان
كون حكمه حكم المذكور عين الفائدة في ذكره الا يرى ان اكثر المسائل المذكورة في ابواب هذا الكتاب وفصوله متحدة الاحكام مع انه لا مجال لان
يستغنى بذكر بعضها عن ذكر الآخر على ان تخصيص من له ورثة احرار بالذكر يشعر بكون الحكم في غير المذكور خلاف حكم المذكور على قاعدة كون المفهوم معتبرا
في الروايات كما ذكرنا من قبل فلا بد من بيان شيء يفيد كون الحكم في المتروك حكم المذكور بالوجه في الاعتذار عن ترك ذلك ان يقال ان حكم المتروك
ههنا معلوم من حكم المذكور بالاولوية على طريقة دلالة النص فانه اذا وجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعا فيما اذا كان له ورثة احرار فلان
يجب القصاص للمولى وحده فيما اذا لم يكن له وارث اصلا او كان له ورثة ارقاء اولى كما لا يخفى **قوله** بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك

وفاء لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز قال في غاية البيان قال القدوري في شرح مختصر الكرخي وليس هذا كالعبد المعتق بعضه اذا مات عاجزا
لانه ذكر في المنتقى عن ابي حنيفة ان لا قصاص لان عجز المكاتب ينفسخ به الكتابة وكانها لم تكن وموت المعتق لم ينفسخ به عتقه فالمولى يستحق القصاص
في بعضه بالولاء وبعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين انتهى اقول فيه نظر لانه قدم من قبل ان اصل ابي حنيفة وابي يوسف
هو ان اختلاف السبب الذي لا يفضي الى المنازعة ولا الى الاختلاف الحكم لا يبالي به ولهذا كان للمولى القصاص عندهما فيما اذا قتل المكاتب
عمدا وليس له وارث سوى المولى وترك وفاء فكيف يتم تعليل عدم وجوب القصاص عند ابي حنيفة في مسئلة معتق البعض اذا مات عاجزا بان
المولى يستحق القصاص في بعضه بالولاء وفي بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين اذ لا افضا الى المنازعة على مقتضى هذا التعليل ولا
الى اختلاف الحكم فمن اين لا يثبت له الاستحقاق عنده بمجرد اختلاف السبب ثم اقول لعل مراد المصنف بقوله بخلاف معتق البعض اذا مات
ولم يترك وفاء ما اذا كان له وارث غير المولى يرشد اليه ذكر مخالفة هذه المسئلة في خير قوله وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار الى آخره فحينئذ يصح
تتميم ما اجمله المصنف في تعليله بقوله لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز بان يقال فالمولى يستحق القصاص في البعض المملوك بالملك
والوارث يستحقه في البعض المعتق بالارث فيكون السببان راجعين الى الشخصين فتبالى باختلافهما للافضا الى المنازعة تامل تقف
قوله واذا قتل ولي المعتوه فلابيه ان يقتل يعني اذا قتل قريب المعتوه فلاب المعتوه ان يقتل اي له ولاية استيفاء القصاص من القاتل

[illegible] لانه راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح وله ان يصالح لانه انظر في حق المقتول وليس له ان يعفو لان
فيه ابطال حق [illegible] المقتول عمدا ذكره [illegible] وصي بمنزلة الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل الابن ولا يقتص من نفسه [illegible]
[illegible] هذه الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف [illegible] يستثن الا القاضي وفي كتاب الصلح ان الوصي لا يملك ان يصالح الا في تصرف
في النفس لا في الاطراف فيكون بمنزلة الاستيفاء ووجه المذكور هنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص
لان المقصود التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك الفقولان الاب يملكه لما فيه من الابطال فرضوا ولي وقالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف
كما لا يملك في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال على
ما عرف وان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه وهذا القاضي بمنزلة الاب في الصحيح الاولى ان من قال الاولى له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه

قال صاحب العناية في شرح هذه المسئلة واذا قتل ولي المعتوه يعني ابنه فلابيه وهو جد المقتول دون ابيه غير منحصر في ابن المعتوه بل يعم ابيه وغيره كاخيه واخته لام من غير ابيه وكامه المطلقة من ابيه وغير ذلك وعبارة الكتاب تحمل التعميم فان ولي المعتوه بمعنى قريبه يعم الكل فما معنى تخصيص المسئلة مع عموم جزائها وصاحب النهاية اصاب في تفسير ولي المعتوه ولكن افسد بعده حيث قال واذا قتل ولي المعتوه اي قريبه وهو ابنه يعني اذا كان للمعتوه ابن فقتل ابنه فلاب المعتوه وهو جد المقتول ولاية استيفاء القصاص انتهى واقتفى اثره جماعة من الشراح والحق ما قدمناه من التعميم وغاية ما يمكن في توجيه كلامهم ان يحمل ما ذكروه على التمثيل دون التخصيص **قوله** لانه من الولاية على النفس شرح لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح قال صاحب الغاية قال بعض الشارحين في هذا الموضع كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص وان الاخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص فاقول ليس هذا الشيء لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو اقرب منه كالاب والابن وكذلك يملك الانكاح اذا لم يكن ثمة ولي اقرب منه فاذا كان ثمة اقرب منه فلا يملك الانكاح ايضا لان من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول عن فرائض الله تعالى الذكر والانثى في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخي في مختصره الى هنا لفظ الغاية اقول ما نسبه الى بعض الشارحين قول كل الشارحين سواء ورده عليهم مردود فانه ناش من عدم فهم معنى المقام ومراد الشراح لان معنى المقام انه اذا قتل احد ممن كان القصاص له حق المعتوه دون حق غيره كان للاب المعتوه ولاية استيفاء القصاص من القاتل نيابة عن المعتوه كما له ولاية انكاح المعتوه والصبي ومراد الشراح التنبيه على ان ليس كل من يملك انكاح الغير يملك استيفاء القصاص من قبل الغير فان الاخ مثلا يملك انكاح المعتوه والصبي ولا يملك استيفاء القصاص من قبلهما بخلاف الاب فانه يملكهما معا وبينوا وجه الفرق بان القصاص شرع للتشفي وللاب شفقة كاملة بعد ضرر الولد ضرر نفسه فجعل ما يحصل له من التشفي كالحاصل للابن بخلاف الاخ فقول صاحب الغاية لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو اقرب منه كالاب والابن ان اراد به ذلك باستحقاقه اياه بنفسه كما هو الظاهر من تعليله بقوله لان من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى فهو مسلم ولكن لا مساس له بالمقام ولا بما قاله الشراح فان الكلام ههنا في ولاية استيفاء القصاص نيابة بدون ان يستحق القصاص بنفسه اصالة وهو معنى المسئلة التي نحن فيها كما يفصح عنه جدا عبارة المحيط البرهاني فانه قال فيه واذا وجب القصاص لصغير او معتوه في النفس او فيما دون النفس وله اب لا حق للاب في هذا القصاص فان الاب يملك استيفاءه عند علمائنا خلافا للشافعي انتهى وان اراد بذلك ان الاخ يملك ذلك نيابة عن الغير ايضا وان لم يستحقه بنفسه اصالة فهو ممنوع جدا ولم ار في شيء من كتب الفقه ان احدا ذهب اليه وقال به والدليل الذي ذكره في الفرق بين الاب وغيره ههنا يقتضي خلاف ذلك قطعا **قوله** وله ان يصالح لانه انظر في حق المعتوه قال جمهور الشراح هذا فيما اذا صالح على قدر الدية اما اذا صالح على اقل من الدية لم يجز الحط وان قل ويجب كمال الدية انتهى وكذا ذكر الامام الزيلعي في شرح الكنز وقال صاحب الغاية قال بعضهم في شرحه هذا اذا صالح على مثل الدية اما اذا صالح على اقل من الدية لم يجز الحط وان قل ويجب كمال الدية ولنا فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير مطلق حيث جوز صلح ابي المعتوه عن دم قريبه مطلقا لانه قال وله

قال ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة رح وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائه ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم

ان يصلح من غير تقييد بقدر الدية فينبغي ان يجوز الصلح على اقل من قدر الدية عملا باطلاقه وانما جاز صلحه على المال لانه انفع للمعتوه من القصاص فاذا جاز استيفاء القصاص فالصلح اولى وانفع يحصل في القليل والكثير الا ترى ان الكرخي قال في مختصره واذا وجب لرجل على رجل قصاص في نفس او فيما دونها فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فذلك جائز قليلا كان او كثيرا كان ذلك دون دية النفس او ارش الجراحة او اكثر الى هنا لفظه اقول نظره ساقط فان لاصحاب التخريج من المشائخ صرف اطلاق كلام المجتهد الى التقييد اذا اقتضاه الفقه كما صرحوا به ولنظائر كثيرة في مسائل الفقه فيجوز ان يكون الامر هنا كذلك والظاهر ان الشراح اخذوا التقييد هنا من كلام مشائخنا المتقدمين من اصحاب التخريج ولا بعد ان يصل بعض من نفس الشراح ايضا الى تلك الرتبة فلا يقدح فيما قالوا اطلاق ظاهر لفظ محمد في هذه المسئلة ثم ان قوله وانما جاز صلحه على المال لانه انفع للمعتوه من القصاص مسلم وقوله وانفع يحصل في القليل والكثير ممنوع فان في القصاص تشفي الصدر وما دون الدية في مقابلته تشفي الصدر لا بعد نفعا عرفا وولاية الاب للمعتوه نظرية فلا بد ان يكون تصرفه في حق المعتوه من قبيل ما بعد نفعا عرفا وعادة واما تنويره بما ذكره الكرخي في مختصره فليس بصحيح جدا فان الذي نقله عن مختصر الكرخي ما اذا كان المصالح صاحب حق القصاص نفسه وصالح صاحب الحق عن حقه على كثير من المال وقليله جائز بلا ريب اذ له اسقاط حقه بالكلية بلا اخذ عوض عنه اصلا فترك بمقابلة مال وان قل اولى بخلاف ما نحن فيه فان المصالح هنا ولي صاحب القصاص وهو ابوه لا نفس صاحب الحق وهو المعتوه فلا بد في تصرفه من النظر لمن له الحق لكون ولايته نظرية وبالجملة مدار كلامه هذا ايضا عدم الفرق بين التصرف لنفسه اصالة وبين التصرف لغيره نيابة ثم اقول بقي شيء في اصل الدليل الذي ذكره المصنف بقوله لانه انظر في حق المعتوه وهو ان الصلح على مال اذا كان انظر في حق المعتوه من القصاص كان ينبغي ان لا يملك الاب استيفاء القصاص من قبل المعتوه عند امكان المصالحة على المال لان ولاية الاب على المعتوه لما كانت نظرية كان عليه ان يراعي ما هو الانظر له ويمكن ان يجاب عنه بان كون الاية نظرية لا تستدعي وجوب العمل بما هو الانظر لان فحوى خلافه ايضا حصول اصل النظر بل انما يقتضي اولوية العمل بذلك ولم ينف احد اولوية المصالحة على المال فيما نحن فيه على ان كون المصالحة انظر في حق المعتوه من القصاص من كل الوجوه ممنوع ودلالة عبارة الكتاب عليه ايضا ممنوعة فيجوز ان يكون المصالحة انظر في حقه من وجه وهو حصول منفعة المال له ويكون القصاص انظر له من وجه آخر وهو دفع سبب الهلاك عن نفسه فانهم صرحوا بان المقصود بالقصاص تشفي الصدر او دفع سبب الهلاك عن نفس ولي المقتول كما اشير اليه بقوله تعالى ولكم في القصاص حيوة فحينئذ لا يلزم اولوية العمل بالمصالحة راسا فضلا عن وجوبه **قوله** ومن قتل وله اولياء صغار وكبار قال صاحب النهاية والكفاية في شرح هذا المحل بان كان للمقتول اخوان احدهما صغير والاخر كبير اقول هذا الشرح لا يطابق عبارة المشروح لان لفظ الاولياء في المشروح صيغة الجمع وكذا لفظ الصغار والكبار فكيف يتصور تصوير معنى المشروح بان كان للمقتول اخوان احدهما صغير والاخر كبير ولا يساعده لفظ الاولياء فضلا عن لفظي الصغار والكبار والظاهر في التصوير ان يقال بان كان للمقتول اخوة بعضهم صغار وبعضهم كبار وغاية ما يمكن في توجيه كلام ذينك الشارحين ان يقال ليس مقصودهما شرح كلام المصنف على وفق عين عبارته بل مقصودهما حجر وتصوير المسئلة

اذا کان بین الکبیرین واحدہما غائب او کان بین المولیین وله ای حق لا یتجزی لثبوته بسبب لا یتجزی وهو القرابة واحتمال العفو من الصغیر منقطع فیثبت لکل واحد کاملا وهو
لا یعم بخلاف الکبیرین لان احتمال العفو من الغائب ثابت ومسئلة المولیین ممنوعة قال ومن ضرب رجلا بحدید فقتله فان اصابه بالحدید قتل به ان اصابه بالعود فعلیه الدیة قال رضی الله عنه
اذا اصاب بالحدید لوجود الجرح فکمل السبب وان اصابه بظهر الحدید فعندهما یجب وهو روایة عن ابی حنیفة رح اعتبارا بالآلة وهو الحدید وعنه انه یجب اذا جرحه هو الاصح علی ما نبینه
ان شاء الله تعالی وعلی هذا الضرب یسمی الحمیران واما اذا ضربه بالعود فانما تجب الدیة لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتی لا یهدر الدم ثم قیل هو بمنزلة العصا الکبیرة
فیکون قتلا بالمثقل وفیه خلاف ابی حنیفة علی ما نبین وقیل بمنزلة السوط وفیه خلاف الشافعی رح وهی مسئلة الموالاة له ان الموالاة فی الضربات الی ان مات
دلیل العمدیة فیتحقق الموجب لما قلنا وروینا الا ان قتیل خطاء العمد ویروی شبه العمد الحدیث ولان فیه شبهة عدم العمدیة لان الموالاة قد تستعمل للتادیب او لعله
اعتراه القصد فی خلال الضربات فیعری اول الفعل عنه وعساه اصاب المقتل والشبهة دارئة للحدود فوجبت الدیة قال ومن غرق صبیا او بالغا فی البحر فلا قصاص
عند ابی حنیفة رح وقالا یقتص منه وهو قول الشافعی رح غیر ان عندهما یستوفی حزا وعنده یغرق کما بیناه من قبل وهو قوله علیه السلام من غرق غرقناه ولان الآلة قاتلة مستعملة
اعادة العمدیة ولا امارة فی العصمة وله قوله علیه السلام الا ان قتیل خطأ العمد قتیل السوط والعصا وفیه فی کل خطأ ارش ولان الآلة غیر معدة للقتل ولا مستعملة فیه لتعذر استعمالها
فکمنت شبهة عدم العمدیة ولان القصاص مبنی علی المماثلة ومنه یقال اقتص اثره ومنه المقصة للمقراض والتماثل بین الجرح والدق لتصور التفاوت عن ضرب لطاهر وکذا الایتاء لان
فی حکمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر وما رواه غریب مرفوع او هو محمول علی السیاسة وقد اومت الیه اضافة الی نفسه فیه واذا امتنع القصاص وجبت الدیة
وهی علی العاقلة وقد ذکرناه واختلاف الروایتین فی الکفارة قال ومن جرح رجلا عمدا فلم یزل صاحب فراش حتی مات
فعلیه القصاص لوجود السبب وعدم ما یبطل حکمه فی الظاهر فاضیف الیه

علی وجه یتضمن الاشارة الی انه لا احتیاج فی تحقق مادة هذه المسئلة الی تحقق معنی الجمعیة لا فی جانب الصغیر ولا فی جانب الکبیر بل ولا فی مجموع
الجانبین ایضا **قوله** کما اذا کان بین الکبیرین واحدهما غائب او کان بین المولیین قال صاحب النهایة فی شرح قوله او کان بین المولیین ای
واحدهما غائب واتفق اثره صاحب معراج الدرایة کما هو دابه فی اکثر المحال اقول لیس هذا الشرح صحیح عندی اذ لو کان مراد المص هذا المعنی لکان
ذکر قوله او کان بین المولیین مستدرکا محضا اذ بیانه وله حینئذ قوله کما اذا کان بین الکبیرین واحدهما غائب فیستغنی عن قوله او کان بین المولیین
وایضا لو کان مراده ذلک لما قدم قوله واحدهما غائب علی قوله بل کان علیه ان یؤخر قوله واحدهما غائب عن ذلک لیتعلق
بمجموع القولین فلا یحتاج الی التقدیر فی الثانی والصواب فی شرح قوله او کان بین المولیین ان یقال ای واحدهما صغیر اذ لا یلزم حینئذ
شئ من المحذورین المذکورین بل یکون کل من قولیه المذکورین اشارة الی مسئلة مستقلة مغایرة للاخری ویوافقه صریح ما ذکر فی المبسوط فانه
قال فیه فی باب الوکالة بالدم من الدیات صورة مسئلة المولیین فیما اذا کان العبد مشترکا بین الصغیر والکبیر فقتل العبد لیس للکبیر ولایة استیفاء
القصاص قبل ان یدرک الصغیر بالاتفاق انتهی تبصر **قوله** له حق لا یتجزی لثبوته بسبب لا یتجزی وهو القرابة اقول فی تمام الاستدلال لعدم
تجزی سبب القصاص وهو القرابة علی عدم تجزی القصاص من نفسه خفاء فان القتل لا یجد محذورا فی کون السبب بسیطا والمسبب مرکبا کیف
والظاهر ان القرابة التی لا یتجزی کما انها سبب لاستحقاق ولی القتل القصاص فی القتل العمد کذلک هی سبب ایضا لاستحقاقه الدیة فی القتل
الخطأ مع انه لا شک ان الدیة تتجزی لانها مال والمال متجزئ بلا ریب فالاظهر فی بیان کون القصاص حقا لا یتجزی ما ذکر فی الکافی ومعراج الدرایة ایضا
تقریر دلیل الامامین وهو ان القتل غیر متجزئ لانه تصرف فی الروح فذا لا یقبل التجزی ثم ان بعض الفضلاء الطعن فی قولهم هنا ان سبب القصاص
هو القرابة حیث قال کیف یکون سببه القرابة وهو یثبت للزوج والزوجة انتهی اقول نعم یثبت للزوج والزوجة بل للمعتق والمعتقة ایضا کما صرحوا
مع ان السبب فی الزوج والزوجة هو الزوجیة وفی المعتق والمعتقة هو الولاء دون القرابة الا ان الظاهر ان قولهم هنا وهو القرابة امابناء علی
التغلیب لکون اولیاء القتیل فی الاکثر قرابته وامابناء علی انهم ارادوا بالقرابة هنا الاتصال الموجب للارث دون حقیقة القرابة فیعم الکل
قوله واحتمال العفو من الصغیر منقطع فیثبت لکل واحد منهما کملا کما فی ولایة الانکاح قال الشراح وجه ابی حنیفة مبنی علی ثبوت التفرقة بین الصغار
والمحبوب من حیث العفو فی الحال وعدمه فان العفو فی الغائب موهوم حال استیفاء القصاص لجواز ان یکون الغائب عفا والحاضر لا یشعر فلو
استوفی کان استیفاء مع الشبهة وهو لا یجوز واما العفو فی الصغیر فما یوجب حال استیفاء القصاص لانه لیس من اهل العفو وانما یتوهم العفو عنه بعد
بلوغه والشبهة فی المال لا یعتبر لان ذلک یؤدی الی سد باب القصاص لاحتمال ان یندم ولی المقتول علی قتله وقال فی النهایة کذا فی مبسوط
شیخ الاسلام والجامع الصغیر للامام الحبوبی اقول لقائل ان یقول اذا لم یکن للغائب شعور اصلا یکون قریبه مقتولا بان کان فی مسیرة
سنة مثلا من موضع القتیل فانی یتوهم منه العفو فی الحال اذ العفو عن الشئ فرع الشعور به فحیث لا شعور به لا یتصور العفو عنه ومسئلة الغائب تعم مثل
هذه الصورة ایضا فکیف یتم فیها ما ذکروه من التفرقة ثم اقول یمکن ان یدافع ذلک بانه یجوز ان یقول ذلک الغائب فی ذلک الموضع فی

قال واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة لان هذا احد نوعي الخطأ على ما بيناه والخطأ هو نوعه لا يوجب القود
ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين في اليمان بن جابر وحذيفة فقضى رسول الله عليه السلام بالدية قالوا انما تجب الدية اذا كان الخطأ من الجانب
خشية المشركين لا تجب لو قوة عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم قال ومن قتل نفسه وهو رجل عقر واسد واصابته حية فمات من ذلك كله فعلى الاجنبي ثلث الدية
لان اهل الاسلام والحية جنس واحد يكون هدرا في الدنيا والآخرة وفعل نفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يؤخذ عليه في الوصايا وان عند ابي حنيفة ومحمد لا يغسل ويصلى عليه عند ابي يوسف يغسل
ويصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلوة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه في كتاب التجنيس والمزيد ولم يكن هدرا مطلقا وكان جنسا آخر فعل الاجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة
اجناس فكان النفس تلفت بثلاثة افعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية والله اعلم **فصل** قال ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه لقوله عليه السلام من شهر
على المسلمين سيفا فقد اطل دمه والدباغ فسقط عصمته بمعنيه ولانه تعين طريقا له في القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم وقول محمد في الجامع الصغير فحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة
الى الوجوب والمعنى وجوب فرض الكفاية وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا ليلا او نهارا او شهر عليه عصا ليلا في مصر او نهارا في طريق او في غير مصر فقتل المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بينا
الى الوجوب والمعنى وجوب فرض الكفاية وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا ليلا او نهارا او شهر عليه عصا ليلا في مصر او نهارا في طريق او في غير مصر فقتل المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بينا
وهذا لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة وان كان يلبث ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه بالقتل والذي في النهار في غير المصر الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه
هدرا قالوا وان كان عصا لا يلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما **قال** وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف
الصبي والدابة وعن ابي يوسف انه يجب الضمان في الدابة والصبي والمجنون للشافعي انه اتلاف اعاقه بنفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير مجنونا على قتله تفعله فاشبه المكره و
لابي يوسف ان فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان اما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو خففاه يجب ضمانهما لكنا عصمتهما بحقهما وعصمة الدابة بحق مالكها فكان
فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما او اتلف مالا معصوما حقا لمالكه وفعل الدابة لا يصير مسقطا وفعلهما وان كانت عصمتهما بحقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب
القصاص بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا وانما يجب القصاص لو جد المبيح وهو فعل الشر فيجب الدية قال ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الآخر على ما قال
القصاص معناه اذا ضربه فانصرف لا ان خرج من ان يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته **قال** ومن دخل على غيره ليلا واخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام
قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء وتأويل المسئلة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل والله اعلم

تلك الحالة او قبلها كل حق يثبت لي على الغير فاني عفوته وصرت بريا منه فيندرج في هذه الكلية عفوه عن قتل قريبه ايضا ولا يلزم الشعور بخصوصه
فهذا الاحتمال في صورة ان كان بعض الاولياء غائبا وان كان موهوما يورث شبهة في الحال فلا يستوفى القصاص بها بالاجماع ولعل حل هذا
المقام بهذا الوجه مما لا بد منه وقد اهمله الجمهور **قوله** ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة اقول كان حق التحرير
ههنا ان يقول وفيه خلاف ابي يوسف ومحمد لان الحكم المذكور فيما سبق في اصل المسئلة وجوب الدية عند الاصابة بالعود لا وجوب القود عند ذلك
وخلاف ابي حنيفة في وجوب القود في القتل بالمثقل لا في وجوب الدية فيه فان وجوبها فيه عين مذهب ابي حنيفة وانما الخلاف فيه لابي يوسف
ومحمد وقصور تحرير المصنف ههنا مع كونه ظاهرا جدا لم يتعرض له احد من الشراح لا من جهة القدح ولا من جهة التوجيه وكانهم لم يتنبهوا له **قوله** لهم
قوله عليه السلام من غرق غرقناه قال صاحب النهاية وقوله لهم اي الشافعي ولهما لكن للشافعي الاستدلال بالحديث ولهما الاستدلال بالمعقول
انتهى وتبعه جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال وقوله لهم اي لابي يوسف ومحمد والشافعي لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما
بالمعقول انتهى اقول لا مساعدة في عبارة المشروح لهذا المعنى لان المصنف اعاد لام التعليل في المعقول حيث قال ولان الآلة قابلة وذلك
يقتضي ان يكون قوله ولان الآلة قابلة الى آخره معطوفا على قوله لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه فلم يبق في خبر قوله لهم الا الحديث فلا مجال
للتوزيع لانه انما يتصور ان لو كان المعنى لهم الحديث والمعقول وعبارة الكتاب تقتضي ان يكون المعنى لهم الحديث ولهم المعقول وهذا الحديث لا يكون
الا بمشاركة مجموعهم في كل واحد من الدليلين تامل تقف وقال صاحب الكفاية بعد ذكر ما ذكره صاحب النهاية او الشافعي الاستدلال بالحديث
في وجوب القصاص وفي الاستيفاء ولهما الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص ولم يعلما في الاستيفاء بهذا الحديث لقوله عليه السلام
لا قود الا بالسيف انتهى اقول وفيه بحث لان وجوب القصاص وكيفية الاستيفاء انما يستفادان من لفظ واحد في الحديث المذكور وهو غرقناه
فالعمل باحدهما دون الآخر مع كونه لا يخلو عن اشكال في نفسه لا موجب له لان العمل به في حق الاستيفاء انما يجب ان يترك لقوله عليه السلام لا قود
الا بالسيف ان لو ثبت تاخر قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف عن قوله عليه السلام من غرق غرقناه او ثبت كونه اقوى منه وشيء منهما لم يثبت
لا يقال يكفي التعارض بينهما فانهما اذا تعارضا تساقطا لانا نقول لو كان كذلك لما صح الاستدلال بقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف على ان
لا يستوفى القصاص الا بالسيف لان التساقط لا يصلح ان يتمسك به مع ان ايتمنا تمسكوا به في ذلك المطلب واعتمدوا عليه كما مر ثم اقول
الاولى عندي في توجيه المقام ان يقال الحديث حجة لابي يوسف ومحمد والشافعي كلهم الا ان الشافعي يبقيه على ظاهره فيحمل التفريق على حقيقته
واما الامامان فيحملانه على الكناية عن الاهلاك لكون الاهلاك لازم التفريق فيصير معنى قوله عليه السلام غرقناه اهلكناه ويكون التعبير بغرقناه لمشاكلة
قوله من غرق وانما يحملانه على ذلك ليوفقا بين هذا الحديث وبين قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اذ قد تقرر في علم الاصول انه اذا تعارض
ظاهر النصين يطلب المخلص مهما امكن في التوفيق والجمع بينهما وههنا المخلص عندهما تيسير حمل التفريق على الاهلاك والقتل على سبيل الكناية
تدبر **قوله** ولنا قوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطأ ارش اقول في دلالة هذا الحديث على مدعى

باب القصاص فيما دون النفس

قال [illegible] قال [illegible] قال [illegible]

قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه جائفة فابرء منها فلا قصاص عليه لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم والاضبط فيه وكذا البرء نادر فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهرا قال واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع والمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المصيبة ولا شيء له غيرها وان شاء اخذ الارش كاملا لان استيفاء الحق كاملا متعذر فله ان يتحول من حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلي اذا انصرم عن ايدي الناس بعد الاتلاف واذا استوفاها ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما اذا رضي بالردي مكان الجيد ولو سقطت المؤنة قبل اختيار المجني عليه او قطعت ظلما فلا شيء له عندنا لان حقه متعين في القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش لانه اوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى

بالوجه الذي ذكرناه فلا احتياج الى توجيه ما سبق بان المراد به ان امكن القصاص بل لا وجه له كما تحققته مما قدمناه تبصر قوله ولنا ان الاطراف ليست بمسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة قال صاحب الكفاية فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والاذن بالاذن مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم قلنا قد خص منه الحربي والمستامن والنص العام اذا خص منه شيء يجوز تخصيصه بخبر الواحد فخصصناه بما روي عن عمران بن حصين انه قال قطع عبد لقوم فقيرا اذن عبد لقوم اغنيا فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض بالقصاص انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلانه قد تقرر في علم الاصول ان النص العام اذا خص منه شيء بكلام مستقل موصول به يكون ذلك العام المخصوص منه البعض ظنيا في الباقي فيجوز تخصيصه بخبر الواحد واما اذا اخرج من النص العام شيء بما هو مفصول عنه غير موصول به فلا يكون ذلك ظنيا في الباقي بل يكون باقيا على حالة الاولى ولا شك ان مخرج الحربي والمستامن من الآية المذكورة ليس بكلام موصول بها فتكون باقية على قطعيتها الاصلية فلا يجوز تخصيصها بخبر الواحد وقد مر منا غير مرة نظير هذا النظر في محاله واما ثانيا فلان حديث عمران بن حصين انما يفيد عدم جريان القصاص في الاطراف بين العبدين ولا يفيد عدم جريانه فيما بين الرجل والمرأة ولا بين الحر والعبد فيبقى الاعتراض باطلاق الآية المذكورة في هاتين الصورتين فلم يتم الجواب والصواب عندي في الجواب ان يقال ان الآية المذكورة آية القصاص والقصاص ينبئ عن المماثلة فالمراد بما في الآية المذكورة ما يمكن فيه المماثلة لا غير كما صرح به صاحب الكشاف في تفسير هاتيك الآية من التنزيل حيث قال ومعناه ما يمكن فيه القصاص وتعرف المساواة واشار اليه المصنف في صدر هذا الباب حيث قال وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص والا فلا واشار اليه ههنا ايضا حيث قال فينعدم التماثل بالتفاوت بالقيمة فلم يكن الآية المذكورة مجراة على ظاهرها اطلاقها حتى يكون اطلاقها حجة علينا فيما نحن فيه وكيف يتصور اجراؤها على ظاهر اطلاقها ولا قصاص في العين اذا قلعها بالاجماع لعدم امكان المماثلة في القلع وان معنى النظم الشريف مصروف الى ذلك فاندفع الاعتراض الناشئ من توهم الاطلاق ثم انه بقي في هذا المقام اشكال قوي ذكره في حاشية الشروح وهو ان يقال سلمنا وجود التفاوت في القيمة والاطراف وانه يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه ان يمنع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس الا يرى ان الشلاء تقطع بالصحيحة وانتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل ايضا والشراح كانوا في طريق دفعه طرائق قدد اقتفاها صاحب العناية فالجواب انا قد ذكرنا ان الاطراف ليست بمسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فالواجب ان يعتبر التفاوت المالي بانفا مطلقا والشلل ليس منه فيعتبر بانفا من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتا ماليا ينبغي ان لا يعتبر فيما يسلك بها مسلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتا في المنفعة ينبغي به المماثلة ينبغي ان يعتبر فقلنا يعتبر من جهة الاكمل يلزم ان يكون باذلا للزيادة في الاطراف ولا يعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط جائز دون البذل بالاطراف انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان ما ذكره من ان التفاوت المالي يجب ان يعتبر بالانفا مطلقا واما ما ليس تفاوتا ماليا بل موجبا للتفاوت في المنفعة كالشلل فيعتبر بانفا من جهة الاكمل ولا يعتبر بانفا من جهة الانقص بحكم يجب لان العلة التي اقامها على ان الثاني لا يعتبر من جهة الانقص وهي انه اسقاط والاسقاط جائز في الاطراف دون البذل متمشية بعينها في الاول ايضا اذ لا شك انه كما يجوز للانسان اسقاط حقه في المنفعة يجوز له اسقاط حقه المالي ايضا بلا تفاوت بينهما فينبغي ان لا يعتبر التفاوت المالي ايضا بانفا من جهة الانقص واما ثانيا فلان كون الشلل مما لا يوجب التفاوت المالي ممنوع كيف وقيمة اليد تتفاوت بالصحة والشلل قطعا فان الشرع جعل ارش اليد الصحيحة نصف دية النفس وجعل ارش اليد الشلاء حكومة عدل كما صرحوا به في الديات واشار اليه صاحب العناية

قيل من خرجه اذ استوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاجة تستوجب بالخيار لنقصان حقه ثبت بيقدر من ... وان
اخذ الارش ان الشجة موجبة لكونه شينة وزرد الشين بزيادتها وفي استيفائه تمكين في الشاجة زيادة على الاصل والحق من الشين باستيفاء حقه وفي الشجة ينتقص
فيجبر في الشاجة والعين وفي حكمه خير ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كما التصرف في غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الراس وهي تعد من جهته الى قفاه ولا تبلغ قصاصه
لخيار لان المعنى لا يختلف **قال** والقصاص في سن ولا في الذكر وعن ابي يوسف انه اذا قطع من اصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة
الا ان القطع حشفة لان موضع القطع معلوم كالمفصل او قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كله او بعضه لانه لا ينقبض وينبسط
حد بعرض فيمكن اعتبار المساواة والشفة اذا استوعبها القطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة فيها اما اذا قطع بعضها لا يتعذر اعتبارها **فصل** قال اذا اصطلح القاتل واولياء المقتول
من عفو القصاص ووجب المال فيه لان كثير القوم اذا عفى له من نصيبه الا ... ليل ان ... في نصيبه ... عليه السلام من قتل قتيلا فله ... والمراد والله اعلم الاخذ بالرضا على ما يراه وهو الصلح بعينه

هنا ايضا حيث قال في اثناء تعليل المسئلة التي نحن فيها ولان ارش الاطراف مختلفة فصارت كالصحيح والاشل وقال صاحب النهاية في دفع
الاشكال المذكور قلنا نعم اذا كان التفاوت بسبب حسي كالشلل وفوات بعض الاصابع فهو كما قلت يعني يمنع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس
واما اذا كان التفاوت بمعنى حكمي فانه يمنع استيفاء كل واحد منهما بصاحبه كاليمين مع اليسار وهذا المعنى وهو ان التفاوت اذا كان لمعنى حسي فمن له
الحق اذا رضي بالاستيفاء يجعل متبرعا بالبعض حقه مستوفيا لما بقي وذلك جائز ولهذا لا يستوفي الاكمل بالانقص وان رضي به القاطع لانه يكون
بالرضى باذلا للزيادة ولا يحل استيفاء الطرف بالبذل فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكمي فلا وجه لتمكنه من الاستيفاء ههنا بطريق اسقاط البعض
لا بطريق البذل انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية اقول وفيه ايضا بحث اذ الفرق بين التفاوت الحسي وبين التفاوت
الحكمي في استيفاء الانقص بالاكمل تحكم ايضا فانه اذا تقرر التفاوت بين الشيئين بالكمال والنقصان فصاحب الاكمل ان رضي بان يستوفي
الانقص من صاحب الانقص بمقابلة الاكمل ليصير مسقط البعض حقه مستوفيا لما بقي بالضرورة سواء كان سبب ذلك التفاوت امرا حسيا او امرا
حكميا واما صاحب الانقص فان رضي بان يستوفي منه صاحب الاكمل بمقابلة الانقص ليصير باذلا للزيادة حقه بالضرورة ايضا بلا تفاوت
بين كون سبب التفاوت حسيا او حكميا والبذل في الاطراف غير جائز بلا خلاف واما اسقاط الحق بالرضا والاختيار فجائز في جميع الامور فلا مجال
للفرق المزبور فان قلت السبب الحكمي لا يفيد التفاوت الحقيقي واسقاط البعض وبذل الزيادة فرع التفاوت الحقيقي فهذا مدار الفرق المذكور
قلت لا نسلم ان اسقاط بعض الحق وبذل زيادته فرع التفاوت الحسي الحقيقي فان كثيرا من الحقوق الشرعية الغير الحسية يجري فيها الكمال والنقصان
فلا جرم يكون الرضى بالناقص فيها عند استحقاقه الكامل اسقاطا لبعض الحق ويكون ايفاء للكامل منها بذل الناقص بذل للزيادة كيف وكيف
ذلك لزم ان لا يتم اصل دليل المسئلة التي نحن بصددها فان مدار ذلك على انعدام التماثل في الاطراف بتحقق التفاوت الحكمي بينها وقال صاحب الكفاية
في دفع ذلك الاشكال قلنا شرع القصاص في الاصل لتعمد المساواة فان كان النقصان ثابتا باعتبار الاصل كنقصان طرف الانثى والعبد من
طرف الذكر والحر منع شرع القصاص لانتفاء محله وان كان التساوي في الاصل ثابتا والتفاوت باعتبار امر عارض كان القصاص مشروعا
فيمنع استيفاء الكامل بالناقص دون عكسه اذا رضي به صاحب الحق انتهى وتقرب من هذا رأي تاج الشريعة في الفرق بين المسئلتين اقول وفيه
ايضا بحث لانه ان اريد ان شرع القصاص لتعمد المساواة بحسب الاصل ولا اعتبار للتفاوت بحسب امر عارضي يلزم ان يجوز استيفاء الكامل
وهو الصحيح بالناقص وهو الاشل كما يجوز عكسه لانهما متساويان بحسب اصل الخلقة والتفاوت بينهما بحسب امر عارض وهو الشلل مع انه لا يجوز
استيفاء الكامل بالناقص بلا ريب وان اريد ان شرع القصاص لتعمد المساواة من كل الوجوه لكن يجوز استيفاء الناقص بالكامل اذا رضي
صاحب الحق به لرضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه لا لتحقق المساواة المعتبرة في شرع القصاص فمع ابا عبارة الجواب المذكور عنه جدا يلزم
ان يجوز استيفاء طرف المرأة لطرف الرجل ايضا اذا رضي الرجل به لوجود رضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه في هاتيك الصورة ايضا مع
انه لا يجوز عندنا اصلا فتامل حق التامل فلعل حل هذا المقام على وجه يرتفع به الاشكال عنه بالمرة مما تكلب فيه العبارات

فصل قال في العناية لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها اتبعه ذلك في فصل على حدة انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان
الصلح عن القصاص مسئلة واحدة من مسائل هذا الفصل وبيان وجه اتباع هذه المسئلة وحدها لا يكفي في اتباع جميع ما شمل هذا الفصل

ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على احسان الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكرا حالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد قال وان كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر مولى العبد رجلا بان يصالح عن دمها على الف درهم ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان لان عند الصلح اضيف اليهما واذا عفى احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي رحمه الله في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت

من المسائل الكثيرة المختلفة كما ترى واما ثانيا فلان كون تصور الصلح عن الجناية بعد تصور الجناية وموجبها انما يقتضي مجرد اتباعه ذلك وتاخيره عنه لا ذكره في فصل على حدة فما معنى قوله في تالي الشرطية المذكورة اتبعه ذلك في فصل على حدة **قوله** ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا اقول للقائل ان يقول لا يلزم من جريان الاسقاط عفوا فكذلك تعويضا ايضا فيه الا يرى ان للشفيع اسقاط حق شفعته بلا عوض بعد ان ثبت له حق الشفعة ولا يصح ان يصالح عن حق شفعته على مال كما مر في كتاب الصلح فالمتامل في الدفع **قوله** واذا عفا احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية اقول في عبارة الكتاب هنا فتور الاول ان كلمة عفا تعدى بعن وقد عداها في الكتاب بمن حيث قال من الدم والثاني ان يقال صالح عن كذا على عوض وذكر في الكتاب كلمة من موضع كلمة عن حيث قال او صالح من نصيبه على عوض والثالث ان عبارة النصيب في قوله او صالح من نصيبه توهم تجري القصاص لان النصيب هو الحصة وقد تقرر فيما مر ان القصاص غير متجزئ فيثبت كملا لكل واحد من اولياء القتيل فالاظهر في وضع هذه المسئلة ان يقال واذا عفا احد الشركاء عن الدم او صالح عن حقه على عوض سقط حق الباقين في القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية والتعبير بالنصيب انما اصاب المحز في قوله وكان لهم نصيبهم من الدية لان الدية متجزئة لكونها من قبيل الاموال وكان لكل واحد منهم نصيب منها بقدر حقه من الارث واما حق التعبير في شان القصاص فان يذكر لفظ الحق بدل لفظ النصيب كما نبهنا عليه وعن هذا قال المصنف عند تقرير دليلنا على هذه المسئلة ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا تجزي **قوله** واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي في الزوجين قال صاحب النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على انه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعا عندهما ونقل عن المبسوط والايضاح ما يدل على ان خلاف مالك في الزوجين في الدية خاصة واما في حق القصاص ففيه خلاف ابن ابي ليلى في الزوجين ونقل عن الاسرار ان الشافعي يقول الاخط للنساء في استيفاء القصاص لهن حق العفو ثم قال وبهذا يعلم ان ما ذكره في الكتاب من انه لا حق للزوجين في القصاص والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والايضاح والاسرار اقول فيه نظر لان ما ذكر في الكتاب انما يكون مخالفا لرواية تلك الكتب لو كان معناه انه لا حق للزوجين في القصاص والدية جميعا عند مالك والشافعي وهو غير مسلم لجواز ان يكون قول المصنف خلافا لمالك والشافعي في الزوجين متعلقا بقوله وكذا الدية وحده لا بمجموع قوله واصل هذا ان القصاص حق لجميع الورثة وكذا الدية ولا يخلو عن نوع ارشاد اليه فصل قوله وكذا الدية بذكر لفظ كذا اذ لو كان مراده الجمع بين القصاص والدية في بيان الخلاف ايضا فقال واصل هذا ان القصاص والدية حق جميع الورثة خلافا لمالك والشافعي في الزوجين وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قوله خلافا لمالك والشافعي في الزوجين فعندهما لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيئا لان زوجيته بعد الموت والزوجية ينقطع به انتهى حيث لم يتعرض للقصاص في شرح ذلك ويوافقه تحرير صاحب الكافي هنا حيث قال والاصل ان القصاص حق الورثة وكذا الدية وقال مالك والشافعي لا يرث الزوجان من الدية شيئا انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وهو مؤاخذة ضعيفة لانه لا يلزم من المخالفة لهما عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهما ما نقله انتهى اقول بل ما ذكره نفسه ضعيف لان صاحب النهاية لم يدع عدم صحة ما في الكتاب بالكلية بل اراد بيان مخالفته لما في الكتب الثلثة المعتبرة المقبولة بين الفقهاء لا سيما المبسوط والاسرار فان صاحبيهما من اساطين الائمة ولا نسلم ان المشهور من مذهب مالك والشافعي ان ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعا بل المشهور من مذهبهما ما ذكر

ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امرأة اشيم الضبابي من دية زوجها اشيم ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة الزوجية تنفي ابد الموت مستكملا حق الارث ويثبت بعد الموت مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت الحكم لكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما اذا قتل رجلين عفى احد الوليين لان الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتيل والمقتول وههنا واحد لاتحادهما واذا سقط القصاص يتعين نصيب الباقين بالاتلاف لانه امتنع بمعنى الحرية القائم والبدل العافي شيء من المال لا اذا سقط حقه فيعدل نصيبه الى الدية ويجب من مال في ثلث سنين قال زفر يجب في سنتين فيما اذا كان بين الشريكين وعفى احدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا اخطأ ولنا ان هذا بعض بدل الدم كله مؤجل الى ثلث سنين وكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو مستثنى في الشرع ويجب في ماله لانه عمد قال واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم

في ذكر في تلك الكتب فالاوجه التوفيق بين ما ذكر فيها وبين ما ذكر في الكتاب بما بينا هنا عليه انفا **قوله** ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امرأة اشيم الضبابي من دية زوجها اشيم اقول فيه شيء وهو ان هذا الدليل لا يفيد تمام المدعى ههنا فانه انما يدل على ثبوت الاستحقاق بالزوجية في حق الدية ولا يدل على ثبوت ذلك في حق القصاص والعفو ههنا هو الثاني وانما ذكر الاخر استطرادا كما ترى **قوله** ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة اقول فيه ايضا شيء وهو ان هذا التعليل وان كان يتمشى في القصاص ايضا الا انه لا يتمشى فيه الى اصل حقيقة وانما يتمشى فيه على اصل ابي يوسف ومحمد فانه سيجيء في اول باب الشهادة في القتل ان القصاص طريقه طريق الوراثة عندهما كالدين والدية واما عنده فطريقه طريق الخلافة دون الوراثة فلا يصح ان يقال من قتله انه حق يجري فيه الارث مع ان المدعى ههنا وهو قوله واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية مما اتفق عليه ائمتنا فالحقه فكيف يتم تعليل المتفق عليه بالمختلف فيه وقول المصنف في تتمته حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصبي وابن الابن لا يجدي نفعا لانه انما يدل على جريان الارث فيه من غير المقتول ولا كلام فيه اذ لا خلاف فيه بين ائمتنا الثلثة فان حق القصاص هناك يثبت عندهم جميعا للمورث الغير المقتول قبل موته وراثة من المقتول عندهما وخلافة عنه للوراثة عند ابي حنيفة بخلاف المقتول فان حق القصاص لا يثبت له قبل موته عنده بل انما يثبت عنده بعد موته لورثته ابتداء لتشفي الصدر كما ستطلع على تفصيله في بابه والكلام ههنا في ورثة نفس المقتول فلا يتم التقريب على اصله فليتامل ثم ان صاحب العناية قال في شرح هذا التعليل واما الثاني فلانهما موروثان كسائر الاموال بالاتفاق فيجب ان يكون في حق الزوجين كذلك لان وجوبهما اولا للميت ثم يثبت للورثة ولا يقع للميت الا بان يسند الوجوب الى سببه وهو الجرح فكانا كسائر الاموال في ثبوتهما قبل الموت انتهى اقول قد زاد هذا الشارح ههنا نغمة في الطنبور حيث زاد فسادا على فساد ولانه مع اثباته في تضاعيف شرحه بما يقرر ان لا يتم هذا التعليل على اصل ابي حنيفة وهو قوله لان وجوبهما اولا للميت ثم يثبت للورثة صرح بانهما يعني القصاص والدية موروثان كسائر الاموال بالاتفاق وقد عرفت ان القصاص ليس بموروث من المقتول عند ابي حنيفة بخلاف سائر الاموال فالتصريح بالاتفاق فساد فوق فساد والله الهادي الى سبيل الرشاد **قوله** واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم قال صاحب النهاية هذا جواب الاستحسان وفي القياس لا يلزمهم القصاص لان المعتبر في القصاص المساواة لما في الزيادة من الظلم على المعتدى وفي النقصان من الخس بحق المعتدى عليه ولا مساواة بين العشرة والواحد هذا شيء يعلم ببداهة العقل فالواحد من العشرة يكون مثلا للواحد فكيف تكون العشرة مثلا للواحد وايد هذا القياس قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس ولكن تركنا هذا القياس لما روي ان سبعة من اهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رض بالقصاص عليهم وقال لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم انتهى كلامه اقول فيه بحث لانه صرح بان هذا القياس مؤيد بقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقال في بيانه وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس فعلى ذلك يلزم من ترك هذا القياس ترك العمل بمدلول الآية المذكورة وذا لا يجوز بما روي عن عمر رضي الله عنه لان عمر رض ابكان منفردا في قضائه وقوله المزبور بن فظاهر لان قول صحابي واحد وفعله لا يصلحان المعارضة لكتاب الله تعالى فضلا عن الرجحان عليه وان انضم اليه اجماع الصحابة حيث كانوا متوافرين ولم ينكر عليهم احد منهم فحل محل الاجماع كما صرح به في العناية وغيرها فكذلك اذ قد تقرر في علم اصول الفقه

ولان القتل بطريق التغالب غالب القصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء اذا قتل واحد جماعة فحضر اولياء المقتولين قتل بجماعتهم ولا شئ لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب للباقين المال ان اجتمعوا ولو بعرف الاول قتل الجميع وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل من خرجت قرعته له ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا انه عرف بالشرع في ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال في التماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولا نوجه من كل واحد منهم جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو لا يتجزى

ان الاجماع لا يكون ناسخا للكتاب ولا السنة كما لا يكون القياس ناسخا لشئ منهما فالحق في اسلوب تحرير هذا المقام ان لا يتعرض لحديث كون الاية المذكورة مؤيدة لما هو مقتضى القياس في هذه المسئلة او ان يبين عدم المنافاة بين مدلول تلك الاية وبين جواب الاستحسان هنا وسيجيء منا الكلام في التوفيق بينهما بعيد هذا القول **قوله** ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء وقال صاحب العناية لقائل ان يقول ما ذكرتم من المعقول ان لم يكن قياسا على مجمع عليه لا يكون معتبرا في الشرع وان كان فلا يرد على القياس المقتضي لعدم المؤيد لقوله تعالى ان النفس بالنفس والجواب انه قياس على سائر ابواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من افعال العباد ويرد على ذلك بقوة اثر الباطن وهو احياء حكمة الاحياء وقوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق الروح الغير المتجزي كشخص واحد انتهى كلامه اقول فيه نظر لان جعل الاشخاص المتعددة الذوات في الحقيقة كشخص واحد بمجرد صدور ازهاق الروح الغير المتجزي عن مجموعهم وجعلهم مساويين لشخص واحد بحيث يتحقق بين ذلك الشخص الواحد وبين هؤلاء الجماعة مماثلة معتبرة في القصاص بعيد جدا عن مساعدة العقل والنقل وايضا ينافي هذا ما سيأتي في تعليل المسئلة الاتية من ان الاصل عندنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فكان الصادر منهم بهذا الاعتبار قتلات متعددة على عدد رؤسهم فحصلت المماثلة المعتبرة في القصاص والحق عندي ههنا ان يقال ان قوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافي ما قالوا في هذه المسئلة اذ لا دلالة فيه على اعتبار الوحدة في النفس بل فيه بمجرد مقابلة جنس النفس بجنس النفس كما ترى والمقصود منه الاحتراز عن ان القيص النفس بغير النفس كما في قوله والعين بالعين والانف بالانف ونحوهما واما انه هل تحقق المماثلة المعتبرة في القصاص عند تعدد النفس في جانب القاتل والمقتول فانما يستفاد ذلك من دليل اخر الا يرى ان العين اليمنى لا تقتص بالعين اليسرى وكذا العكس مع ان قوله تعالى والعين بالعين لا يدل عليه نظرا الى ظاهر اطلاقه بل انما يستفاد ذلك من دليل اخر فكذا ههنا تبصر **قوله** ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال في التماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص اقول فيه اشكال اما اولا فلان كون كل واحد منهم قاتلا بوصف الكمال امر متعذر لاستلزامه توارد العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص وهو محال كما تقرر في موضعه واما ثانيا فلان شراح الكتاب وغيرهم صرحوا في الفصل الاول بان جواب المسئلة جواب الاستحسان والقياس لا يقتضيه لان المعتبر في القصاص المماثلة ولا مماثلة بين الواحد والجماعة قطعا بل بديهة لكنا تركنا القياس باجماع الصحابة على قتل جماعة بواحد فالقول ههنا بتحقق التماثل في الفصل الاول ايضا ينافي ذلك اذ يلزم حينئذ ان يكون جواب المسئلة ههنا كجواب القياس والاستحسان معا فان قلت ليس المراد ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال حقيقة بل المراد ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال في اعتبار الشرع تحقيقا للمماثلة المعتبرة في القصاص فيحصل الجواب عن وجهي الاشكال معا قلت توارد العلتين المستقلتين بالاجتماع على معلول واحد بالشخص ممتنع عقلي واعتبار الشرع ما هو ممتنع الوقوع واقعا مما لا وقوع له في شئ ولو فرضنا وقوعه لا يظهر له فائدة فيما نحن فيه لانهم صرحوا بان شرع المماثلة في القصاص لئلا يلزم الظلم على المتعدي على تقدير الزيادة ولئلا يلزم البخس بحق المتعدى عليه على تقدير النقصان لا شك ان الظلم والبخس انما يندفعان بتحقق المماثلة الحقيقية واما في مجرد اعتبار غير المماثل مماثلا فلا يخلو الامر عن الظلم والبخس حقيقة وهذا غير واقع بل غير جائز في احكام الشرع **قوله** ولانه وجد من كل واحد جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل واحد منهم اذ هو لا يتجزى اقول لقائل ان يقول حاصل هذا الدليل بيان وجه قوله في الدليل الاول ان كل واحد منهما قاتل بوصف الكمال فلا وجه

ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به قال ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص لفوت محل الاستيفاء اشبه موت العبد الجاني وبيانه
فيه خلاف الشافعي رح اذا لواحد بعد عنده قال واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي رح يقطع يد ايهما او المفرض اذا اخذ
بسكينه الجراحة على يده حتى انقطعت له الاعتبار لا نفس ولا يده بالقطع بها واخذت حكومة ارش الجرح ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتبارهما
جميعا فيضاف الى كل واحد منهما البعض ثم لا تاثير لاختلاف النفس في الازهاق لا يجري ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الفوت والاجتماع على قطع اليد من المفصل زجرا للندة لانقطاع
الى مدة بطيئة فيحتمل الفوت قال وعليهما نصف الدية لانه دية اليد الواحدة وما قطعاها وان قطع واحد يمنى رجلين يحضر فيها ان يقطع يده واخذ منه نصف الدية يقتسمانه نصفين
سواء قطعهما معا او على التعاقب وقال الشافعي رح في التعاقب يقطع يد الاول وفي القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كما لو مر بعد الزهق وفي القران يد الواحد لا تحتمل
فترجح بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالقرعين في التركة والقصاص يملك الفعل يثبت مع الشك فلا يظهر الا في حق الاستيفاء اما المحل في كونه ذا العمدين بمنزلة الثاني بخلاف الارش
لان الحق ثابت في المحل اصالة اذا اشتبه المستحق عينيهما على التعاقب فيستحق نصف قيمتها وان حضر واحد منهما فقطع يده فلا نزاع عليه نصف الدية لان الحق اصالة يستوفي بثبوت حقه ويرتد حق الغائب واذا استحق
لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الاخر في الدية لانا وفينا به حقا مستحقا قال واذا قال العبد بقتل العمد لزمه القود وقال فرده لا يصح اقراره لانه يبطل حق المولى بالابطال فصار كما اذا اقر بالمال لعبد غيره
متهم فيه لانه مضر به فيقبل ولان الصلة مبقى على اصل الحرية في حق الدم على الادمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحدود والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالي به ومن مر في جانب الفقه
السهم عند الاخر فانا نعتبر القصاص للاول والدية للثاني حتى لو قتله لان الاول عمد والثاني اخذ نوعي الخطا كاذا رمى الى صيد فاصاب ادميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر

لجعله دليلا مستقلا معطوفا على الدليل الاول بقوله ولانه وجد من كل واحد الى اخره ثم ان صاحب العناية قال في شرح هذا الدليل يعني ان القتل جرح
صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث لو انفرد عن الباقين كان قاتلا لصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لا بد من الاضافة
اليها فاما ان يضاف اليها توزيعا او كملا والاول باطل لعدم التجزي فتعين الثاني ولهذا لو قال حلف جماعة كل واحد منهم ان لا يقتل فلانا فاجتمعوا
على قتله حنثوا انتهى اقول فيه نظر لانه لا يلزم من ان لا يجوز اضافة القتل الى تلك العلل توزيعا بناء على ان القتل لا يتجزى تعين ان يضاف الى كل واحد منهم كملا بل يجوز ان يضاف كملا
الى مجموع تلك العلل من حيث هي مجموع بل هو الظاهر لئلا يلزم تواردا العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص فحينئذ لا يتم المطلوب
كما لا يخفى ويمكن توجيه مسئلة الحلف بان مدار الايمان على العرف كما صرحوا به في محله فاذا اجتمعت جماعة على قتل رجل ووجد من كل واحد منهم جرح
صالح لازهاق الروح يقال لكل واحد منهم في العرف انه قتل فلانا وان كان القتل في الحقيقة كملا مضافا الى مجموعهم من حيث هو مجموع فيجوز ان يكون
مناخنث كل واحد منهم في مسئلة الحلف على العرف واما القصاص فالمعتبر فيه الحقيقة لا غير ثم اقول كل واحد من ذينك الدليلين المذكورين في
الكتاب انما يتمشيان فيما اذا حضر اولياء المقتولين وقتلوا القاتل جملة واما فيما اذا حضر واحد منهم وقتل القاتل وحده فسقط حق الباقين كما ذكر
ايضا في الكتاب فلا يتمشيه لشيء منهما اذ لا يتصور ان يقال لاحد من الباقين الغير الحاضرين الذين لم يباشروا القتل اصلا انه قاتل فضلا عن
ان يقال له انه قاتل بوصف الكمال وكذا لا يتصور ان يقال لاحد منهم انه وجد منه جرح صالح للازهاق فينبغي ان يجب الباقين المال في هذه الصورة
فليتامل قوله ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به اقول فيه كلام وهو ان تحقيق الاحياء حكمة القصاص وبمجرد
حصول حكمته لا يتم امره بل لا بد من حصول شرائطه ايضا ومن جملتها المماثلة الا يرى انه لا يقتل المسلم ولا الذمي بالمستامن وكذا لا يقتل
احد بولده ولا بولد ولده ولا بعبده ولا بمدبره ولا بمكاتبه الى غير ذلك مع ان حصول تحقيق الاحياء متصور في جميع ذلك وانما لا يجب القصاص في
تلك الصور لانتفاء بعض شرائطه او تحقيق بعض موانعه وعند الشافعي رح ان قال فيما نحن فيه ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه
قتل واحد فلم يوجد التماثل الذي هو مبنى القصاص كيف يتم ان يقال في مقابلته قد حصل تحقيق الاحياء بقتله فاكتفى به ولعل صاحب الكافي فهم ضعف
هذا التعليل حيث ترك ذكره مع كون عادته ان يقتفي اثر صاحب الهداية قوله لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطا قال صاحب العناية هو خطا في القصد
اقول هذا خبط ظاهر اذ قد مر في الكتاب ان الخطا على نوعين خطا في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو ادمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطا في
القتل وهو ان يرمي غرضا فيصيب ادميا ولا شك ان ما نحن فيه من قبيل الثاني دون الاول ومن البين فيه قول المصنف هنا كانه رمى الى صيد فاصاب ادميا
قوله والفعل يتعدد بتعدد الاثر قال صاحب العناية قيل فان الرمي اذا اصاب حيوانا ومزق جلده يسمى جرحا وان قتله يسمى قتلا وان اصاب الكوز وكسره يسمى
كسرا فكذلك يجوز ان يكون بالنسبة الى المحل عمدا وبالنسبة الى اخر خطا وفيه نظر لان ذلك تسمية الفعل الواحد باسماء مختلفة بالنسبة الى المحال والنزاع
فيه انما الكلام في ان تعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين انتهى اقول نظيره ساقط اذ الظاهر ان ما ذكره ذلك القائل تسمية الفعل الواحد بحيثيات اسماء قيود مختلفة واوصاف متضادة اليها اسماء
مختلفة لا تسمية ذلك الفعل الواحد من حيث هو فعل واحد بتلك الاسامي المختلفة الا يرى الى الرمي من حيث انه اصاب الكوز لا يسمى جرحا ولا قتلا بل يسمى كسرا وكذا من حيث
انه اصاب حيوانا ومزق جلده او قتله لا يسمى كسرا بل يسمى جرحا او قتلا واذا تقرر ان اختلاف تلك الاسامي باختلاف الاوصاف المنضمة الى ذلك
الفعل تقرر انتفاء مسميات تلك الاسامي ايضا فكان مناسبا لما نحن فيه مفيدا له ثم ان قوله وانما الكلام في ان تعدد الفعل الواحد فيصير فعلين

فصل قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ او قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ او قطعه يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الاخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطأين يجمع بالاجماع لامكان الجمع والكفي بدية واحدة وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده فان شاء الامام قال اقطعه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يقتل ولا يقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما ولابي حنيفة ان الجمع متعذر اما لاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر اذ لان الخر يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين عجز القود على الخاز قصاصا لا لتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالخز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان اما القطع والقتل قصاصا فيجتمعان **قال** ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة لان البرأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت معتبرة في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة رح وعن ابي يوسف في مثله حكومة عدل وعن محمد رح ان يجب اجرة الطبيب وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحه وبقي له اثر تجب حكومة العدل لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس **قال** ومن قطع يد رجل وعفا المقطوع يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال هذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا عفى عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا وعلى هذا الخلاف اذا عفى عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات لهما ان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر والقتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن احد موجبيه ايهما كان

متضادين ان اراد به ان الكلام فيه بل لا نسلم امكان ذلك وان اراد به ان الكلام في ان يشتمل الواحد بتعدد الاوصاف المتضادة المنضمة اليه فهو مسلم لكن هذا التعدد يحصل قطعا بتعدد الاسامي تعددا ناشيا من تعدد المسميات بالحيثيات المختلفة كما هو الواقع ومراد ذلك القائل كما عرفت انفا ثم قال صاحب العناية و لقائل ان يقول الخطأ يستلزم اباحة لكونه سببا للكفارة وهو لا يكون امرا واثرا بين الحظر والاباحة ولم يوجد هنا والجواب ان الخطأ هو تحقق الجناية في انسان مخالف لظن الجاني كمن رمى الى شيء يظنه صيدا فاذا هو انسان او لقصده مطلقا كمن رمى الى هدف فاصاب انسانا وكالذي نحن فيه والرمي بالنسبة الى المخالف لهما كالرمي لا الى معين في ذلك مباح لا محالة انتهى اقول في تحرير جوابه نوع خلل فان تمثيل قوله او لقصده مطلقا بقوله كمن رمى الى هدف فاصاب انسانا وكالذي نحن فيه يشعر بان يكون الاصابة لانسان عند الرمي الى هدف وكذا ما نحن فيه من قبيل الخطأ في القصد وليس كذلك قطعا اذ كل منهما من قبيل الخطأ في الفعل كما بينا من قبل

فصل لما ذكر حكم الفعل الواحد ذكر في هذا الفصل حكم الفعلين لان الاثنين بعد الواحد كذا في الشروح **قوله** ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده الى اخره اقول لقائل ان يقول اذا اختلف حكم الفعلين بان يكون احدهما عمدا والاخر خطأ يعطى كل واحد حكم نفسه سواء تخلل بينهما التبرأ ولم تخلل كما سينكشف في الاصل الاتي ذكره فيكون قوله قبل ان تبرأ يده في وضع هذه المسئلة مستدركا لاتمام جوابها وهو ان يؤخذ بالامرين جميعا بدون ذكر ذلك القيد بل يوهم ذكره ان لا يكون الجواب كذلك فيما بعد ان تبرأ يده بناء على ان تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرح به وعن هذا قال في وضع المسئلة الثانية او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ بدون ذكر ذلك القيد ثم اقول يمكن ان يقال فائدة ذكر ذلك القيد في المسئلة الاولى التنبيه من اول الامر على ان تخلل البرء ليس بمؤثر فيما اذا اختلف الفعلان فانه اذا اعطى كل واحد منهما حكم نفسه فيما اذا تخلل البرء فيما اذا تخلل ذلك اولى وبهذا يندفع ان لا يكون الجواب فيما اذا تخلل البرء كالجواب فيما اذا لم تخلل فان تخصيص الشيء بالذكر انما يدل في الروايات على نفي الحكم عما عداه ان لو لم يكن ما عداه اولى بثبوت الحكم المذكور له واما اذا كان كذلك فيدل على اشتراك ما عداه معه في الحكم المذكور بالاولوية بطريق الاولى النص بلا ريب وما نحن فيه من هذا القبيل ثم انه لما حصل التنبيه على ذلك في المسئلة الاولى حصل الاستغناء عنه في المسئلة الثانية لاشتراكهما في اختلاف الفعلين ولهذا لم يذكر ذلك القيد فيها ثم لما جاء الى المسئلة الثالثة والرابعة قيد بهما تخلل البرء لتجانس الفعلين عمدا او خطأ فيهما فلا بد في الاخذ بالامرين جميعا من تخلل البرء في البين **قوله** فصار تخلل البرء قال بعض الفضلاء منقوض بما اذا كان كلاهما خطأ اقول كيف يكون منقوضا بذلك وقد تداركه المصنف صراحة فيما بعد حيث قال وبخلاف ما اذا كانا خطأين وعلله بتعليلين بازاء تعليلي ابي حنيفة ما اذا كانا عمدين وتعليله الثاني وهو قوله ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل الى اخره وقع قطعا لتوهم انتقاض قوله فصار تخلل البرء بما اذا كان خطأين تامل تفهم وقال صاحب معراج الدراية فان قيل لو كان بمنزلة تخلل البرء ينبغي ان لا يكون للامام خيار كما لو تخلل البرء قلنا المسئلة مجتهد فيها فالقاضي يقضي على وفق رايه

اذا لم تخلل

الاولى

ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا عن نوعيه وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا ولان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل النفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل بالسراية تبين ان الواقع قتل حقيقة وتحقق موجب ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد الا ان في الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود ولا نسلم ان الساري نوع من القطع وان السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا اذن بذلك اطلاقه الا انه ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال

أقول في الجواب نظر فان قول المصنف بعد بيان خيار الامام وهذا عند ابي حنيفة يأبى هذا الجواب جدا فان قضاء القاضي في المسئلة المجتهد فيها على وفق رأيه ليس بقول ابي حنيفة فضلا عن صاحباه ايضا يقولان به كما لا يخفى على العارف بمسائل الفقه ثم ان هذا كله على تقدير ان يكون الخيار للامام عند ابي حنيفة اذا كان الخيار للولي عنده كما ذكره شمس الائمة السرخسي ونقل عنه الشراح قاطبة حتى قال صاحب الغاية بعد نقل ذلك عنه فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه بين لهم ان لهم الخيار فلا تمشية راسا للسؤال على الوجه المذكور نعم يرد ان يقال فما معنى قول ابي حنيفة في هذه المسئلة بان للولي الخيار مع الجزم في المسائل السابقة بان يؤخذ بالامرين جميعا وعلة تعذر الجمع متحققة في الكل عنده بلا تفاوت كما تبين في الكتاب **قوله** ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر وكان العفو عنه عفوا عن نوعيه أقول اسلوب التحرير يقتضي ان يكون ما سبق دليلا تاما لها وهذا ايضا دليلا آخر مستقلا لها لكن لا يخفى على الفطن ان ما سبق لا يتم دليلا لها بدون انضمام هذا اليه لانه اذا لم يتقرر ان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر لا يتقرر كون القتل احد موجبي القطع فانه اذا لم يتناول اسم القطع الساري ايضا لا يتصور كون القتل احد موجبي القطع اذ لا يحتمل ان يكون القطع المقتصر موجبا للقتل ايضا تدبر **قوله** وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس قلت وكان ينبغي ان يقول وكان الظاهر ان يجب القصاص بدل قوله وكان ينبغي ان يجب القصاص لان الذي ينبغي هو موجب الاستحسان دون موجب القياس الا ان موجب القياس هو الظاهر في بادي الرأي **قوله** ولو كان القطع خطأ فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا قال جمهور الشراح في بيان هذه الوجوه وهي الوجوه الاربعة التي هي العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية انتهى أقول ليس هذا بسديد لان معنى كلام المصنف ههنا ان محمدا رح اجرى القطع خطأ مجرى العمد في هذه الوجوه المذكورة في المسئلة المارة التي هي من مسائل الجامع الصغير والعفو عن الشجة لم يكن مذكورا في كلام محمد في الجامع الصغير قط وانما ذكره فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير حيث قال وكذلك الاختلاف في الضرب والشجة والجراحة في اليد واما شبه ذلك وكذا ذكره المص في الهداية دون البداية وحيث قال وعلى هذا الاختلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس مات المصنف ههنا بصدد بيان ما يتناوله كلام محمد في المسئلة المارة التي هي مسئلة الجامع الصغير فكيف يتصور درج العفو عن الشجة في مضمون ذلك كما فعله جمهور الشراح حيث فسروا هذه الوجوه بقوله فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه بما يشمل العفو عن الشجة ايضا فالوجه ان مراد المصنف بهذه الوجوه نفس الوجوه الثلثة وهي العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الجناية لان هذه الثلثة هي المذكورة في مسئلة الجامع الصغير واما العفو عن الشجة فقد ذكره المصنف فيما مر استطرادا وبين ان حكمه كحكم ما ذكر في مسئلة الجامع الصغير اخذا مما ذكره فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير **قوله** اذن بذلك اطلاقه اي علم بذلك اطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفى المقطوع يده عن القطع حيث لم يتعرض للعمد ولا للخطأ فكان متناولا لهما كذا في عامة الشروح قال صاحب الغاية بعد ان شرح المقام كذلك هذا تقريرا اقتضاه كلام صاحب البداية وذلك ممنوع عندنا لان محمدا قيده بالعمد في اصل الجامع الصغير كما ذكرنا روايته وكذلك قيد الفقيه ابو الليث وفخر الاسلام والصدر الشهيد وغيرهم في شروح الجامع الصغير بالعمد فلا يصح حينئذ دعوى الاطلاق انتهى واما ما عدا صاحب الغاية من الشراح قالوا ههنا واجابوا حيث قالوا فان قيل لا نسلم ان لفظه مطلق بل هو مقيد بالقطع العمد دليل جواب العمد وهو قوله فعلى القاطع الدية من ماله فانه تبين ان مراده العمد لان الدية في الخطأ على العاقلة قلنا وضع المسئلة مطلق بلا شك اذ القيد غير ملفوظ لكن الجواب انما هو لاحد نوعي القطع فتقديره فعلى القاطع الدية في ماله ان كان القطع عمدا انتهى كلامهم أقول لا يذهب عليك ان جوابهم هذا لا يسمن ولا يغني من جوع اذ لا شك ان مقصود المصنف ههنا بيان احد

لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعادة ارضه اما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث

قال واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان عمدا ففي مالها وهذا عند ابي حنيفة رح لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لاسيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج وان كان يتضمن العفو على ما نبين ان شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف وهذه الصورة

محمد رح القطع خطأ مجرى العمد في احكام هذه الوجوه وفاقا وخلافا ولا ريب ان حكم المسئلة انما يؤخذ من جوابها واذا كان الجواب في لفظ الجامع الصغير مخصوصا بصورة العمد فكيف يؤذن بمجرد اطلاق وضع المسئلة اشتراك نوعي القطع في الحكم اذ لو اذن ذلك اشتراكهما في الحكم المستفاد من الجواب وقوله في ماله انما عن ذلك لا محالة فلا يؤذن للاشتراك قط فلم يتم قول المص اذن بذلك اطلاقه فتامل قوله لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال قال في العناية فيه بحث وهو ان القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة ثم قال والجواب عنه ان المصنف نفى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ولا تنافي بينهما لان حق الورثة انما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس في المال ايضا ان لا يثبت فيه تعلق حقهم الا بعد موت المورث لكن ثبت ذلك شرعا لقوله عليه السلام لا تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم اغنياء انما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فلو لم يتعلق به لم يتصرف فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث انتهى اقول في تقرير البحث المذكور خلل فاحش وفي تحرير الجواب المزبور التزام ذلك اما الاول فلانه سيجيء في اول باب الشهادة في القتل ان القصاص يثبت لورثة القتيل ابتداء لا بطريق الوراثة من المقتول عند ابي حنيفة واما عندهما فيثبت للقتيل ابتداء ثم ينتقل بموته الى ورثته بطريق الوراثة منه كالدين والدية فقوله ان القصاص موروث بالاتفاق كذب صريح وقد مر نظير هذا من صاحب العناية في الفصل السابق ويثبت بطلانه هناك ايضا فتذكر واما الثاني فلانه لم يقع لتعرض فيه لكون القصاص غير موروث من المقتول عندنا مع ان الاعظم قبل سبق الكلام فيه على وجه يشعر بكونه موروثا بالاتفاق الا يرى الى قوله في خاتمته والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث قوله اما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة تعلق به فيعتبر من الثلث قال جمهور الشراح فان قتل القاتل واحد من العاقلة فكيف جوز الوصية بجميع الثلث هنا حتى صح في نصيب القاتل ايضا مع ان الوصية لا تصح للقاتل قلنا انما جوز ذلك لان المجروح لم يقل اوصيت لك بثلث الدية وانما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان معتبرا عما بتداء وذلك جائز للقاتل الا يرى انه لو وهب له وسلم جاز انتهى كلامهم واورد بعض الفضلاء على قولهم الا يرى انه لو وهب له وسلم جاز بان قال فيه بحث لان الهبة في المرض في حكم الوصية على ما سيجيء في كتاب الوصية انتهى اقول ان اراد ان الهبة في المرض في حكم الوصية من كل الوجوه فهو ممنوع الا يرى ان الهبة عقد منجز والوصية عقد معلق بالموت كما صرحوا به وان اراد انها في حكم الوصية في بعض الوجوه لكونها معتبرة من الثلث ونحو ذلك فهو مسلم لكن لا يلزم منه ان لا يصح هبة المجروح للقاتل لعدم صحة وصيته له فلا يجدي قدحا فيما ذكره الشراح في تنوير جوابهم قوله ثم القطع ان كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا قال جماعة من الشراح فان قيل القصاص لا يجري في الرجل والمرأة في الاطراف فكيف يكون هذا تزوجا على القصاص قلنا الموجب الاصلي في العمد القصاص قضية لاطلاق قوله تعالى والجروح قصاص الا انه تعذر الاستيفاء لقيام التفاوت المانع وهو بين في الرجل والمرأة انتهى اقول في الجواب نظر لان اطلاق قوله والجروح قصاص لمثل ما نحن فيه ممنوع فان القصاص مبني على المماثلة وما لا يمكن فيه المماثلة لا يتصور فيه القصاص وعن هذا اذا قطع رجل يد رجل عمدا من غير المفصل لا يجب القصاص لعدم امكان اعتبار المماثلة وقد حقق المصنف هذا المعنى في اول باب القصاص فيما دون النفس بصدد الاستدلال بقوله تعالى والجروح قصاص على وجوب القصاص في قطع يد غيره عمدا من المفصل وقد تقرر فيما مر انه لا مماثلة بين الرجل والمرأة في الاطراف فلا يندرج في قوله تعالى والجروح قصاص ولئن سلم ذلك لزم ان ينتقض الجواب المذكور بما اذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده فاقتصر القطع فانه تصح التسمية فيه ويصير ارش اليد وهو خمسة دراهم مهرا لها بالاجماع صرح به الشراح قاطبة في اول هذه المسئلة وعزاه جماعة منهم الى الامام قاضي خان والامام الحبوبي وقالوا اشار اليه المصنف بقوله ثم مات

واذا سرى تبين انه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية وتجب في مالها لانه عمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه واذا وجب فلها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان كانا على السواء وان كان في الدية فضل ترده على الورثة وان كان في المهر ترده الورثة عليها واذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ثوب اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها قال ولو تزوجها على اليد ما يحدث منها او على الجناية فزوجات من ذلك والتسلم عمد فلها مهر مثلها لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا شيء عليها لانه لما جعل القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه جهة المهر فيسقط اصلا كما اذا اسقط القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط اصلا وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها وهو ثلث ما ترك وصية لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فتكون وصية ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن الحال ان ترجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية وهو لا يهم من اهل الوصية فلا يلزمهم ثلثه فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تخرج يسقط ثلثه

ولو كان الموجب الاصلي هو القصاص في العمد الواقع بين اطراف الرجل والمراة ايضا لزم ان يكون التزوج في صورة الاقتصار ايضا تزوجا على القصاص فلزم ان لا يتم ما صرحوا به من صحة التسمية ولزوم الارش مهرا لها بالاجماع في تلك الصورة كما لا يخفى وقال صاحب العناية وتاج الشريعة فان قيل الجواب في الاطراف بين الرجل والمراة هو الارش وارش اليد معلوم فهو خمسمائة دينار فما المانع عن ان يكون هو المهر قلنا ارش اليد ليس بمتعين لجواز ان يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا فيجب مهر المثل انتهى اقول في جواب هذا السؤال ايضا نظر فانه ينتقض ايضا قطعا بالتزوج على يده في صورة الاقتصار فان ارش اليد يصير مهرا لها هناك بالاجماع كما صرحوا به مع تحقق الجهالة الناشية من عدم تعيين ارش اليد هناك ايضا ثم اقول لو قال المصنف في تعليل صورة العمد ايضا من مسئلتنا هذه مثل ما قال في صورة الخطاء منها من ان يكون هذا تزوجا على ارش اليد اذ القصاص لا يجري في الاطراف بين الرجل والمراة في العمد ايضا عندي واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فوجب مهر المثل لصح وكان سالما عن ان يرد عليه السؤالان المذكوران ولم يحتج الى جوابهما المذكورين في الشروح المختلفين كما بيناه انفا **قوله** واذا سرى تبين انه قتل ولم يتناوله العفو فتجب الدية قال في النهاية فان قلت لم يجب القصاص ههنا على المراة مع ان القطع كان عمدا وهو قتل من الابتداء فانه لما مات ظهر ان الواجب هو القصاص وهو لم يجعل القصاص مهرا لان القصاص لا يصلح مهرا لانه ليس بمال والمهر يجب ان يكون مالا ولما لم يصلح القصاص مهرا صار كانه تزوجها ولم يذكر شيئا وفيه القصاص فكذا ههنا قلت نعم كذلك الا انه لما جعل القصاص مهرا جعل ولاية استيفاء القصاص للمراة ولو استوفت المراة القصاص انما يستوفي عن نفسها لنفسها وذلك محال فان الانسان لا يتمكن من استيفاء القصاص عن نفسه لنفسه لان الشخص الواحد لا يصلح ان يكون مطالبا للقصاص ومطالبا به فسقط القصاص لاستحالة الاستيفاء وبسقط القصاص بقي النكاح بلا تسمية فيجب مهر المثل كما اذا لم يسم ابتداء انتهى اقول لا السؤال شيء ولا الجواب اما الاول فلان وجه عدم وجوب القصاص ههنا على المراة ظاهر من قول المصنف والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه فانه اشارة الى ما ذكره فيما قبل من ان وجوب الدية ههنا دون القصاص على موجب الاستحسان فان صورة العفو اورثت شبهة وهي وارثة للقود فلم يبق محل السؤال عن لمية عدم وجوب القصاص ههنا على المراة واما الثاني فلان القصاص الذي جعل مهرا وجعل ولاية استيفائه للمراة انما هو قصاص اليد دون قصاص النفس كما افصح عنه قول المصنف فيما قبل يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف واذا سرى تبين انه قتل النفس فلم يتناوله ولاية المراة للعلة التي ذكرها المصنف في عدم تناوله العفو الذي يضمنه التزوج فبقي السؤال عن وجه عدم وجوب قصاص النفس على المراة بعد ان تبين ان قطعها صار قتل النفس واما ما ذكر في الجواب المزبور اذ لم يجعل احد ولاية استيفاء قصاص النفس للمراة قط حتى يلزم من وجوب قصاص النفس عليها استيفاؤها القصاص عن نفسها لنفسها **قوله** واذا كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية قال صاحب النهاية والعناية في شرح هذا المحل قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها اي قدر مهر مثلها وقوله ولهم ثلث ما ترك وصية اي وللعاقلة ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية انتهى اقول في التفسير الثاني خلل فان المصنف فصل فيما بعد حال الزيادة على مهر المثل وجعلها صورتين حيث قال فان كانت تخرج من الثلث يسقط وان لم تكن تخرج يسقط ثلثه وعلى ذلك التفسير يلزم ان لا يتناول الكلام المصنف ههنا الصورة الاولى من الصورتين اللتين ذكرهما فيما بعد فان ما يكون وصية لهم في الصورة الاولى منهما جميع ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية لا ثلثه فقط كما لا يخفى وقال صاحب العناية قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها اي قدر مهر مثلها وقوله ولهم ثلث ما ترك وصية

وقال ابو يوسف ومحمد رح كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين قال ومن قطعت يده فاقتص له من اليد
فمات فانه يقتل القاص منه لانه تبين ان الجناية كانت قتل عمد وحق القصاص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود لمن له القود اذا استوفى حقه من عليه القصاص وهو
عن ابي يوسف رح انه يستوفي حقه في القصاص لانه اقدم على القطع فقتله بالاعراء وهو يقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود فلو يكن صدر عنه
باذن القتيل به قال ومن قتل وليه عمدا فعفا عن القود رضي له بالقصاص فلم يقتص فلي قاطعه اليد دية اليد عند ابي حنيفة رح وقال لا شيء عليه اذا استوفى حقه فلا يضمن وقيدنا
لانه استحق اتلاف النفس بتبعيه اجزائها ولهذا لو عفا يقف لا يضمن كذلك اذا سرى وبالاولى اذا عفا وما سرى او قطع فرخر رقبته قبل البرء او بعده وصار تاركا لان القصاص في الطرف يقطع
اصابعه فرخا لا يضمن الاصابع وله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وانه وكان القصاص ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فان له ان يقتصه تبعا واذا سقط وجب المال والا لا يجب في
الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك القصاص في النفس ضرورة ولا يظهر الا عند الاستيفاء او العفو والاعتياض اما انه تضمن فلما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة
بخلاف ما اذا سرى لان الاستيفاء وما اذا لم يسر فما سرى قلنا انما يتبين كونه قطعا بعد رجوع الامر حتى لو قطع وما عفا وما سرى الصحيح انه على هذا الخلاف واذا قطع فرخر رقبته قبل البرء فهو استيفاء
ولو جرحه البرء وعلى هذا الخلاف هو الصحيح ولا صلة وان كانت ثابتة قياما لان الكف ثابت تابعة لها غير ضامن بخلاف الطرف الفائت تابعة للنفس من كل وجه قال ومن له القصاص في
الطرف اذا استوفاه فسرى الى النفس فلا شيء عليه لانه استوفى حقه وهو القطع والاعلى التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص اذ الاخر ان عن السراية
ليس في وسعه فصار كالامام والبراع والجماع والمامور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع قتلا كان قتلا
ولانه جرح افضى الى فوات الحيوة فيجري العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص سقط للشبهة فوجب المال

لهم انتهى اقول مال هذا ايضا ما ذكره صاحب النهاية والعناية وان كانت العبارة مغايرة في التفسير الثاني فانه لما بين ما ترك الميت في قوله ثلث ما ترك
الميت لقوله من الدية تعين ان مراده ثلث الدية فيرد عليه مثل ما يرد على ما ذكراه من انه يجوز ان يخرج كل الدية من ثلث مال الميت فيلزم ان لا يتناوله كلام
المصنف رح هنا على التفسير المزبور ثم اقول في كلام المصنف هنا احتمال آخر وهو ان يكون معناه وللعاقلة ثلث ما ترك الميت من جميع ماله وصية لهم فيتناول
الصورتين الاثنتين في التفصيل معا لان جميع مال الميت يشمل الدية وغيرها فيجوز ان يخرج الدية كلها من ثلث جميع ماله لكن يتجه عليه ايضا انه يجوز ان يكون
ثلث جميع ماله اكثر مازاد على مهر مثلها من الدية بل يجوز ان يكون اكثر من كل الدية فلا يصح حينئذ قوله وصية لان ما يكون وصية للعاقلة انما هو مقدار
ما زاد على مهر مثلها من الدية لا غير وبالجملة عبارة المصنف رح هنا ليست بخالية عن القصور في افادة تمام المراد كما لا يخفى على ذوي الرشاد فالاولى في
تحرير المقام ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطاء دفع عن العاقلة مهر مثلها والباقي وصية لهم فان خرج من الثلث سقط والا سقط ثلث المال
انتهى تامل قوله وقال ابو يوسف رح ومحمد رح كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين
اي في التزوج على اليد لما يحدث منها او على الجناية كذا قال جمهور الشراح وهو الصواب وزاد صاحب العناية على ذلك شيئا
في شرحه حيث قال يعني التزوج على اليد اذا كان القطع خطا وفي التزوج على اليد وما يحدث منها او على الجناية انتهى وتبعه الشارح العيني اقول ليس
ذلك بشيء اذ لا وجه لتقييد القطع في الفصل الاول بالخطا فان الظاهر من كلام المصنف رح هنا ومن قوله فيما سبق ولو كان القطع خطا فقد اجاره مجرى
العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا وكذا ما ذكر في عامة الكتب من المتون والشروح ان يكون الجواب عندهما في العمد والخطا في الفصلين سواء ولقد
صرح به هنا صاحب الغاية نقلا عن شروح الجامع الصغير حيث قال فاما عندهما فالجواب فيه في العمد والخطا كالجواب فيما اذا تزوجها على القطع وما يحدث
منه او على الجناية لما ذكر في المسئلة المتقدمة كذا في شروح الجامع الصغير انتهى قوله ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه قال
صاحب العناية ولم يذكر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح ومحمد رح والشافعي رح لا شيء عليه
ايضا انتهى اقول هذا الكلام منه رح هنا كلام خال عن التحصيل لانه ان كان مقصوده منه مواخذة المصنف رح بانه ترك ذكر تلك الصورة مع كون ذكرها ايضا
مما يهم فلا وجه له اذ قد ذكرها ايضا فيما بعد وان كان مقصوده منه مواخذة المصنف رح انه لم يذكر تلك الصورة هنا مع كون حقها ان تذكر هنا ليس كذلك فان
تلك الصورة من قبيل استيفاء من له القصاص في الطرف كما صرح به في الكتاب فيما بعد وما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس وما كانت
المسئلة المتصلة بما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس ايضا كما ترى ذكرها المصنف عقيب ما نحن فيه وآخر تلك الصورة عنها وان كان
المقصود منه مجرد بيان حكم تلك الصورة ايضا دون مواخذة المصنف بشيء فلا فائدة فيه فقد بين المصنف حكمها فيما سيجيء مفصلا وبعد الا فيلزم بيان
ذلك الشارح هنا قوله ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال صاحب الاصلاح
والايضاح وفيه اشكال لما مر ان صورة العفو تكفي في سقوط القود لانها تورث شبهة وبذلك تمسكوا في سقوطه فيما اذا عفا عن القطع ثم مات منه ولم
يلتفتوا ثمة الى المقدمة القائلة انه لا يكون مبرئا عنه بدون العلم به انتهى اقول جوابه انه قد تقرر عندهم ان الشبهة معتبرة دون شبهة الشبهة فيما نحن فيه يكون
الابراء عن النفس شبهة الشبهة لان الاقدام على القطع لا يقتضي الفراغ مما وراءه راسا لجواز ان يستوفي القتل ايضا بعد القطع يكون له القود ويستوفي في طرف
من عليه القود ثم القتل فتحققت شبهة ثم ان الفراغ مما وراء القطع لا يقتضي الابراء عنه ايضا لجواز ان يفرغ منه ظنا ان حقه في القطع لا ابراء عما وراءه فتحققت

بخلاف ما تشبه ابن المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقليدا كالامام او عقدا كما في غيره منها والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيه تخريجه الالتزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد

باب الشهادة في القتل

قال ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعيد والاصل ان استيفاء القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما وقال وليس لابي حنيفة رح تمسك بصحة العفو من الوارث حال حيوة المورث استحسانا كما انه ليس لهما ذلك بصحة العفو من المورث للمجروح استحسانا للتدافع انتهى اقول فيه بحث لان ما تمسكا به لا ينتهض حجة على ابي حنيفة رح وما تمسك به ينتهض حجة عليهما فكيف يتحقق التدافع بين التمسكين وذلك ان القصاص وان كان حقا للوارث عنده باعتبار ثبوته للوارث ابتداء بناء على ان القصاص لا يثبت الا بعد الموت والميت ليس من اهل ان يثبت له هذا الحق لانه شرع للتشفي ودرك الثار والميت ليس باهل لذلك لكنه حق للمورث ايضا عنده باعتبار انعقاد سببه الذي هو الجناية في حق المورث وقد صرح في كثير من الشروح فابو حنيفة رح راعى فيما نحن فيه جهة كون القصاص حقا للوارث فقال باشتراط اعادة البينة اذا حضر الغائب احتياطا للدرء وراعاها في مسئلة العفو من المورث المجروح جهة كونه حقا للمورث فقال بصحة العفو منه احتياطا للدرء ايضا واما عندهما فالقصاص حق ثابت للمورث ابتداء من كل الوجوه ثم ينتقل بعد موته الى الوارث بطريق الوراثة كسائر املاكه فيتجه عليهما المواخذة بصحة العفو من الوارث حال حيوة المورث استحسانا بالاجماع فتدبر قوله وان كذبهما فلا شيء لهما وللاجر ثلث الدية معناه اذا كذبهما القاتل ايضا قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وان كذبهما فلا شيء لهما اي وان كذبهما المشهود عليه معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وانما قيد بهذا لانه اذا صدقهما القاتل عند تكذيب المشهود عليه يجب على القاتل دية كاملة بينهم اثلاثا ثم قال وفي بعض النسخ معناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا فحينئذ كان معنى قوله وان كذبهما اي وان كذبهما القاتل انتهى وعلى طرزه شرح صاحب الغاية ايضا الا انه جعل النسخة الثانية اصلا على عكس ما في النهاية وقال والاول اصح اقول مدار ما ذكرا في شرح المقام على انهما فهما على ان مراد المصنف بقوله معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وكذا بقوله في النسخة الاخرى معناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا

شبهة بعد شبهة فصارت شبهة الشبهة فلم تعتبر بخلاف ما اذا عفا عن القطع ثم مات منه فان العفو عن القطع هناك مقرر لا شبهة فيه وانما بقيت شبهة ان يكون العفو عن القطع عفوا عن القتل فاعتبرت في سقوط القود بها لكون الشبهة وارثة له فافهم فانه دقيق وفرق دقيق قوله بخلاف ما استشهد من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقليدا كالامام او عقدا كما في غيره منها اقول فيه تساهل لان من تلك المسائل ما لا يجب فعله لا تقليدا ولا عقدا وهو المامور بقطع اليد فان المراد به ما اذا قال اقطع يدي فعل فسرى الى النفس فمات كما صرح به في الكافي وعامة الشروح فلم يتم قول المصنف او عقدا كما في غيره منها فان العقد انما يتحقق في النزاع والحجام منها دون المامور بالقطع مع انه غير الامام وانه من تلك المسائل ايضا ولا يجدي التشبث بالتغليب نفعا هنا لان قوله بعده والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة لا يتمشى في تلك المسئلة اذ لا يجب على المامور بالقطع القطع بل هو تبرع منه كما لا يخفى فيلزم ان يكون الدليل المذكور في الكتاب قاصرا عن افادة الفرق في حق تلك المسئلة كما ترى نعم يمكن الفرق في حقها ايضا بان يقال لما فعل المامور بالقطع ان الامر انتقل حكم الفعل الى الامر فصار كما لو قطع يد نفسه وفي ذلك لا ضمان لكن الكلام في قصور عبارة الكتاب عن افادة تمام المرام وهذا مما لا ريب فيه

باب الشهادة في القتل لما كانت الشهادة في القتل امرا متعلقا بالقتل اورد هنا بعد ذكر حكم القتل لان ما يتعلق بالشيء كان اوفى درجة من نفس ذلك الشيء قوله ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعيد قال في العناية والاصل ان استيفاء القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما وقال وليس لابي حنيفة رح تمسك بصحة العفو من الوارث حال حيوة المورث استحسانا كما انه ليس لهما ذلك بصحة العفو من المورث للمجروح استحسانا للتدافع انتهى اقول فيه بحث لان ما تمسكا به لا ينتهض حجة على ابي حنيفة رح وما تمسك به ينتهض حجة عليهما فكيف يتحقق التدافع بين التمسكين وذلك ان القصاص وان كان حقا للوارث عنده باعتبار ثبوته للوارث ابتداء بناء على ان القصاص لا يثبت الا بعد الموت والميت ليس من اهل ان يثبت له هذا الحق لانه شرع للتشفي ودرك الثار والميت ليس باهل لذلك لكنه حق للمورث ايضا عنده باعتبار انعقاد سببه الذي هو الجناية في حق المورث وقد صرح في كثير من الشروح فابو حنيفة رح راعى فيما نحن فيه جهة كون القصاص حقا للوارث فقال باشتراط اعادة البينة اذا حضر الغائب احتياطا للدرء وراعاها في مسئلة العفو من المورث المجروح جهة كونه حقا للمورث فقال بصحة العفو منه احتياطا للدرء ايضا واما عندهما فالقصاص حق ثابت للمورث ابتداء من كل الوجوه ثم ينتقل بعد موته الى الوارث بطريق الوراثة كسائر املاكه فيتجه عليهما المواخذة بصحة العفو من الوارث حال حيوة المورث استحسانا بالاجماع فتدبر قوله وان كذبهما فلا شيء لهما وللاجر ثلث الدية معناه اذا كذبهما القاتل ايضا قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وان كذبهما فلا شيء لهما اي وان كذبهما المشهود عليه معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وانما قيد بهذا لانه اذا صدقهما القاتل عند تكذيب المشهود عليه يجب على القاتل دية كاملة بينهم اثلاثا ثم قال وفي بعض النسخ معناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا فحينئذ كان معنى قوله وان كذبهما اي وان كذبهما القاتل انتهى وعلى طرزه شرح صاحب الغاية ايضا الا انه جعل النسخة الثانية اصلا على عكس ما في النهاية وقال والاول اصح اقول مدار ما ذكرا في شرح المقام على انهما فهما على ان مراد المصنف بقوله معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وكذا بقوله في النسخة الاخرى معناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا

وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشئ جارح قال واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في البلد او في الذي كان به القتل فهو باطل لان القتل لا يعاد والا يكرر والقتل في زمان في مكان غير القتل في زمان ومكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد وتختلف احكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا وقال الآخر لا ادري باي شئ قتله فهو باطل لان المطلق يغاير المقيد قال وان شهد انه قتله وقالا لا ندري باي شئ قتله ففيه الدية استحسانا والقياس لا تقبل هذه الشهادة لان القتل اختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه واولوا كذبهم في نفي العلم بظاهر ما ورد باطلاقه في اصل ذات البين

بيان الكلام المقدر في عبارة الجامع الصغير وهي قوله وان كذبهما فلا شئ لهما فانه جعل الضمير كذبهما في قوله وان كذبهما فلا شئ لهما راجعا الى المشهود عليه على نسخة معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وضمير اراجعا الى القاتل نسخة معناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا وهذا لا يتصور الا بان يكون مراد المصنف رح في النسخة الاولى ان جملة اذا كذبهما القاتل ايضا مقدرة في عبارة الجامع الصغير فتقديره وان كذبهما المشهود عليه فلا شئ لهما اذا كذبهما القاتل ايضا وفي النسخة الاخرى ان جملة اذا كذبهما المشهود عليه ايضا مقدرة فيها فتقديره وان كذبهما القاتل في شئ لهما اذا كذبهما المشهود عليه ايضا لكن ليس ما ذهبا اليه بسديد اذ يأباه قطعا قول المصنف معناه لان المقدر لا يكون معنى المذكور والحق عندي ان مراد المصنف بيان اعتبار مجرد قيد ايضا في عبارة الجامع الصغير هنا كما انه بين قبيله اعتبار قيد وحده في عبارته حيث قال معناه اذا صدقهما وحده فمراده على النسخة الاولى ان معنى قول محمد رح في الجامع الصغير وان كذبهما اذا كذبهما القاتل ايضا اي مع المشهود عليه كما ان معنى قوله فيما قبل فان صدقهما القاتل اذا صدقهما وحده اي بدون المشهود عليه والقيدان منويان بمعونة المقام ومراده على النسخة الاخرى يعني قول محمد رح وان كذبهما اذا كذبهما المشهود ايضا اي مع القاتل فحينئذ ينتظم الكلام ويتضح المرام **قوله** وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشئ جارح قال في الكفاية وانما اول ليكون المسئلة مجمعا عليها وقال في معراج الدراية نقلا عن الذخيرة ما ذكر في الجامع الصغير ان كان قولا فهو مجرى على اطلاقه وان كان قول الكل فتاويله ان يكون الآلة جارحة انتهى ثم قال جمهور الشراح فان قيل الشهود شهدوا على الضرب بشئ جارح ولكن الضرب به قد يكون خطأ فكيف يثبت القود مع انهم لم يشهدوا انه كان متعمدا قلنا لما شهدوا انه ضربه بسلاح فقد شهدوا انه قصد ضربه لانه لو كان مخطيا لم يحل لهم ان يشهدوا انه ضربه وانما يشهدون انه قصد ضرب غيره فاصابه وقالوا كذا ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بالسؤال والجواب واقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لانه اشار اليه بقوله اذا كان عمدا نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احترز عنه المصنف انتهى وانا اقول نعم لا يرد على المصنف ذلك السؤال بعد ما قيد مسئلة الجامع الصغير بقوله اذا كان عمدا لكن يرد عليه ان يقال ليس لهذا التقييد هنا وجه لانه ان اراد به ان وجوب القود في مسئلة الجامع الصغير فيما اذا صرح الشهود بكونه ضربه عمدا لا فيما اذا اطلقوا ضربه ولم يقيدوا بكونه عمدا فليس الامر كذلك على ما ذكره شيخ الاسلام ونقل عنه شراح الكتاب فانه صريح في ان تصريح الشهود بذكر العمد ليس بلازم في وجوب القود في المسئلة المذكورة وان لم يرد به ذلك بل كان معترفا بما ذكره شيخ الاسلام فلا حاجة الى تقييده المزبور بل لا وجه له كما لا يخفى **قوله** والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد وتختلف احكامهما اقول لو قال بدل قوله المذكور والقتل بآلة غير القتل بآلة كما قال في الزمان والمكان لكان اجمل واشمل اما كونه اجمل فظاهر واما كونه اشمل فلان الاختلاف في الذي كان به القتل غير منحصر في الاختلاف فيما يوجب الاحكام كالعصا والسلاح بل يعم الاختلاف في غير ذلك ايضا كالسيف والرمح فان القتل لكل واحد منهما عمد يوجب القود مع ذلك لو قال احد الشاهدين قتله بسيف وقال الآخر قتله برمح كانت شهادتهما ايضا باطلة نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال ولو شهد احدهما انه قتله بسيف وشهد الآخر انه طعنه برمح او شهد احدهما انه ضربه بسيفين وشهد الآخر انه رماه بسهم او اختلفا في مكان القتل او وقته او موضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة انتهى **قوله** ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه فيه صنعة التجنيس التام كما في قوله تعالى يوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة فالاجمال الاول هنا بمعنى الابهام والثاني بمعنى الصنيع وهو الاحسان ثم ان كثيرا من الشراح قالوا قول المصنف هذا جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو ان يقال الشهود في قولهم لا ندري باي شئ قتله اما صادقون او كاذبون وعلى كلا التقديرين

وهذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك يجب الدية في مالهما لان الاصل في الفعل العمد غالبا الزهوق والعاقلة تتحمل واذا اقر بقتل كل واحد منهما انه قتل فلا القتل الولي فيستوفيه جميعا فلا يمكن يقتلهما وان شهد واحد على رجل انه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الاول قتله وحده عامدا بغير حق وانكر الآخر والشهادة بينا وكل واحد منهما جود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له وفي الثاني من المشهود عليه غير ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

باب في اعتبار حالة القتل

قال ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة رح

ينبغي ان لا تقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء بهذه الشهادة لاختلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا صاروا فسقة وشهادة الفاسق لا تقبل فقال في جوابه انهم جعلوا عالمين بانه قتله بالسيف لكنهم لقولهم لا ندري اختاروا حسبة السر على القاتل واحسنوا اليه بالاخفاء وجعل كذبهم هذا مصروفا عند الله لما جاء في الحديث ليس بكذاب من يصلح بين اثنين فتاويلهم كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم وهو معنى قوله او لو اكذبهم ظاهرا ورد باطلاقه اي بظاهر ما ورد بتجويز الكذب انتهى كلامه اقول فيه نظر اولا لورود ما ذكروه على وجه الاستحسان اصلا حتى يرتكب المصنف لدفعه هذا المضيق وذلك لان ما ذكروه من المحذور في صورة ان صدق الشهود هو بعينه ما ذكره المصنف في وجه القياس في هذه المسئلة وقد حصل الجواب عنه في وجه الاستحسان الذي ذكره من قبل لان توضيحه هو انه لم تكن بشهادة واحد منهم بالقتل بآلة وشهادة الآخر منهم بالقتل بآلة اخرى حتى يتحقق الاختلاف بينهم في الشهادة بناء على اختلاف الفعل باختلاف الآلة بل كانت شهادة كل واحد منهم بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل ولهذا وجب العمل به كما عرف في اصول الفقه فيحمل على الاقل المتيقن فيجب اقل موجبيه وهو الدية فيحصل الاتفاق بينهم من هذا الوجه فلا يتوجه ان يقال ان صدق الشهود امتنع القضاء بشهادتهم لوقوع الاختلاف باختلاف الآلة ايضا قول المصنف في تاويل هذا الكلام فلا يثبت الاختلاف بالشك ما يكون مراده بكلامه هذا هو الجواب عما ذكره هؤلاء الشراح اذ يكون حاصل الجواب حينئذ اختيار انهم كاذبون ومنع فسقهم بناء على تاويلهم كذبهم بما ورد في الحديث فلا يبقى الاحتياج اذ ذاك الى قوله فلا يثبت الاختلاف بالشك بل لا يكون له مساس بالجواب المذكور فيلزم ان يكون لغوا من الكلام والحق عندي ان قول المص ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة الى آخره وجه آخر للاستحسان يظهر تقريره وتطبيقه للمقام بادنى تامل صادق يخرج منه الجواب عن وجه آخر للقياس في هذه المسئلة مذكور في الكافي وهو ان الشهادة بالوجه المذكور غفلة من الشاهدين فلا تقبل **قوله** وهذا في معناه قال جمهور الشراح اي ستر الشاهد على المشهود عليه في معنى اصلاح ذات البين بجامع ان العفو مندوب اليه ههنا كما ان الاصلاح مندوب اليه هناك وكان ورود الحديث هناك وورودا ههنا انتهى اقول فيه بحث لان المندوب اليه في باب القتل انما هو عفوا وليا القتيل دون عفو الشهود كيف ولو كان العفو حق الشهود لكان الافضل لهم ان لا يشهدوا راسا بما يتعلق بالقتل كما في الحدود فلزم ان لا يوجب الباعث على ارتكابهم الكذب في شهادتهم المذكورة ههنا بخلاف اصلاح ذات البين فانه قد يتوقف على ارتكاب الكذب فيرخص الكذب هناك وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال ينبغي ان يكون المراد بالعفو درء القصاص والا فهو تلو الوجوب فحيث لا وجوب للقصاص لا عفو عنه ثم قال والاظهر ان يقال بجامع ان الستر مندوب اليه انتهى اقول فيه وعلى توجيه ايضا ان يقال لو كان درء القصاص من غير شبهة مندوبا اليه فكان درؤه جائزا للشهود بعد ان عاينوا القتل بجارح عمدا لكان عليهم ان لا يشهدوا بالقتل اصلا فلا يوجد ما يسوغ ارتكابهم الكذب في طريق شهادتهم المذكورة ههنا ثم ان ورود هذا على قاعدة اظهر ههنا اظهر اذ لو كان ستر القصاص مندوبا اليه لكان الافضل للشهود ان يستروه طرا بان لا يشهدوا بالقتل اصلا كما في الحدود فلا وجه لارتكابهم الكذب فتامل ترشد **قوله** فلا يثبت الاختلاف بالشك قال في العناية يعني اذا احتمل ان يكونوا عالمين واجمعوا واحتمل ان لا يكونوا كذلك دفع الشك والاختلاف لا يثبت بالشك انتهى اقول لقائل ان يقول كما لا يثبت الاختلاف بالشك لا يثبت الاتفاق بذلك ايضا وهو من شرائط قبول الشهادة اتفاق الشاهدين فاذا لم يثبت الاتفاق فكيف يتصور القبول تدبر **قوله** غير ان تكذيب المقر له في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا قال صاحب العناية ففي هذه المسئلة اذا اقر كل واحد منهما بالقتل فقد اقر كل واحد منهما بالاتلاف بجميع النفس وقد صدق الولي كل واحد منهما

وقالا لا شئ عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ
لا فعل منه بعده فيعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ولهذا يعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد
الجرح قبل الموت والفعل وان كان عمدا فالقود سقط للشبهة ووجب الدية دلو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شئ عليه في قولهم جميعا وكذا اذا
رمى حربيا فاسلم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك قال وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه
قيمته للمولى عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح عليه فضل ما بين قيمته وما الى غير مرمى وقول ابي يوسف رح مع قول ابي حنيفة رح له ان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية
يتقضي باتمامه المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه
اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شئ لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية

بالاتلاف بعض النفس والقصاص يجب باتلاف البعض كما يجب باتلاف الكل فلهذا كان له ان يقتل اذا ما في الشهادة فلما كذب كل فريق في بعض الشهادة بطلت
شهادتهما في الكل انتهى وقال صاحب النهاية في بيان صورة الاقرار لما اقر كل واحد منهما بكل القتل صدق الولي بقوله قتلتماه كل واحد منهما في نصف القتل
والتكذيب في نصف ما اقر به لا يبطل الاقرار اما التكذيب في كل ما اقر به يبطل الاقرار لانه حينئذ يكون ردا للاقرار والاقرار يرتد بالرد انتهى اقول هذا
الشرح والبيان من ذينك الشارحين مما لا يكاد يصح لما رويناه غير مرة ان القتل لا يتجزى فكيف يتصور اتلاف بعض النفس ونصف القتل كما زعماه بناء على
معنى المقام وايضا قد مر ان الاصل عندنا فيما اذا قتل جماعة واحدا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال وهذا الاعتبار يحصل التماثل بين الجماعة والواحد
فيجب القصاص على الجميع فكيف يصح القول بوجوب القصاص باتلاف بعض النفس ونصف القتل كما هو اللازم فيما نحن فيه على مقتضى تقريرهما والصواب
ان معنى المقام هو ان كل واحد منهما اقر بالقتل بانفراده وقد صدق الولي كل واحد منهما بقوله قتلتماه جميعا في بعض ما اقر به وهو القتل وكذبه في بعضه
الآخر وهو انفراده فعلى مقتضى ان تكذيب المقر له في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي يؤاخذ كل واحد منهما باقراره بالقتل فللولي ان يقتلهما جميعا
وان اراد انفراد كل واحد منهما بالقتل ويصير كما اذا قتل جماعة واحدا عمدا حيث يقتصر من جميعهم اجماعهم بخلاف صورة الشهادة كما بين في الكتاب

باب في اعتبار حالة القتل لما كانت الاحوال صفات لذوتها ذكر ما بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به كذا في الشروح **قوله** وقالا لا شئ عليه لانه
بالارتداد سقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه قال في العناية الا ان ابا حنيفة رح يقول ان قولهما انه بالارتداد صار مبرئا عن ضمان الجناية
غير صحيح لان في اعتقاد المرتد ان الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن ضمان الجناية كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي انتهى
اقول لهما ان يقولا في الجواب عنه انا لا نريد بالابراء في قولنا انه بالارتداد صار مبرئا حقيقة الابراء بل يريد بذلك الابراء الحكمي لانه بالارتداد لما اسقط
تقوم نفسه شرعا اسقط حقه معنى لان ما لا تقوم له لا ضمان عليه في الشرع فصار فعله في حكم الابراء شرعا سواء طابق اعتقاده او لم يطابق ولعل تصريح المصنف
قوله فيكون مبرئا للرامي عن موجبه على قوله لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه يرمي ما ذكرناه **قوله** وقول ابي يوسف رح مع ابي حنيفة رح قلت لعل وجه عدول
المصنف رح هنا عن التحرير المألوف حيث لم يقل فيما قبل عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح كما هو المعتاد في نظائره بل قال بعد بيان الخلاف بين ابي حنيفة
ومحمد رح فقول ابي يوسف رح مع ابي حنيفة رح هو ان قول ابي يوسف رح مع ابي حنيفة رح في هذه المسئلة ليس مما اتفقت عليه الروايات لان الفقيه
ابا الليث ذكر قول ابي يوسف رح مع محمد رح في شرح الجامع الصغير في هذه المسئلة وذكر فخر الاسلام البزدوي في شرحه قوله مع ابي حنيفة رح كما بين
في غاية البيان فلو قال المصنف رح في اول المسئلة عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح لفهم منه اتفاق الروايات عليه بناء على ما هو المألوف في نظائره فغير
الاسلوب اشارة الى ان فيه اختلاف الرواية وان المختار عنده كون قوله مع ابي حنيفة رح **قوله** ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي
وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته قال الشراح مراد ابي حنيفة رح في هذه المسئلة على اصله وابي يوسف رح فرق بين هذه المسئلة وبين ما تقدم وجه الفرق
ان المرمي اليه خرج بالارتداد من ان يكون معصوما فصار مبرئا عن الجناية اذ الضمان لتعذر العصمة والردة تنافيها واما الاعتاق فانه لا ينافي العصمة فيجب
عليه ضمان قيمته للمولى انتهى اقول في وجه الفرق نظر لان الاعتاق وان لم ينافي العصمة الا انه ينافي كون المحل مالا متقوما فينبغي ان يصير الموسلي
ايضا مبرئا عن ضمان قيمة العبد المرمي اليه باعتاقه اياه قبل الاصابة لان ضمان القيمة انما يتصور فيما هو مال متقوم ولما اخرجه المولى بالاعتاق
من ان يكون مالا متقوما فقد اسقط حقه في قيمته الا يرى ان المغصوب منه اذا اعتق العبد المغصوب صار مبرئا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه

اما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شئ لانه لا اثر له في المحل وانما قلت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان كذا في الغاية والهداية وشرح قدرية للمولى فخر وان كان يخالفنا في وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه **قال** ومن قضى عليه بالرجم فرماه رجل فرجم احد الشهود ثم وقد به السهم فلا شئ على الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها واذا رمى المجوسي صيدا ثم اسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله فعل لان المعتبر حال الرمي في حق الحل والحرمة واذا رمى هو الذكاة فتعتبر الاهلية ان لا يوجد عنده ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شئ عليه لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا والله اعلم بالصواب

كتاب الديات

قال وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات

بالاجماع كما صرحوا به فلم يكن الامر كذلك فيما نحن فيه ثم ان صاحب الغاية بعد ان ذكر الفرق المزبور من قبيل ابي يوسف ره قال ومن هذا يعلم ان ابا يوسف ره يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد انتهى اقول ليس هذا بسديد لانه مع كونه ظاهر الفساد اذ لو لم يعتبر ابو يوسف ره وقت الرمي في صورة الارتداد لصح منه القول بانه صار بالارتداد مبرئا عن الضمان فان الابراء انما يصح بعد انعقاد السبب مخالف لما صرح به كبار المشائخ في شروح الجامع الصغير كما ذكر في النهاية ومعراج الدراية فانه قال في النهاية وهما يقولان لقول ابي حنيفة ره في ان المعتبر في حالة الرمي ولهذا وافقاه في هذه المسئلة يعني المسائل الآتية في الكتاب ونظائرها الا ان المرمي اليه في مسئلتنا لما ارتد صار مبرئا للرامي عن الدية باخراجه نفسه من ان يكون معصوما وفعله معتبر في اسقاط حقه كما اذا ابرأ المغصوب منه الغاصب باعتاق المغصوب على ما ذكرنا الا ان ابا حنيفة يقول ان قولهما انه بالارتداد صار مبرئا عن ضمان الجناية غير صحيح لان في اعتقاد المرتد ان الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن ضمان الجناية كذا في الجامع الصغير لقاضي خان والتمرتاشي والحبوبي وقال في معراج الدراية واصحابنا اعتبروا حالة الرمي كما في هذه المسئلة وكذا مسئلة الرمي على ما يجيء وكذا في مسئلة الرمي ثم تمجس وكذا في مسئلة المحرم على ما يجيء الا انهما يقولان في مسئلة ان رمى مسلما فارتد انه بالارتداد يصير مبرئا للرامي عن الضمان ولهذا قال يصير بالارتداد مبرئا والابراء انما يصح بعد انعقاد السبب وابو حنيفة ره يقول بالارتداد لا يصير مبرئا لان في اعتقاد المرتد ان الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن الضمان كذا في جامع قاضيخان والتمرتاشي والحبوبي انتهى

قوله اما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شئ لانه لا اثر له في المحل اقول لمتوهم ان يتوهم ان هذا الكلام هنا فيما قاله في صدر دليلها من انه يصير قاتلا من وقت الرمي فان القتل لا يتصور بدون اتلاف شئ من المقتول والجواب ان معنى ما قاله في صدر دليلها هو انه يصير بمنزلة القاتل من وقت الرمي من جهة استناد الحكم الى وقت الرمي عند الاتصال بالمحل وقد اشار اليه صاحب الغاية بقوله هنا وانما انقلب الرمي علة الاتلاف عند الاتصال بالمحل بطريق استناد الحكم الى وقت الرمي فكانه وجد من ذلك الوقت انتهى

كتاب الديات

قال الشراح ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة لما ان الدية احدى موجبي الجناية في الآدمي المشرعين صيانة لكن القصاص اشد صيانة فقدم انتهى اقول يرد على ظاهر هذا الوجه انه انما يقتضي ان يذكر الديات في كتاب الجناية كالقصاص بان يوضع لكل واحد منهما باب مستقل من كتاب الجنايات لكون كل منهما موجب الجنايات لا ان يجعل الديات كتابا على حدة كما هو الواقع في الكتاب والجواب ان مقصودهم هنا بيان وجه مناسبة ذكر الديات بعد ذكر الجنايات وهذا المقصود يحصل بما ذكروه قطعا واما جعل الديات كتابا على حدة دون باب من ابواب الجنايات فله وجه آخر لم يذكروه اصالة وهو انه لما كثرت مسائل الديات ومباحثها استحقت ان يجعل كتابا على حدة ككتاب الطهارات بالنسبة الى سائر شروط الصلوة وكتاب الصرف بالنسبة الى سائر انواع البيع ثم اعلم ان ما وقع في الكتاب وضع القدوري في مختصره واما الشيخ ابو الحسن الكرخي فقدم في مختصره كتاب الديات على كتاب الجنايات والشيخ ابو جعفر الطحاوي قدم القصاص على الديات ولكن جعلهما في كتاب واحد وترجمه الكتاب بكتاب القصاص والديات والامام محمد رحمه الله ذكر احكام الجنايات في كتاب الديات ولم يسم كتاب الجنايات اصلا لان علة احكام الجنايات هي الديات فان القصاص لا يجب الا بالعمد المحض والدية يجب في شبه العمد وفي الخطاء وفي شبه الخطاء وفي القتل بسبب وفي العمد ايضا اذا لم يكن فيه الشبهة فرجح جانب الدية في نسبة الكتاب اليها ثم ان الدية مصدر وذي القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال الدية تسمية بالمصدر

قال وكفارة عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزي فيه الإطعام لأنه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولا يدخل المذكور كل الواجب بحرف الفاء

كذا ذكر في المغرب وعامة الشروح قال في القاموس الدية بالكسر حق القتيل جمعها ديات قاول في الصحاح وديت القتيل اديه دية اذا اعطيت ديته وقال في الكافي الدية المال الذي هو بدل النفس والارش اسم للواجب على ما دون النفس انتهى اقول الظاهر من هذه المذكورات كلها ان يكون الدية مختصة بما هو بدل النفس وينافيه ما سيجيء في الفصل الآتي من ان في المآزن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وفي اللحية الدية وفي شعر الرأس الدية وفي الحاجبين الدية وفي العينين الدية واليدين الدية وفي الرجلين الدية الى غير ذلك من المسائل الذي اطبقت الدية فيها على ما هو بدل ما دون النفس وكذا ما ورد في الحديث وهو ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المآزن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم رضي الله عنه كما سيأتي فالاظهر في تفسير الدية ما ذكره صاحب الغاية اخرا فانه بعد ان ذكر مثل ما ذكر في المغرب وغيره الشروح قال والدية اسم لعنان يجب بمقابلة الآدمي او طرف منه سمي بها لانها تؤدى عادة لانه قلما يجري فيه العفو لعظم حرمة الآدمي انتهى **قوله** وكفارة عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص قال صاحب الغاية في شرح هذا المقام وكفارة عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين الآية وهو نص في كونها بالتحرير او الصوم فقط فلا يجزي فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير يعرف بالتوقيف انتهى اقول لمحل الشارح المذكور بحق المقام في تحريره هذا اما اولا فلانه حيث بالذكر في بيان كفارة شبه العمد عتق رقبة مؤمنة وجعل قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين العمد عتق رقبة مؤمنة وجعل قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين دليلا عليه فقد قصر في البيان حيث لم يذكر كون كفارة شهرين متتابعين اذا لم يجد رقبة مؤمنة ولم يصب في شوق الدليل حيث جعل الدليل على كون كفارة عتق رقبة مؤمنة مجموع قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ان الدليل عليه قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة وحده وانما قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين دليل على القسم الآخر من كفارته الذي لم يذكر في المدعى بخلاف تحرير المصنف رح فانه بين كل واحد من قسمي كفارته على ترتيبها حيث قال وكفارة عتق رقبة مؤمنة ثم قال فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين واستدل على كل واحد منهما بدليل مستقل حيث قال في تعليل الثاني لهذا النص اي باخر هذا النص وهو قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين واما ثانيا فلانه قال وهو نص في كونها بالتحرير او الصوم فقط وفرع عليه قوله فلا يجزي فيه الاطعام فان كان مدار تقييد فقط في قوله وهو نص في كونها بالتحرير او الصوم وكذا مدار التفريع في قوله فلا يجزي فيه الاطعام على ان تخصيص التحرير والصوم بالذكر في الآية يدل على نفي ما عداهما كان ذلك قولا بمفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا وان كان مدار هنا على ما ذكره المصنف رح فيما بعد من الاستدلال بالآية المذكورة على عدم اجزاء الاطعام بوجهين آخرين وهما قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء وقوله ولكونه كل المذكور على ما عرف كان قوله لانه لم يرد به نص الى آخره بعد تفريع عدم اجزاء الطعام على ما قبله كلاما مختلا اذ يكون المفرع عليه اذ ذاك دليلا على المفرع فيصير قوله فلا يجزي فيه الاطعام من قبيل تفريع المدعى على الدليل فلا جرم يصير قوله لانه لم يرد به نص الى آخره دليلا آخر على ذلك المدعى فيجب فيه زيادة واو العطف بان يقال ولانه لم يرد به نص الى آخره كما لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام بخلاف تحرير المصنف رح فانه جعل قوله ولا يجزي فيه الاطعام كلاما مبتدأ لا مطلوبا بالبيان على الاستقلال واستدل عليه بوجوه تامة كما ترى فلا غبار في اسلوب تحريره اصلا **قوله** ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء قال الشارح يعني ان الواقع بعد فاء الجزاء يجب ان يكون كل الجزاء اذ لو لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم انه هو الجزاء او نفي منه شيء

اذ لكونه كل المذكور على ما مر في يخرجه من صبيح لحصل ابرئه مسلم لانه مسايه والظاهر سلامة الحرفه ولا يجزي في البطن لانه لم تعرف حيوته ولا سلامته قال
وجزاء الكفارة في هذا المذكور ثلاثة رقبة عند ابي حنيفة وابي يوسف رح مائة من الابل اربعا خمس عشرون بنت مخاض وخمس عشرون بنت لبون وخمس عشرون حقة وخمس
عشرون جذعة وقال محمد والشافعي رح الثلثون جذعة وثلثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها لما تقوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد
قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها عن عمرو بن شعيب رض ثلثون حقة وثلثون جذعة ولان دية شبه العمد اغلظ وذلك فيما قلنا
لما اداه عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رض في صفة التغليظ وابن مسعود رض قال بالتغليظ اربعا على ما ذكرنا وهو كالمرفوع
فيعمل به قال ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم يتغلظ لما قلنا قال وقتل الخطاء تجب به الدية على العاقلة والكفارة
على القاتل لما بينا من قبل قال والدية في الخطاء مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة
قول ابن مسعود رض وانما اخذنا نحن والشافعي رح به لروايته ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في
قتيل قتل خطاء اخماسا على نحو ما قال ولان ما قلناه اخف فكان الليق بحالة الخطاء لان الخاطئ معذور

ومثله مثل انتهى اقول لشكل هذا بالجريان عن الميراث فان جزاء القتل الضمان في العمد وشبهه والخطاء وشبهه كما مر في اول كتاب الجنايات مع انه ليس بداخل
في الواقع بعد فاء الجزاء الآية المذكورة فليتامل **قوله** ولكونه كل المذكور على ما عرف يعني لو كان الغير مراد الذكر لانه موضع الحاجة الى البيان و
حيث لم يذكر دل انه غير مراد لان السكوت عن البيان في موضع الحاجة الى البيان بيان كما عرف في اصول الفقه كذا في الشروح كلها قال صاحب الكفاية
بعد ذلك لا يقال ان السكوت لا يدل على ان المذكور كل الواجب لقول النبي عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من
الابل ولم يذكر الكفارة ومع ذلك قلتم بوجوب الكفارة لانا نقول ثمة وجد بيان نص آخر ونقول لا نسلم فانه قال الجرجاني وجدت رواية عن اصحابنا
ان الكفارة لا تجب في شبه العمد انتهى اقول في كل من جوابيه نظر اما في الاول فلان التثبت بوجود نص آخر في مادة النقض وعدم وجوده فيما نحن فيه
مصير الى الاستدلال بالوجه الاول الذي ذكره المصنف رح بقوله لانه لم يرد به نص فيلزم ان لا يكون هذا الوجه الذي هو مورد السؤال دليلا مستقلا بل يلزم
ان يكون مستدركا واما في الثاني فلان اللازم الجيب دفع النقض كما ذكر في الكتاب لانه هو المورد للسؤال ولا شك ان ما ذكر فيه مبني على وجوب الكفارة
في شبه العمد واما رواية عدم وجوبها فيه فمعزل عنه فلا وجه للمصير اليه هنا كما لا يخفى ثم ان صاحب الغاية قال في تفسير قول المص رح ولكونه كل المذكور
اي لكون الصيام كل المذكور وتبعه العيني اقول ليس ذاك بسديد اذ لا يخفى ان كل المذكور في حق كفارة القتل في كتاب الله تعالى انما هو تحرير رقبة مؤمنة وصيام
شهرين متتابعين لا الصيام وحده واما اطلاق الكل على الصيام لكونه الجزء الاخير الذي يتم به الكل فامر قبيح لا يناسب شرح الكتاب فالحق في
التفسير ان يقال اي ولكون ما ذكرنا من التحرير والصيام كل المذكور **قوله** ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية
في غير الابل لم يتغلظ لما قلنا اقول لقائل ان يقول اذا لم يثبت التغلظ الا في الابل خاصة ينبغي ان لا يصح القضاء بالدية من غير الابل اصلا
في جناية شبه العمد اذ قد ذكر في اول هذا الكتاب ومن ايضا في اوائل كتاب الجنايات ان موجب شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل
فحيث لم يثبت التغليظ في غير الابل لم يصلح غيرها ان يكون دية في شبه العمد لانتفاء ما هو المعتبر في ديته وهو التغليظ فكيف يتم قول المصنف رح فان
قضى بالدية من غير الابل لم يتغلظ فان الظاهر منه ان يصح القضاء بالدية من غير الابل في شبه العمد ولكن لا يثبت التغليظ في غير الابل بان يزاد
في الدراهم على عشرة الاف درهم وفي الدنانير على الف دينار كما فصلوا في الشروح فليتامل في التوجيه **قوله** وهذا قول ابن مسعود رض انما اخذ
نحن والشافعي رح به لروايته ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتيل قتل خطاء اخماسا على نحو ما قال اقول فيه شيء وهو ان ابن مسعود رض وان روى
قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم على نحو ما قاله الا ان عليا رضي الله عنه كان يقول الدية في الخطاء مائة من الابل اربعا خمس وعشرون حقة و
خمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون ابنة لبون وخمس وعشرون ابنة مخاض ذكره ابو يوسف رحمه الله في كتاب الخراج وذكر في غاية البيان
وغيرها من الشروح والتقادير لا يعرف الا سماعا وكان كالمرفوع فصار ما رواه ابن مسعود معارضا به فكيف يتم جعل المصنف رح مجرد رواية ابن مسعود رض
دليلا على ما اخذنا نحن والشافعي رح به بدون بيان الرجحان فيما رواه ابن مسعود نعم كون ما رواه الليق بحالة الخطاء لكونه اخف يصلح ان يكون مرجحا
لما رواه وعن هذا قال تاج الشريعة بعد بيان اختلاف الصحابة في البيان الابل في دية الخطاء ونحن رجحنا رواية ابن مسعود لانه اوفق لموضوع دية
الخطاء وهو التخفيف الا ان قول المصنف رح ولان ما قلناه اخف فكان الليق بحالة الخطاء لان الخاطئ معذور يشعر بان هذا دليل مستقل وما قبله ايضا دليل
مستقل وهذا ينافي ضم الثاني الى الاول ليحصل به الرجحان بالحجة في تحرير المصنف رح هنا نوع ركاكة وكان صاحب الغاية تنبه له حيث غير اسلوب تحرير المصنف رح في شرح

غيرهما عند الشافعي يقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض وبه قال الشافعي رحمه الله قال ومن الذهب الف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعي رحمه الله من الورق اثنا عشر الفا
لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى بذلك ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى بالدية في قتل بعشرة آلاف درهم وتأويل
ما رواه انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وهكذا كانت قال ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة رح وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل
مائتا حلة كل حلة ثوبان لان عمر رضي الله عنه هكذا يفصل على اهل كل ملل منها وله ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها
ضمان المتلف بالاتلاف بل عرف بالآثار المشهورة عدمناها في غيرها وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك وقيل هو قول
الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما قال ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رضي الله عنه
ومرفوعا الى النبي عليه السلام وقال الشافعي رحمه الله دية الثلث لا ينتصف اما في زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه ما روينا وله بعمومه

هذا المقام فقال بعد بيان ما رواه ابن مسعود وما روي عن علي رض لكن ما قلنا اخف فكان اولى بحال الخطاء لان الخاطئ معذور انتهى تبصر قوله غير ان
عند الشافعي يقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض اقول هنا كلام وهو ان قوله هذا استثناء من قوله واخذنا نحن والشافعي به كما صرح به في
العناية وغيرها والمقصود به بيان الفرق بيننا وبين الشافعي بعد الاتفاق في الماخذ لكن فيه اشكال اذ الظاهر ان الضمير به في قوله واخذنا نحن والشافعي
به بعد قوله وهو قول ابن مسعود راجع الى قول ابن مسعود فيكون الماخذ المتفق عليه بيننا وبين الشافعي هو قول ابن مسعود فبعد ذلك كيف يتم القول
بان عند الشافعي يقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والقضاء بابن لبون مكان ابن مخاض ينافي الاخذ بقول ابن مسعود لان ابن مخاض
متعين في قوله وانما الذي يصلح ان يكون ماخذ المذهب الشافعي وهو القضاء بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ما روى مالك في الموطا عن
ابن شهاب عن سليمان بن يسار انه كان يقول في دية الخطاء عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون
جذعة كما ذكر في غاية البيان فليتامل في التوجيه قوله ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة رح وقالا منها ومن البقرة مائتا بقرة و
من الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة قال جماعة من الشراح فائدة هذا الاختلاف انما يظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتيل على اكثر من مائتي بقرة
او غيرها على قول ابي حنيفة رح كما هو المذكور في كتاب الديات يجوز كما لو صالح على اكثر من مائتي فرس وعلى قولهما لا يجوز كما لو صالح على اكثر من مائتي
الابل انتهى اقول ليت شعري ما بالهم صوروا ظهور فائدة هذا الاختلاف في هذا المضيق وحصروا فيه بكلمة انما مع كون ظهور فائدته في غير هذه الصورة
اظهر واجلى فان للقاتل الخيار في اداء ثمن الدية من اي نوع شيئا من انواع الدية لا من غير انواعها كما صرحوا به فعلى قولهما يمكن القاتل من اداءها
من نوع البقر او نوع الغنم او نوع الحلل كما يتمكن من اداءها من الانواع الثلثة المتفق عليها وهي الابل والعين والورق وعلى قوله في رواية
كتاب الديات لا يتمكن من اداءها الا من هذه الانواع الثلثة قوله وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا
آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما قال جمهور الشراح اورد قوله وذكر في المعاقل اي معاقل ليست شبهة على ما روي
عن ابي حنيفة رح من انه لا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة وجه ورودها ان محمدا رح ذكر في المعاقل انه لو صالح الولي عن الدية على اكثر من الفي
شاة او من مائتي بقرة او من مائتي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك دليل على ان الاصناف الثلثة ايضا من الاصول المقدرة في الدية عنده
ايضا وذكر الجواب بوجهين احدهما يصح الشبهة ويرتفع الخلاف ثانيهما دفع الشبهة بحمل رواية المعاقل على قولهما ثم ان صاحب العناية رد الوجه الاول
منهما حيث قال ولا ارى صحته لانه تناقض رواية كتاب الديات كما مر انفا انتهى اقول ليس هذا بشيء لان مدار الوجه الاول على عدم قبول صحة رواية
كتاب الديات وعدم تسليم ثبوت الاختلاف بينهم وكونه مناقضا لرواية كتاب الديات انما ينافي صحة لو تحققت صحة تلك الرواية وهي في حيز المنع عنده كيف
ذلك الوجه يدل عليه قطعا عبارة صاحب النهاية حيث قال فقال في جوابه بوجهين احدهما انه يصح الشبهة فقال نعم تلك الرواية اعني رواية الخلاف
غير صحيح بل الصحيح رواية كتاب المعاقل والخلاف بينهم غير ثابت بل هذه الانواع اعني البقر والغنم والحلل في الدية من الاموال المقدرة انتهى
وتصحيح احدى الروايتين ومنع الاخرى ليس بصريح في كلمات الفقهاء وقد مر له نظائر كثيرة في الكتاب وقال بعض الفضلاء لدفع رد صاحب العناية
الوجه الاول يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع الى قولهما انتهى اقول هذا لا يصلح لدفع رد الوجه المذكور وانما يصلح لان يكون جوابا آخر عن اصل الشبهة
لان ماله الى ان يكون في المسئلة عنه روايتان ويكون المروي في احدهما قوله الاول وفي الاخرى قوله الآخر الذي رد اليه وقد ذكره ايضا صاحب العناية

[illegible] قال [illegible] فصل فيما دون النفس قال في نفس الدية وقد ذكرنا
قال في اللسان الدية وفي الذكر الدية والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية هكذا هو في الكتاب
الذي كتبه رسول الله عليه السلام لعمرو بن حزم رضي الله عنه والاصل في الاطراف اذا فوت جنس منفعته حتى الكمال والاذن الاذن بكل الدية لانه لا فرق بين من وجد
بلا لسان من كل وجه فتجب الدية وفي اصل لسانه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وفي هذه الحروف مثل في الدية لانه لا يقدر على الكلام الا بها
لانه اذا قطع الذكر الا ثلثة فاذا كان الاذن الا ثلثة ولو قطع الكل بعض الحروف قيل يقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فيقدر بما لا يقدر يجب وقيل ان قدر على اداء اكثرها يجب حكومة
عدل بحصول الفرق مع الاحتمال ان لم يقدر على اداء الا ثلثة يجب كل الدية لان ظاهر الاصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه يفوت به منفعة الولد والاستمتاع والبول والمرأة بدون
الماء لا يدخل الذي هو فرض فوت الحاجة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان الحشفة اصل في منفعة الايلاج والتقصير كالتابع له قال في العقل الدية وقد ذهب بصره لان العقل
منفعة الادراك الذي يتعلق بنفسه وفيه ومعاشه وكذا اذا ذهب سمعه وبصره وشمه وذوقه لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رضي الله عنه قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب
العقل والكلام والسمع والبصر قال في الجبهة اذا خلقت فلو تبلت الدية لانه يفوت به منفعة الجمال قال وفي شعر الرأس الدية لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي رحمه الله فيهما حكومة
عدل لان ذلك يأذن الله الخلق شعر الرأس كله والجبهة تحصر في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق لهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا ان الحسن في وفيهما جمال
في نفسها لتنويه على الكمال فتجب الدية كما في الاذنين لانهما خصيصتان لكل شعر الرأس جمال الا ترى ان من حلقه تنكشف منه بخلاف شعر الصدر والساق ولانه لا يعلق به جمال
واما لحية العبد فمن ابي حنيفة رحمه الله يجب فيها كمال القيمة والحرة على الظاهر ان المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال وفي اشارات حكومة
عدل وهو الاصح لانه تابع للحية فصار كبعض اطرافها ولحية الخنثى ان كان له ذقن شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لان وجوده كعدمه وان كان
اكثر من ذلك ترك ان على الخنثى والذقن جميعا لكنه غير متصل فيه حكومة عدل لان فيه بعض الجمال

بعد بيان ذينك الوجهين ورد احدهما حيث قال وحمل بعض مشائخنا على ان في المسئلة عن روايتين انتهى ومدار رده احد ذينك الوجهين على ان يكون
المراد به تقرير الشهرة ورفع الخلاف كما ذكره الشراح وذلك لا يتصور الا بان ينحصر القول منه في مسئلة فيما ذكر في المعاقل والا لا يتقرر الشهرة بل ترتفع بالحمل
على القولين منه تفكر تفهم **قوله** ولان حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثره انتقصان بالتنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجزائها
اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه اقول لقائل ان يقول حاصل هذا التعليل القياس ولا مجال له في هذا الباب لان الدية من المقدرات الشرعية ولا يجري
القياس في المقادير على ما نصوا عليه ثم ان صاحب العناية قال في تعليل قوله فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة التبع
للاصل وتبعه العيني اقول لمانع ان يمنع بطلان اللازم فلا محذور في مخالفة التبع الذي هو الاطراف للاصل الذي هو النفس في بعض الاحكام الا يرى
ان القصاص يجري بين العبد والمرأة في النفس ولا يجري بينهما فيما دون النفس عندنا كما مر في كتاب الجنايات فلم لا يجوز المخالفة بين النفس وما دونها في حكم الدية ايضا
فصل فيما دون النفس لما ذكر حكم الدية في النفس ذكر في هذا الفصل حكمها فيما دون النفس لان الاطراف تابعة للنفس فاتبع ذكر حكمها ايضا تحقيقا للمناسبة
قوله اصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف قال في الكافي وغاية البيان فقسنا عليه غيره اذا كان في معناه انتهى اقول
فيه نظر لان الدية من المقدرات الشرعية والقياس لا يجري فيها على ما عرف فالصواب عندي ههنا ان يقال فالحقنا به غيره دلالة **قوله** ولو قدر
على التكلم ببعض الحروف قيل يقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فيقدر بما لا يقدر يجب قال جمهور الشراح والحروف التي تتعلق
باللسان هي الالف والتاء والثاء والجيم والدال والراء والزاء والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون انتهى وقال صاحب العناية
بعد نقل ذلك عن النهاية وفي كون الالف من ذلك نظر لانه من اقصى الحلق على ما عرف انتهى اقول ذكره ساقط اذ الظاهر ان مراد جمهور الشراح بالالف
والتاء والثاء وغيرها ما ذكروا هو الالفاظ التي يتهجى بها لا الحروف المبسوطة التي يتركب منها الكلم والذي من اقصى الحلق انما هو الحرف الذي يقع جزء الكلم كما في
اول اخذ واوسط سال وآخر قرأ لا الحرف الذي يتهجى به وهو لفظ الف اذ هو مركب من ثلثة اجزاء متعلق باللسان بواسطة جزئيه الاوسط الذي هو اللام
فنشأ نظر صاحب العناية عدم وقوفه على مرادهم كيف ولو كان مرادهم ما توهمه لذكروا الهمزة بدل الالف كما لا يخفى فان قلت الالفاظ التي يتهجى بها اسماء
مسمياتها الحروف المبسوطة التي تركبت منها الكلم كما حققه صاحب الكشاف في اول سورة البقرة وجمهور الشراح انما عدوا الالف ونظائره من الحروف
التي تتعلق باللسان فكيف يصح ان يكون مرادهم بذلك ما يتهجى به من الالفاظ قلت قد وقع في عبارات المتقدمين اطلاق الحروف على تلك الالفاظ مجازا
استعمالا للحرف في معنى الكلمة كما نص عليه ايضا صاحب الكشاف هناك وكلام هؤلاء الشراح ههنا بل كلام المصنف رحمه الله ايضا جار على ذلك الاصطلاح
السائغ فيما بين القوم ولهذا يقولون لها حروف التهجي فان قلت لم لم يريدوا بالحروف ههنا الحروف المبسوطة التي تتركب منها الكلم ولم يخرجوا الالف
من عدد الحروف التي تتعلق باللسان قلت لعل سر ذلك ان الغاية من الحروف انما يعرف بالامتحان انما يكون في العادة بحروف التهجي كما وقع

وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ولا يقاد العمد وقط على ما هو المشهور وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية عند مالك والشافعي رحمهما الله تجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في الجبهة قال وفي العينين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الاشفار الدية كذا روي في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفيما كتب النبي عليه السلام لعمرو بن حزم وفي العينين الدية وفي احدهما نصف الدية ولان في تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة وفي كل واحد منها تفويت المنفعة فيجب نصف الدية قال وفي ثدي المرأة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة وفي احدهما نصف دية المرأة لما بينا ثلاث ثدي الرجل حيث تجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن وفي احدهما نصفها لما بيناه قال وفي اشفار العينين الدية تنقص احدهما ربع الدية لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه يحتمل ان مراده الاهداب مجازا كما ذكر محمد رح في الاصل المجاورة كالرواية الغريبة وهي حقيقة في البعير وهذا لانه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الاذى والقذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي اربعة كان في احدها ربع الدية وفي ثلثة منها ثلثة ارباعها ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه كذا لو قطع الجفون باهدابها ففيه دية واحدة لان الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة قال وفي كل اصبع من اصابع اليدين والرجلين عشر الدية لقوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل لان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها قال والاصابع كلها سواء لاطلاق الحديث ولانها سواء في اصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كالعينين مع الشمال وكذا اصابع الرجلين لانه تفويت بقطع كلها منفعة المشي فتجب الدية كاملة توزع عليها عشر اصابعه فتنقسم الدية عليها عشرا قال وفي كل اصبع فيها ثلثة مفاصل ففي احدها ثلث الدية لان الاصبع وما فيها مفصلان ففي احدهما نصف دية الاصبع وفي الآخر ثلث دية الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع قال وفي كل سن خمس من الابل لقوله عليه السلام في حديث ابي موسى الاشعري رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس سواء لاطلاق ما روينا كما روي في بعض الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع وهذا اذا كان خطأ فان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات قال ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوءها لان المعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة ومن ضرب صلعة غيره فانقطع ماؤه وجب الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا لو احدبه لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة فلو زالت الحدبة لا شيء عليه لزوالها لا عن اثر

فصل في الشجاج

قال الشجاج عشرة الحارصة والبازلة والدامعة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق والموضحة والهاشمة والمنقلة والآمة وفسرها علي رضي الله عنه وهي ما روي ان طرفا قطع رجلا لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه فامره ان يقرأ ابت ث فكلما قرأ حرفا اسقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ اوجب من الدية بحسابه وهو الاصل في هذا الباب كما صرح به في الشروح وغيرها فجروا ههنا في العبارة والارادة على وفق ذلك

قوله وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الاجمال **اقول** يرد على ظاهر هذا التعليل انه ينافي سياق كلامه فانه قسم لحية الكوسج على ثلثة اقسام وجعل منها ما كان متصلا فقوله لانه ليس بكوسج في تعليل قوله وان كان متصلا ففيه كمال الدية ينافي ذلك والجواب ان مراده بقوله لانه ليس بكوسج حقيقة وان كان في صورة الكوسج والذي قسم لحيته على ثلثة اقسام في سياق كلامه اعم من الكوسج الحقيقي والصوري فلا منافاة **قوله** والاسنان والاضراس سواء قال في الغاية قالوا فيه نظر والصواب ان يقال والاسنان كلها سواء او يقال والانياب والاضراس كلها سواء لان السن اسم لجنس يدخل تحته اثنان وثلثون اربع منها ثنايا وهي الاسنان المتقدمة اثنتان فوق واثنتان اسفل وثنتان رباعيات وهي ما يلي الثنايا وثنتان تلي الرباعيات وثنتان ضواحك تلي الانياب واثنتا عشرة سنا تسمى الطواحين من كل جانب ثلث فوق وثلث اسفل وبعدها سن وهي آخر الاسنان تسمى ضرس الحلم لانه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل فلا يصح ان يقال الاسنان والاضراس سواء العودة الى المعنى ان يقال الاسنان وبعضها سواء انتهى **اقول** في هذا النظر مبالغة مردودة حيث قيل في اوله والصواب ان يقال وفيه اشارة الى ان ما في الكتاب خطأ وقيل في آخره فلا يصح ان يقال الاسنان والاضراس سواء وفيه تصريح بعدم صحة ما في الكتاب مع ان تصحيحه على طرف التمام فان عطف الخاص على العام طريقة معروفة قد ذكرت في علم البلاغة وله امثلة كثيرة في التنزيل منها قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة ومنها قوله تعالى من كان عدوا لله وملئكته ورسله وجبريل وميكال فجاز ان يكون ما نحن من قبيل ذلك ويعود حاصل معناه الى ان يقال الاضراس وما عداه من الاسنان سواء فانه اذا عطف الخاص على العام يراد بالمعطوف عليه ما عدا المعطوف من افراد العام كما صرحوا به فلا يلزم المحذور ثم ان قوله او يقال والانياب والاضراس كلها سواء معارض بمثل ما اورد على ما في الكتاب فان الاضراس تعم الانيات ايضا كما افصح عنه في المغرب حيث قال الاضراس ما سوى الثنايا من الاسنان وكذا ذكر في النهاية وغيرها فيعود معنى قوله والانياب والاضراس سواء الى ان يقال وبعض الاضراس والاضراس كلها سواء لمثل ما ذكر في الايراد على ما في الكتاب فلا معنى لان يكون ذاك صوابا دون ما في الكتاب نعم الاظهر في افادة المراد ههنا ان يقال والاسنان كلها سواء على ما جاء به لفظ الحديث او ان يقال والاضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر في المبسوط ما جاء به لفظ الحديث او ان يقال والاضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر في المبسوط

فصل في الشجاج لما كان الشجاج نوعا من انواع ما دون النفس ولكن كثرت مسائله اسماء وحكما ذكره في فصل على حدة كذا في الشروح قلت لو ذكر المص لفظ الباب يدل لفظ الفصل في قوله فصل في ما دون النفس ثم ذكر الشجاج التي هي نوع من انواع ما دون النفس وذكر سائر انواعه

الدامعة هي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدامعة في العين والدامية هي التي تسيل الدم والباضعة هي التي تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة هي التي تأخذ في اللحم وتسحق وهي التي تصل الى السحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس والموضحة هي التي توضح العظم اي تبينه والهاشمة هي التي تكسر العظم والمنقلة هي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله والآمة هي التي تصل الى ام الرأس وهو الذي فيه الدماغ قال في موضحة القصاص عن كانت عمدا اذ درء السلام قضى بالقصاص في الموضحة لانه يمكن استيفاء السكين الى العظم فيستوفيان فيتحقق القصاص قال لا قصاص في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين اليه لان ما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذه رواية عن ابي حنيفة رواه الحسن وفي ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس في كسر العظم ولا خوف هلاك فالمسبب غير مسبب اذ لو تيقن حدوثه بقدر ذلك فيقطعه مقدار القطع فيتحقق استيفاء القصاص قال وفيما دون الموضحة حكومة العدل اذ ليس في ما دونها مقدر لا يمكن اعتباره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ما روي عن النخعي عن عمر بن عبد العزيز قال وفي الموضحة ان كانت خاطئة عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهي جائفتان وفيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال في الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمسة عشر وفي الآمة ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احدهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فكذا هذا وبه في النافذة ثلثا الدية وعن محمد رحمه الله جعل التلاحم قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرنا وبه عن ابي يوسف وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذه الشجاج اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها نقر فتلاقي الغالب لا جناية مقصودة فحكمه على ما

التي سيجيء في الفصل الآتي في فصل آخر ايضا لكن احسن واوفق لما هو المتعارف في نظائره كما لا يخفى **قوله** والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم **اقول** تفسير الدامعة والدامية بما ذكر هو الوجه الذي ذكره المصنف وان وقع في كثير من الكتب المعتبرة كالبدائع والكافي وعامة الشروح واقتضاه ترتيب القدوري في مختصره حتى قدم الدامعة على الدامية وصرح به في شرحه لمختصر الكرخي الا انه منظور فيه عندي لانه مخالف لما ذكر في عامة كتب اللغة الموثوق بها فانه قال في المغرب الدامعة من الشجاج هي التي يسيل منها الدم كدمع العين وقبلها الدامية وهي التي تدمى من غير ان يسيل منها دم انتهى وقال في الصحاح والدامعة من الشجاج بعد الدامية قال ابن عبيد الدامية هي التي تدمى من غير ان يسيل منها دم فاذا سال منها الدم فهي الدامعة بالعين غير معجمة انتهى وقال في القاموس والدامعة من الشجاج بعد الدامية انتهى الى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة وسيجيء من المصنف التصريح بان الحكم في الشجاج مرتب على الحقيقة اللغوية في الصحيح فلا مجال للحمل على الاصطلاح المحض ثم اقول الصحيح المطابق للغة في تفسير الدامية والدامعة من الشجاج وترتيبهما ما ذكر في المحيط البرهاني نقلا عن الطحاوي حيث قال فيه اعلم ان اول الشجاج الحارصة بالحاء المهملة وهي التي يشق الجلد ماخوذ من قولهم حرص القصار الثوب اذا شقه في الدق والدامية وهي التي تخدش الجلد وتدميه ولا تسيل الدم هذا ذكره الطحاوي وذكر شيخ الاسلام رحمه الله هي التي تسيل الدم اكثر ما يكون في الدامية من السيلان ماخوذ من دمع العين وكانها سميت بهذا الاسم لان الالم يصل الى صاحبها فتدمع عيناه بسبب ما يجب من الالم الى هنا لفظ المحيط تبصر **قوله** والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه **اقول** في تفسير الباضعة بما ذكره المص تسمح وان تابعه صاحب الكافي وكثير من المتاخرين فيه لان قطع الجلد متحقق في الصورة الاولى ايضا سيما في الدامعة والدامية اذ الظاهر ان يسيل من اظهار الدم واسالته لا يتصور بدون قطع الجلد وقد صرح الشراح بتحقق قطع الجلد في كل من الانواع العشرة للشجة فكان التفسير المذكور شاملا للكل غير مختص بالباضعة فالظاهر في تفسير الباضعة ما ذكر في المحيط الباضعة وهي التي تبضع الدم اي تقطعه وقال في البدائع والباضعة هي التي تبضع اللحم اي تقطعه انتهى ويعضد ذلك ما وضع في معتبرات كتب اللغة فانه قال في المغرب وفي الشجاج الباضعة وهي التي جرحت الجلد وشقت اللحم انتهى وقال في القاموس والباضعة الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم شقا خفيفا وتدمي الا انها لا تسيل انتهى لا يقال فعلى هذا يشتبه الباضعة بالمتلاحمة فانه قال في الكتاب والمتلاحمة وهي التي تأخذ في اللحم وهذا في المال عين ما نقلته عن المحيط والبدائع في تفسير الباضعة لانا نقول من فسر الباضعة بما نقلنا من المعنى الظاهرة لا نقول بتفسير المتلاحمة بما ذكر في الكافي حتى يلزم الاشتباه بل يريد عليه الاشتباه وعن هذا قال في المحيط ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم الى هنا قال شيخ الاسلام ولا تنزع شيئا من اللحم ثم المتلاحمة وهي التي تقطع اللحم وتنزع شيئا من اللحم الى هنا لفظ المحيط وقال في البدائع والباضعة هي التي تبضع اللحم اي تقطعه والمتلاحمة هي التي تذهب في اللحم اكثر مما تذهب الباضعة فيه انتهى وقال في المغرب والمتلاحمة من الشجاج هي التي تشق اللحم دون العظم ثم تتلاحم بعد شقها اي تتلام وتتلاصق انتهى وقال في الصحاح والمتلاحمة الشجة التي اخذت في اللحم وابتلغ السحاق انتهى وقال في القاموس وشجة متلاحمة اخذت فيه ولم تبلغ السحاق انتهى **قوله** وفي الجائفة ثلث الدية قال في الايضاح الجائفة ما اتصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل الشراب اليه كان مفطرا او ما فوق ذلك فليس بجائفة انتهى وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد نقل ذلك فعلى هذا ذكر الجائفة ههنا في مسائل الشجاج مع

قوله لانه يختص الوجه والرأس لغة بما كان في غير الوجه من الرأس يسمى جراحة ومحكومة ترتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق وليد لا يكون فيها ارش مقدر وانما تجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما لانه انما ورد الحكم فيهما لمعنى الشين الذي يلحقه بقاء اثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منحاني قائم وجهه الخصوص هذان لا سواهما اما الشين فقد قيل ليس من الوجه وهو قول ابي حنيفة وقيل لو وجد فيهما فيه ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة لناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد تحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف وجوف الرأس وجوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر فينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشجة من الوضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان الاصل فيه يرد الى المنصوص عليه **فصل**

اتفاقا وكذا قال في العناية نقلا عن النهاية اقول نعم على ما ذكر في الايضاح يكون الامر كذلك الا ان المصنف رح تداركه حيث قال فيما بعد وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس او جوف البطن يعني انها لما تناولت ما في جوف الرأس ايضا كانت من الشجاج فيما اذا وقعت في الرأس فتدخل في مسائل الشجاج باعتبار ذلك فلا يكون ذكرها في فصل الشجاج مجاوزا اتفاقا **قوله** ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة قال في النهاية ومعراج الدراية وكذلك تختص بالجبهة والوجنتين والذقن ايضا على ما ذكرنا من رواية الايضاح انتهى اقول ليس لهذا الكلام وجه لانك ان كلا من الجبهة والوجنتين والذقن داخل في الوجه لانهم صرحوا في اول كتاب الطهارة بان حد الوجه من قصاص الشعر الى اسفل الذقن والى شحمتي الاذن لان المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها وقد صرح الشراح فيما سيأتي في هذا الفصل حتى قال صاحبا النهاية ومعراج الدراية انفسهما ايضا بان الذقن من الوجه بلا خلاف والعظم التي تحت الذقن وهو اللحيان فمن الوجه ايضا عندنا خلافا لمالك وقال المصنف رح ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لشمول الكل فبعد ذلك ما معنى ان يقال وكذلك الرأس بالجبهة والوجنتين والذقن ايضا وكل من العطف وارادة التشبيه بمقتضى المغائرة محالة **قوله** ولانه انما ورد الحكم فيهما لمعنى الشين الذي يلحقه بقاء اثر الجراحة قال بعض الفضلاء دليل على عدم جواز الحاق الجراحة بهما دلالة ففي قوله ولانه تسامح انتهى اقول ان اراد انه دليل على ذلك اصالة فهو ممنوع وان اراد انه دليل اصل له على عدم وجوب ارش مقدر في الجراحة التي في غير الوجه والرأس ولكن تتضمن الدلالة ايضا على عدم جواز الحاق تلك الجراحة بالشجاج دلالة فهو مسلم ولكن قوله في قوله ولانه تسامح ممنوع لان قوله لان التقدير بالتوقيف دليل على عدم وجوب ارش مقدر في الجراحة الكائنة في غير الوجه والرأس ولما كان قوله ولانه انما ورد الحكم فيهما الى آخره دليلا على ذلك ايضا اصالة كان حق الاداء ان يقال ولانه بلا تسامح ايضا ولعل ذلك البعض انما غره تقرير صاحب الكافي هنا حيث قال لان الاثر بالتقدير جاء في الشجاج في الرأس والوجه وغيرهما ليس في معناهما حتى يلحق بهما الشين ورد الحكم فيهما لمعنى الشين الذي يلحقهما ببقاء اثر الجراحة والشين انما يكون فيما يظهر من البدن وهو الوجه والرأس انتهى ولكن لتقدير المصنف رح شان آخر كما ترى **قوله** الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد تحقق فيه معنى المواجهة ايضا قال في النهاية وفي مبسوط شيخ الاسلام ويجب ان يفترض غسل اللحيين في الطهارة لانهما من الوجه على الحقيقة الا انا تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى وهكذا ذكر في الكفاية ومعراج الدراية وايضا واما صاحب العناية فذكره على وجه السؤال والجواب حيث قال قيل عليه فيجب ان يكون غسلهما فرضا في الطهارة واجيب بانا تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول في الجواب اشكال عندي لان اللحيين اذا كان من الوجه على الحقيقة كانا داخلين تحت قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم فيكون ترك وجوب غسلهما بالاجماع نسخا للكتاب بالاجماع وقد تقرر في اصول الفقه ان الاجماع لا ينسخ الكتاب والسنة **قوله** وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس وجوف البطن اقول فيه كلام وهو ان الجائفة ان تناولت ما في جوف الرأس ايضا فالتي في جوف الرأس منها ان كانت من احد الانواع العشرة للشجاج فما معنى ذكرها وبيان حكمها بعد ذكر ذلك تلك الانواع باسرها وبيان حكم كل واحد منها وان لم يكن من احد تلك الانواع بل كانت مغائرة لها فما معنى قوله في صدر الفصل الشجاج عشرة اذ يكون الشجاج حينئذ احدى عشرة اللهم الا ان يقال هي احد تلك الانواع وهو الآمة بدلالة كون حكمها ثلث الدية وذكرها مع حكمها بعد ذكر تلك الانواع مع احكامها لبيان حال قسمها الذي في جوف البطن لا لبيان حال قسمها الذي في جوف الرأس لكنه تعسف لا يخفى

فصل لما كانت الاطراف دون الرأس لها حكم على حدة ذكرها في فصل على حدة كذا في العناية وغيرها اقول لا يذهب على الناظر في مسائل هذا الفصل انها غير منحصرة

وفي اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان في قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب
على ما مر فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية لقوله عليه السلام وفي اليدين الدية وفي احديهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها وان قطعها مع نصف
الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن ابي يوسف رح وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع
اوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد الة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم
يجعل الذراع تبعا في حق الضمين لانه لا يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع والتابع للتبع **قال** وان قطع الكف من المفصل
وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كان اصبعان فالخمس والشيء في الكف وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه
لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شيء واحد ولا الى احدهما بعينه لان كل واحد اصل من وجه فوجبنا الكثرة ولابي حنيفة ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم بها واوجب الشرع
اصبع واحدة عشرا من الابل والترجيح من حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ولكن الكف ثلثة اصابع ارش الاصابع اصول في التقوم
لا كثر حكومة الا اذا استحبت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها **قال** في الاصبع الزائد حكومة عدل لانه جزء من يد ما لكن لا منفعة فيه لانه ليس له شفتان ولذلك السن الشاذ شفتان ما فيه
عين البصر في ذكره ولسانه اذا لم تقطع صحته حكومة عدل وقيل الشافعي رح تجب فيه دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع الاذن ولنا ان الشاذ من جنسه والاعضاء المنفعة فاذا لم تتم صحته
لا ارش له من الشاذ والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف الاذن ولان الشاذ خلقة لان المقصود هو الجمال وهو فوته على الكمال ولذلك لو استمهل الصبي لانه ليس بجمال وانما هو مجرد حسن ومعرفة الصحة فيه
بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم الباكر في العذرة الخطا **قال** ومن شج رجلا فذهب عقله او شعره او سمعه دخل ارش الموضحة في الدية

في الاطراف بل بعضها متعلقة بالاطراف وبعضها متعلقة بالشجاج وبعضها متعلقة بالقتل فالوجه المذكور انما يمشي في بعض منها دون الكل فالاوجه عندي
ان يقال لما كانت مسائل هذا الفصل مسائل متفرقة ولهذا كانت كل مسئلة منها في باب على حدة في مختصر الكرخي كما ذكر في غاية البيان اوردها المصنف رح في
فصل على حدة وآخرها عن الفصلين المارين جريا على ما هو عادة المصنفين من جمع المسائل المتفرقات في فصل واحد وتاخيرها عن سائر الفصول تلافيا لما فات
فيها الا انه لم يصرح بكونها مسائل متفرقة كما هو المعتاد اليها اعتمادا على فهم الناظرين **قوله** وفي اصابع اليد نصف الدية
اي في اصابع اليد الواحدة وهي خمس اصابع نصف الدية ولو لم يكف الاستلزام والاقتضاء في حصول العلم بمسئلة بل كان
لا بد فيه من التصريح بها للزم ان يذكر ايضا ان في الاصبعين عشر الدية وفي ثلث اصابع ثلثة اعشار الدية وفي اربع اصابع اربعة اعشار الدية الى غير ذلك من
المسائل المتروك ذكرها صراحة في الكتاب ويمكن الجواب عنه بان ذكر هذه المسئلة هنا ليس لبيان نفسها اصالة حتى يتوهم الاستدراك بل ليكون ذكرها توطئة
للمسئلة للعاقبة اياها وهي قوله فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية فالمقصود بالبيان هنا وان قطع الاصابع يد بلا كف وهما نصف الدية **قوله**
ولان في قطع الاصابع تفويت جنس البطش وهو الموجب يعني ان في قطع الاصابع كلها تفويت جنس منفعة البطش وهو يوجب الدية الكاملة على ما مر ففي تفويت
نصف منفعة البطش اللازم من قطع اصابع اليد الواحدة نصف الدية لا محالة ثم ان جمهور الشراح قالوا قوله على ما مر اشارة الى قوله ولان في قطع الكف تفويت
جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشرة فيقسم الدية عليها اقول فيه بحث اذ الظاهر ان قوله على ما مر متعلق بقوله وهو الموجب لا بما قبله والا لكان حق قوله
وهو الموجب ان يؤخر قوله على ما مر فاذا كان قوله على ما مر متعلقا بقوله وهو الموجب لم يتم ان يشار به الى ما قاله هؤلاء الشراح اذ ليس في ذلك تعرض لما
هو الموجب للدية حتى يشار اليه هنا بقوله كما مر وقال صاحب الغاية هنا قوله وهو الموجب على ما مر اي الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة
الالة على ما مر في فصل فيما دون النفس انتهى اقول هذا ابعد مما ذهب اليه جمهور الشراح لان بيان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة
الالة مما لا فائدة له اصلا فيما نحن فيه لان المفروض فيه قطع اصابع اليد الواحدة على ما يدل عليه قوله ولان في قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش دون
مجرد ازالة منفعتها بدون القطع حتى يتصور كون قول المصنف رح هنا على ما مر اشارة الى ما ذكره في فصل فيما دون النفس قبيل فصل الشجاج بقوله لان التعلق
تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة كما زعمه صاحب الغاية بخلاف ما مر في ذلك الفصل فان وضع المسئلة هناك فيمن صرف عضوا فاذهب منفعته بدون
ان يقطعه فلبيان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة تاثير تام وفائدة ظاهرة هناك ثم اقول الاقرب الى الحق عندي ان يكون
قول المصنف رح هنا على ما مر اشارة الى ما ذكره في اوائل فصل فيما دون النفس من قوله والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعته على الكمال او ازال
جمالا مقصودا في الادمي على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للادمي انتهى فان الظاهر منه ان الموجب
للدية الكاملة في الاطراف تفويت جنس المنفعة او ازالة الجمال المقصود في الادمي على الكمال فيناسب الاشارة اليه هنا بقوله على ما مر في قوله وهو الموجب
على ما مر **قوله** ولهما ان اليد الة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع اقول لقائل ان يقول الظاهر من هذا الكلام ان يكون كل واحد
من الكف والاصابع مدخل في البطش ومدلول قوله فيما قبل ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها ان يكون الباطش هو الاصابع لا غير فبين كلاميه
في المقامين نوع تدافع وكان صاحب الكافي تفطن لهذا حيث غير تحرير المصنف هنا فقال لهما ان ارش اليد انما يجب باعتبار انه الة باطشة والاصل فيه

لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وذلك بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر لا يدخل لان كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرنا **قال** وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن ابي يوسف ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كلا منها جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا

البطش الاصابع والكف تبع لها اما الساعد فلا يتبعها لانه غير متصل بها فلم يجعل تبعا لها في حق التضمين انتهى ثم اقول يمكن التوفيق بين كلامي المصنف ره ايضا بوجه عنايته وهو ان يقدر المضاف في قوله فيما قبل لان البطش بها اي لان اصل البطش بها كما قال في الكافي هناك لان قوام البطش بها فلا ينافي ان يكون بالكف ايضا بطش في الجملة بالتبعية فيرتفع التدافع **قوله** لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات اقول فيه نظر اذ لو كان فوات العقل بمنزلة الموت وكان هذا مدار دخول ارش الموضحة في الدية لما تم ما سبق في فصل فيما دون النفس من انه قد روي ان عمر رضي الله عنه قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فانهم صرحوا بانه لو مات من الشجة لم يلزمه الا دية واحدة فلو صح كون فوات العقل بمنزلة الموت لما ازيد في ضربة ذهب بها العقل الا دية واحدة فليتامل **قوله** وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط قال صاحب النهاية اي لو نبت الشعر والتأمت الشجة فصار كما كان لا يجب شيء فثبت بهذا ان وجوب ارش الموضحة بسبب فوات الشعر انتهى وقال صاحب العناية قوله وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر لبيان الجزئية وقوله حتى لو نبت يعني الشعر يسقط يعني ارش الموضحة لبيان ان الارش يجب بالفوات كذا في النهاية وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما انتهى اقول ان قوله وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما ليس بشيء اذ لا ريب ان كون وجوب ارش الموضحة بفوات جزء من الشعر لا لمجرد تفريق الاتصال والايلام الشديد امر خفي جدا غير معلوم بدون البيان والاعلام اذ كان الظاهر المتبادر مما ذكر في فصل الشجاج ان لا يشترط في وجوب ارش الموضحة فوات جزء من الشعر بالكلية بان لا ينبت من بعد اصلا فانهم قالوا الموضحة من الشجاج هي التي توضح العظم اي تبينه ثم بينوا حكمها بانه القصاص ان كانت عمدا ونصف عشر الدية ان كانت خطأ ولا شك ان اسم الموضحة وحدها المذكور يتحقق فيما ينبت فيه الشعر وكان اشتراط ان لا ينبت الشعر بعد البرء اصلا في وجوب ارشها امرا خفيا محتاجا الى البيان بل الى البرهان ولهذا قال المصنف ره وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط وقال في الكافي ووجوب ارش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر ولهذا لو نبت الشعر على ذلك الموضع واستوى لا يجب شيء وقال في المبسوط وجوب ارش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل انه لو نبت الشعر على ذلك الموضع فاستوى كما كان لا يجب شيء الى غير ذلك من البيانات الواقعة من الثقات **قوله** وجوابه ما ذكرناه قال في العناية قيل يعني به قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو اشتمل من الاول بحث لان المراد بسبب واحد في قول المصنف ره وقد تعلقا بسبب واحد انما هو فوات الشعر كما يرشد اليه **قوله** داخل الجزء في الجملة لان بعض الجزء لو جد في صورة فوات شعر راسه بالشجة لا في صورة ذهاب عقله بها وقد صرح الشراح حتى صاحب العناية تعسفا بكونه مراد المصنف ره بسبب واحد هناك فوات الشعر حيث قال في شرح قوله وقد تعلقا يعني ارش الموضحة في الدية بسبب واحد وهو فوات الشعر لكن سبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل فدخل الجزء في الجملة انتهى ولا يخفى ان هذا المعنى مختص بالمسئلة الثانية وهي صورة ذهاب شعر راسه كما ان قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء مختص بالمسئلة الاولى وهي صورة ذهاب عقله فكيف يصح القول بان الفعل الثاني اشمل من الاول والوجه عندي ان يكون مراد المصنف ره بقوله ما ذكرناه في قوله وجوابه ما ذكرناه مجموع ما ذكره في تعليلي المسئلتين فحينئذ يوجد الشمول بلا غبار كما لا يخفى **قوله** وجه الاول ان كل واحد جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء قال في شرح الدراية قال الهندواني كنا نفرق بهذا الفرق حتى رايت في نفسه وهو انه لو قطع يده فذهب عقله ان عليه دية العقل وارش اليد بلا خلاف من احد فلو كان زوال العقل كزوال الروح لما وجب ارش اليد كما لو مات

والصحيح من الفرق ان الجناية وقعت على عضو واحد في العقل ووقعت في السمع والبصر على عضوين فلا يدخل انتهى اقول كما ينتقض الفرق المذكور في الكتاب بالمسئلة التي ذكرها الهندواني كذلك ينتقض ما عده صحيحا من الفرق بتلك المسئلة فان الجناية وقعت فيها ايضا عضو واحد وهو اليد مع انه الا لم يدخل ارش اليد في الدية وان اعتبر العقل في تلك المسئلة عضوا مغائرا لعضو اليد فيكون الجناية فيها واقعة على العضوين بذلك الاعتبار فلم لم يعتبر العقل في مسئلة الشجة ايضا عده مغائرا لمحل الشجة حتى يكون هذه المسئلة ايضا بذلك الاعتبار من قبيل ما وقعت الجناية على عضوين فلا يدخل الارش في الدية كما في السمع والبصر بحجة ما عده الهندواني صحيحا من الفرق هنا لا يخلو عن الانتقاض ايضا فتامل **قوله** ووجه الثاني ان السمع والكلام مبطن قال صاحب الغاية قيل يريد به الكلام النفسي بحيث لا يتسع فيها المعاني ولا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسيرا جدا وان كان المراد به التكلم بالحروف والاصوات ففي جعله مبطنا نظر انتهى اقول يمكن ان يقال المراد به هو الثاني والمراد بكون السمع والكلام مبطنا كونهما مستورا غائبا عن الحس بخلاف البصر فان محله ظاهر مشاهد فيندفع النظر كما ترى **قوله** وينبغي ان تجب الدية في الفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل اقول لقائل ان يقول هذا يخالف وينافي ما ذكره فيما قبل من قوله وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الكل كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده فان مقتضى ما اسلفه ان يجب في الكل كما اذا سبب الدية ويدخل الجزء في الكل على خلاف ما ذكره ههنا اللهم الا ان يكون بناء اختلاف ما ذكره في المقامين على اختلاف الروايتين في المسئلة ومما يعضده كلام تاج الشريعة ههنا حيث قال وذكر الصدر الشهيد في الجامع على نحو ما ذكر ههنا وذكر فخر الاسلام البزدوي في مبسوطه اجمعوا على انه لو قطع فصل من اصبع فشل الباقي فانه يجب في الكل الارش ويجعل كله جناية واحدة انتهى تدبر **قوله** ولهذا يستانى حولا بالاجماع اي يؤجل سنة بالاجماع وذكر في التتمة ان سن البالغ اذا اسقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحوال هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التاجيل الا ان قبل البرء لا يقتص ولا الى حول الارش لانه لا يدري عاقبته انتهى قال صاحب الغاية بعد نقل ذلك اجمالا وليس بظاهر وانما الظاهر ما قال المصنف ره وانما الحول مشتمل على الفصول الاربعة ولها تاثير فيما يتعلق ببدن الانسان فلعل فصلا منها يوافق مزاج المجني عليه فيؤثر في انباته وقال ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لانه قال في الذخيرة وبعض مشائخنا قالوا الاستثناء حولا في فصل القلع في البالغ والصغير جميعا لقوله عليه السلام في الجراحات كلها يستانى حولا وهو كما ترى ينافي الاجماع انتهى اقول نظره ساقط لان الذي ينافي الاجماع ما نقله عن الذخيرة انما هو مفهوم قوله وبعض مشائخنا قالوا اي مفهوم المخالفة لكن مفهوم ذلك انما هو عدم اجماع المشائخ لا عدم اجماع المجتهدين ومراد المصنف ره بالاجماع في قوله ولهذا يستانى حولا بالاجماع انما هو اجماع المجتهدين دون اجماع المشائخ وانتفاء احد الاجماعين لا يستلزم انتفاء الاخر الا يرى ان المشائخ كثيرا ما يختلفون في رواية المسئلة عن المجتهدين فبعضهم يروي اجماع المجتهدين فيها وبعضهم يروي اختلافهم فيها وانحن فيه يشبه ان يكون من هذا القبيل كما يشعر به ما ذكر في غاية البيان فانه قال فيما نقل الناطفي في الاجناس عن نوادر ابي يوسف ورواية ابن سماعة قال ابو يوسف ره ربما قلع سن رجل لا ينتظر بها حولا وانما ينتظر بسن الصبي واقتص عليه بارشها

ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص لانه لا يمكن ان يضربه ضربا تسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي ولا قصاص فيما ذكرنا وكذا لو احمر او اخضر **قال** ومن شعر رجل فاستحصد ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف يجب عليه ارش الاول وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالاول الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد رح عليه اجرة الطبيب وثمن الدواء لانه انما لزمه اجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كاذا اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة رح يقول ان المداواة على اصله لا تستقيم الا بعقد او بشبهته ولم يوجد فحق الجاني فلا يغرم شيئا **قال** ومن ضرب رجلا مأمومة فبرأ منها فعليه ارش الضرب وهما اذا لم يبق اثره وهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة **قال** ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وهما لم يبق اثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة **قال** ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ وقال الشافعي رح يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل وكذا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم لتعلقها بالسراية الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء **قال** وكل عمد يسقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع

وذلك لان هذه السن بعد البلوغ نادر والى هذه الرواية مال بعض اصحابنا مثل خواهر زاده وغيره وقال الناطفي ايضا قال في الجبر ولو نزع سن صبي ينبغي ان يأخذ نصيبا عن النازع للمنزوع سنة ويؤجله سنة سنة يوم نزع سنة فاذا مضت سنة ولم تنبت اقبض له وعلى هذه الرواية لم يفرق كثير من مشايخنا بين سن البالغ والصغير بل قالوا بالاستثناء فيهما جميعا واليه ذهب القدوري والسرخسي وغيرهما الى هنا لفظ النهاية والظاهر ان المصنف رح ايضا ذهب اليه فقال ولهذا يستأنى حولا بالاجماع من غير فرق بين الصبي والبالغ وادعى الاجماع لما ذكر في الذخيرة منافيا للاجماع ولم يجعل ما ذكر في التتمة منافيا له حيث لم يورد النظر مع كون منافاته اياه اظهر على تقدير حمل الاجماع على اجماع المشايخ كما هو مدار نظره المذكور وعن هذا قال صاحب النهاية وصاحب الكفاية ومعراج الدراية قوله ولهذا يستأنى حولا بالاجماع يخالف رواية التتمة **قوله** ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة في السن وفي ماله قال في الذخيرة والمحيط اوجب محمد رح كمال الارش باسوداد السن ولم يفصل بين ان يكون السن من الاضراس التي لا ترى ومن العوارض التي ترى قالوا يجب ان يكون الجواب فيها على التفصيل ان كان السن من الاضراس التي لا ترى ان فاتت منفعة المضغ بالاسوداد يجب الارش كاملا والا يجب حكومة العدل وان كان السن من العوارض التي ترى وتظهر يجب كمال الارش بالاسوداد وان لم يفت منفعته لانه فوت جمالا على الكمال انتهى وهكذا ذكره الشراح هنا وعزاه اكثرهم الى الذخيرة فقط واورد بعض الفضلاء على جواب الشق الثاني من التفصيل انه خالف لما ذكره قبيل فصل الشجاج من ان الجمال تابع في العضو الذي يقصد منه المنفعة انتهى اقول يمكن ان يجاب عنه بان المنفعة في الاسنان التي ترى ليست بمقصودة منها بالذات وان حصلت فيها ايضا في الجملة وانما المقصود منها بالذات الجمال والزينة للانسان وهذا ذكره قبيل فصل الشجاج ومن كون الجمال تابعا انما هو في الاعضاء التي يقصد منها المنفعة اصالة كاليد ونحوها فلا مخالفة **قوله** لقوله عليه السلام لا يعقل العواقل عمدا الحديث قال صاحب النهاية فيه نظر لانه من كلام ابن عباس والشعبي وقد مر انفا انتهى اقول هذا النظر في غاية السقوط اما اولا فلان هذا الحديث كما روي موقوفا على ابن عباس والشعبي روي ايضا مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما نص عليه هذا صاحب الكافي حيث قال والاصل فيه حديث ابن عباس رض موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة انتهى وكذا نص عليه المصنف رح في كتاب المعاقل بهذا المنوال فكان من كلام النبي عليه الصلوة والسلام على ما روي مرفوعا اليه بلا ريب وهذا يكفي في صحة عبارة المصنف رح هنا كما لا يخفى واما ثانيا فلانه على ما روي موقوفا ايضا يحمل على الرواية عن النبي عليه السلام لانه مما يعلم بالرأي بل يتوقف على السماع ومثل هذا يحمل على السماع صيانة للصحابي عن الكذب والجزاف ويصير الموقوف فيه كالمرفوع على ما تقرر في علم الاصول ومر في الكتاب مرارا فصح قول المصنف رح في حق هذا الحديث لقوله عليه السلام على كل حال والعجب من صاحب النهاية انه قال وقد مر انفا والذي مر منه انفا يصير جوابا عن نظره هذا فانه قال هناك روى محمد رح بن الحسن رح في موطاه وقال اخبرنا عبد الرحمن بن ابي الزناد عن ابيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس رض قال لا يعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك وهذا لا يعلم الا من طريق التوقيف فحمل على انه رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم لصيانته عن الكذب والجزاف الى هنا لفظه وهذا صريح في الجواب عن نظره هنا كما لا يخفى **قوله** غير ان الاول يجب في ثلث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد اقول ان قيد ابتداء في قوله وجب بالقتل ابتداء مستدرك بل مفسد لان المصنف رح قال في اوائل كتاب الجنايات اثنا بيان ان من موجب شبه العمد الدية المغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة فلو كان المعلل هنا ما لا وجب بالقتل ابتداء لوجب على العاقلة مقتضى الاصل المذكور هناك مع انه يجب على القاتل في ماله كما صرح به انفا فالوجه ان يترك قيد

قال واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رح هي حالة لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتاجيل للتخفيف والخاطئ وشبه العمد خطأ ولنا انه مال وجب بالقتل فلا يستحقه ولان مال وجب جبرا لحق وحق نفسه حال فلا يجبر بالمؤجل ولنا انه مال وجب بالقتل فيكون موجلا كدية الخطاء وشبه العمد وهذا لان القياس في تقوم الآدمي بالمال العدم اعتبارا وتقديره ثبت بالشرع ورد به موجلا لا معجلا لانه لا يصلح عقوبة لا سيما الى العادة والتاجيل تغليظا باعتبار العمد وهذه الزيادة وصفا وكل جناية اعتبرت بالجناية فهي مالية لا يصلح عقوبة ولان الاداء لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال فعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وقال الشافعي رح هو عمد لان الصبي والمجنون كالمعتوه موجبها سماوية فصار هذا والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي رح عمد عمد حتى تجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد وهو القصد الصحيح عليه حكمه الآخر هو الوجوب في ماله ولهذا يتحقق الكفارة به ويحرم عن الميراث على اصله لانهما يقتلان بالقتل ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطأه سواء ولان الصبي مظنة الرحمة والعاقل الخاطئ لا يستحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة والصبي هو اعلم لانه يجد التخفيف لا لانه يحقق العمد منه فانه يتصور العلم بالقتل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فلا يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كما هي كفارة ولا ذنب تستره لانها مؤداة بالقلم

فصل في الجنين

قال واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا غرة وهي نصف عشر الدية قال رضي الله عنه يعني دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس ان الواجب قيمته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وبه لا يستحق ثابتا وروي عن النبي عليه السلام انه قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة درهم او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بخمسمائة نحو مالك والشافعي وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم

ابتداء هنا فيقال لانه مال وجب بالقتل احترازا عما وجب بالعمد كما في القسم الثاني فانه يجب مالا ولكن اصاب فيما بعد حيث قال ولنا انه مال وجب بالقتل فيكون موجلا كدية الخطاء وشبه العمد **قوله** واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين قال صاحب النهاية كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية فلذا ذكره لبيان خلاف الشافعي رح انتهى اقول اعتباره هذا ليس بسديد اما اولا فلان ذكر حكم هذه المسئلة بعد ذكر تلك الضابطة الكلية قد وقع في مختصر القدوري والهداية ايضا بدون بيان خلاف الشافعي رح اصلا فكيف يصلح بيان المصنف رح في قوله شرحه خلاف الشافعي رح لان يكون عذرا من ذكره حكم هذه المسئلة في متنه قبل مدة ومن ذكر ذكر القدوري اياه في مختصره قبل سنين متكاثرة وهل تنبهوا العاقل بمثل ذلك الاعتذار واما ثانيا فلان خلاف الشافعي رح ليس بمعتبر في حكم هذه المسئلة المنفردة بالذكر بل خلافه متحقق في حكم تلك الضابطة الكلية على الاطلاق فانه لا يقول بالتاجيل في العمد اصلا بل يخصصه بالخطاء كما يفصح عنه تعليله المذكور في الكتاب وتلك الضابطة الكلية انما هي العمد وحكمها التاجيل مطلقا كما صرح به المصنف رح بقوله غير ان الاول يجب في ثلث سنين فقصد بيان خلاف الشافعي رح لا يقتضي افراد حكم هذه المسئلة بالذكر بعد ذكر تلك الضابطة الكلية فلا تمشية للاعتذار المذكور اصلا

فصل في الجنين لما ذكر احكام الجناية المتعلقة بالآدمي من كل وجه شرع في بيان احكامها المتعلقة بالآدمي من وجه دون وجه وهو الجنين بيان ذلك ما ذكره شمس الائمة السرخسي في اصوله ان الجنين ما دام مستتبعا في البطن ليس له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الآدمي لكونه منفردا بالحيوة بعد لان يكون نفسا له ذمة فباعتبار هذا الوجه يكون اهلا لوجوب الحق له من عتق او ارث او نسب او وصية وباعتبار الوجه الاول لا يكون اهلا لوجوب الحق عليه فاما بعد ما يولد فله ذمة صالحة ولهذا لو انقلب على مال انسان فاتلفه يكون ضامنا له ويلزمه مهر امرأته بعقد الولي **قوله** وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم اقول في هذا التفصيل الذي ذكره بقوله وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة استدراك بعد ان قال قبله معناه دية الرجل لان عشر دية المرأة هو نصف عشر دية الرجل في المقدار بلا ريب اذ قد تقرر فيما مر ان دية المرأة نصف دية الرجل فعشر دية نصف عشر دية لا محالة وقد نص عليه هنا بقوله وكل منهما خمسمائة درهم فما فائدة هذا التفصيل الفارق بين الذكر والانثى في مجرد العبارة وانما كان يظهر فائدته ان لو لم يفسر نصف عشر الدية الواقع في كلام القدوري بقوله معناه دية الرجل فانه كان يحتمل حينئذ نصف عشر دية الرجل ونصف عشر دية المرأة فيفيد التفصيل المذكور عن هذا فصل صاحب الكافي كما فصله المصنف رح ولم يتعرض قبله لتفسير عشر الدية بعشر دية الرجل **قوله** والقياس ان لا يجب شيء لانه لا يتيقن بحيوته قال في العناية وكثير من الشروح تمسكا بما في الكتاب وفعل القتيل لما يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك انتهى اقول يرد على هذا البيان انه انما يتم ان لو ثبت كون الغرة جزاء فعل القتل وهو ممنوع لجواز ان يكون جزاء اتلاف عضو من الآدمي صالح للحيوة كما يجب في اتلاف سائر اعضائه شيء من الدية على ما مر تفصيله والاظهر في البيان هنا ما ذكر في غاية البيان ثانيا بقوله ولان الجنين في حكم الاعضاء بدلالة انه لا يكمل بارشه والاعضاء لو انفصلت بعد الموت لا تقوم انتهى تدبر **قوله** والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فان قيل الظاهر انه حي او معد للحيوة قال الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الا نقصان الام ان يكن انتهى ورد بعض الفضلاء قوله او معد للحيوة في تقرير السؤال حيث قال كونه معدا للحيوة ممنوع لجواز ان يفسد الماء في الرحم فحينئذ ينبغي استعداده للحيوة ولقد اشار اليه في النهاية حيث قال نقلا عن المبسوط ثم الماء في الرحم ما لم يفسد فهو معد للحيوة فيصل كالحي في ايجاب الضمان باتلافه كبيض الصيد في حق المحرم كالصيد في ايجاب الجزاء عليه بكسره انتهى تصرف **قوله** وهي على العاقلة عندنا اذا كانت

وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال ودوه وقالوا انه روى من لا صحة له ولا اصل الحديث الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة وتجب في سنة وقال الشافعي في ثلث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روى عن محمد بن الحسن رحمه الله انه قال بلغنا ان رسول الله عليه السلام جعل على العاقلة في سنة

خمسمائة درهم اعلم ان الناظرين في هذا المقام تحيروا في توجيه هذا القيد اعني قوله اذا كانت خمسمائة درهم فقال صاحب النهاية قيد بهذا احترازا عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة كذا وجدت بخط شيخي لكن هذا لا يتضح لي لان ما وجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة درهم على ما يجيء الى هنا كلامه وسائر الشراح ايضا ذكروا التوجيه الذي نقله صاحب النهاية عن القدوري ورده بما رده صاحب النهاية وقال صاحب الغاية وقوله اذا كانت خمسمائة كانه سهو القلم وينبغي ان يكون اذ بسكون الذال بالالف بعدها يعني انها انما تجب على العاقلة لانها مقدرة بخمسمائة درهم والعاقلة تعقل خمسمائة درهم فيقبل ما دونها انتهى وقد نقل صاحب العناية هذا التوجيه ولم يتعرض له برد بعد ان نقل التوجيه الاول مع رده حيث قال قيد به احترازا عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة ورد بان ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة على ما يجيء وقيل لعله وقع سهوا من الكاتب وكان في الاصل اذ كان خمسمائة تعليلا لكونها على العاقلة انتهى وكانه ارتضى التوجيه الثاني اقول التوجيه الثاني ايضا مردود عندي اذ لا معنى للتعليل بكونها على العاقلة بكونها خمسمائة درهم فانه يتنقض بما يجب في جنين الامة اذا بلغ خمسمائة درهم فانه على الضارب كما دونه لا على العاقلة كما صرحوا به انفا حيث قالوا ان ما وجب في جنين الامة فهو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة مع جريان التعليل المذكور فيه عند بلوغه الى خمسمائة درهم فما فوقها فان مثل ذلك كله في مال القتل كما مر في الفصل السابق مع جريان التعليل المذكور فيه ايضا ثم اقول هنا توجيه آخر لم يذكره الشراح وهو ان يكون القيد المذكور للاحتراز عن جنين الامة مطلقا بان يكون معناه اذا كانت خمسمائة درهم على الثبات بتقدير الشرع ذلك القدر المعين وهذا انما يكون في جنين الحرة فان الواجب في جنين الامة نصف عشر قيمته لو كان حيا ان كان ذكرا وعشر قيمته حيا ان كان انثى من غير تعيين قدر معين من العدد فضلا عن ان تبلغ خمسمائة فحينئذ يحصل المرام من غير كلفة كما ترى **قوله** وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء اقول في تعليله نظر لان مجرد كونه بدل الجزء لا يقتضي كونه في مال الجاني بل لا بد من ان يكون البدل اقل من خمسمائة درهم والبدل فيما نحن فيه تمام خمسمائة درهم وقد قيل هذا الفصل ان عمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا ويمكن ان يقال ان مذهب مالك ان لا يجب بدل الجزء على العاقلة فيما اذا كان اقل من ثلث الدية كما صرحوا به وما نحن فيه كذلك فيكون هذا التعليل من قبيل ذلك ولكنه من باب رد المختلف على المختلف تامل تقف **قوله** ولانه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال ودوه اقول في الاستدلال على انه بدل النفس بتسمية النبي عليه الصلوة والسلام دية بحث فانه عليه السلام سمى كثيرا من بدل الاعضاء والاجساد دية الا ترى الى ما مر في فصل ما دون النفس ان سعيد بن المسيب رضي الله عنه روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المأمومة الدية وهكذا كتب لعمرو بن حزم وكتب له ايضا في العينين الدية وفي احداهما نصف الدية الى غير ذلك فليتامل في الدفع **قوله** الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة قال صاحب الغاية قول المصنف رحمه الله متعلق بقوله وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة وكانه يقول اذا كانت الغرة اقل من خمسمائة درهم لا تعقله العاقلة ولنا فيه نظر لان في جنين الامة لا فائدة على العاقلة اصلا لان الواجب في جنين الامة على الضارب مطلقا انتهى اقول نظره ساقط لان قول المصنف رحمه الله الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة انما يدل على انها تعقل خمسمائة فصاعدا بطريق مفهوم العاقلة وهو ليس بمعتبر عندنا ولئن سلمنا اعتباره عندنا ايضا في الروايات فمفهوم قوله المذكور انها تعقل خمسمائة متعلقا في الجملة لا انها تعقلها في كل مادة حتى يرد النقض بالواجب في جنين الامة اذا بلغ خمسمائة حيث يكون على الضارب لا على العاقلة وقال صاحب العناية قول المصنف رحمه الله الا ان العواقل لا تعقل فيما دون خمسمائة جواب عما يقال الحديث يدل على ان الدية على العاقلة قليلة كانت او كثيرة وتم قيد تم بقوله اذا كانت خمسمائة وقد علمت ما يرد عليه من النظر انتهى اقول

ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التاجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل اكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلث سنين ويستوي فيه المكره والاثم على ما روينا ولان في الجنين انما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الادمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة فان القت حيا ثم مات ففيه دية كاملة لانه اتلف حيا بالضرب السابق وان القت ميتا ثم مات لام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها وقد صح انه عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة وان ماتت الام من الضربة فقد خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين لانه قتل شخصين وان ماتت ثم القت ميتا فعليه دية في الام ولا شيء في الجنين وقال الشافعي رحمه الله تجب الغرة في الجنين لان اتلافه موته بالضرب فصار كما اذا القته ميتا وهي حية لنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك قال ما يجب في الجنين موروث عنه لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأة فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلته لا غرة ولا يرث منها لانه قاتل لفرع حي مباشرة ولا ميراث للقاتل قال وفي جنين الامة اذا كان خمسة اعشر قيمته لو كان حيا عشر قيمته لو كان اثنى وقال الشافعي رحمه الله فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل

الظاهر ان مراده بما يرد عليه من النظر ما ذكره فيما مر لقوله وروبان ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة الا انه علمت سقوطه ايضا بما بيناه في سقوط نظر صاحب الغاية انفا ثم اقول في تقريره مراد المصنف رحمه هنا خلل اذ لا يتم حينئذ السؤال ولا الجواب اما الاول فلان مدلول الحديث المذكور قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية جنين الحرة على العاقلة وديته تبلغ خمسمائة درهم بالاجماع فمن اين يدل الحديث على ان الدية لو كانت قليلة بحيث لم تبلغ خمسمائة درهم يكون ايضا على العاقلة حتى يتوجه ان يقال انه ينافي تقييدكم لقولكم اذا كانت خمسمائة درهم واما الثاني فلان الحديث المذكور لو دل على ان الدية سواء كانت اقل من خمسمائة لان يكون معمولا به في مقابلة ذلك الحديث بدون بيان نص يشهد بذلك حتى يصلح الجواب عما ذكره كما قرره قوله

ولانه اذا كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التاجيل الى سنة اقول لقائل ان يقول لم لم يعكس الامر اي لم يعمل في حق التاجيل بالشبه الاول وفي حق التوريث بالشبه الثاني ولم يبين وجه ذلك لا يتم المطلوب هنا والاظهر في تقريره هنا ما ذكر في الكافي اخذا من المبسوط حيث قال ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس موروثة في الام حتى ينفصل عنها فيه فالجناية عليه قبل الانفصال يعتبر بالجناية عليه بعد الانفصال فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فلا يثبت من التاجيل الا القدر المتيقن انتهى تدبر تفهم قوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل اكثر من نصف العشر يجب في سنة قال صاحب النهاية هذا هو الصحيح من لفظ الكتاب وقوله اكثر بدون الواو بدل اقل اي اذا كان ذلك الاقل اكثر من نصف العشر وفي بعض النسخ اكثر وكلاهما غير صحيح لانه لا يبقى بدلا حينئذ انتهى كلامه وتبعه جماعة من الشراح وقال صاحب العناية وقوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل اكثر من نصف العشر هو الصحيح من النسخ وفي بعضها واكثر قال الشارحون وكلاهما غير صحيح لان المراد ان يكون الاقل من ثلث الدية اكثر من نصف العشر وهو انما يكون اذا كان اكثر منه لا اقل او بدلا منه ولعل العطف بالواو يفيد ذلك الى هنا لفظه اقول فيه شيء وهو ان بين قوله ولعل العطف بالواو يفيد ذلك ايضا وبين قوله هو الصحيح من النسخ تقصير الصحة على الاول تدافعا لا يخفى اللهم الا ان يكون مراده قصر الصحة على الاول من حيث الرواية لا من حيث سداد المعنى فحينئذ يندفع التدافع وقال صاحب الغاية وقوله اكثر بدون الواو العاطفة في اوله على انه صفة لقوله اقل اي اذا كان بدل العضو ثلث الدية او كان اقل من ثلث الدية لان ذلك الاقل اكثر من نصف عشر الدية يجب في سنة واحدة ولكن لنا في التقييد بالاكثر نظر لانه اقل من اكثر من نصف عشر الدية بل كان قدر نصف عشر الدية الى ثلثها يجب في سنة انتهى ونقل صاحب العناية مضمون نظره ولم يتعرض للجواب عنه حيث قال وفي بعض الشروح ان تقييده بالاكثر ليس بمفيد لانه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك انتهى فكانه ارتضاه واشار صاحب الكفاية الى الجواب عنه حيث قال بعد تصحيح النسخة الاولى لكن التقريب انما يتاتى ان لو كان نصف العشر واجبا في سنة لان الغرة مقدرة بنصف العشر ولم يتعرض له لانه لما كان اكثر من نصف العشر موجلا بسنة فاولى ان يكون نصف العشر موجلا بها انتهى اقول فيه نظر اذ لا نسلم انه اذا كان ما هو اكثر من نصف العشر موجلا بسنة فاولى ان يكون نصف العشر ايضا موجلا بسنة لجواز ان يكون نصف العشر غير موجل اصلا كاقل من نصف العشر او يكون موجلا باقل من سنة وبذلك لا يتم التقريب كما لا يخفى قوله ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك اعترض عليه بان الشك ثابت فيما اذا القت جنينا ميتا لاحتمال ان يكون الموت من الضرب واحتمال ان لم ينفخ فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو اول ما ذكر في هذا الفصل واجيب بان الغرة في تلك الصورة تثبت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس ما نحن فيه في معناه لان فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه شتى احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الام وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك قياسا ولا دلالة فبقي على اصل الاحتمال

التصحيح

ولعدم بدله لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان من الاصل لا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال ابو يوسف رح يجب ضمان النقصان لو انفصلت الام اعتبارا بالجنين
البهائم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكره ان شاء الله تعالى فصار الاعتبار على اصله **قال** فان ضربت فاعتق المولى باقي بطنها ثم القته حيا ثم مات فعليه قيمته
حيا ولا تجب الدية والمسألة بعد العتق لانه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه صار قاتلا اياه وهو حي فنظرنا الى
حالة السبب والتلف قيل هذا عندهما وعند محمد رح تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية عندهما بانيك من حين انشاء الله تعالى **قال** لا كفارة
في الجنين وعند الشافعي رح تجب لانه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة تتبعها مضرة البقاء وهي انتقاص النفوس الحاصلة فلا تعتد بها وهذا لان الجنين كالعضو قالوا الا ان يشاء ذلك لانه اذا كان
محظورا فاذا تقرر له الله تعالى كان افضل او يستغفر عما صنع الجنين الذي قد سنبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في تغيير هذه الاحكام لا طلاق عاد ولا نه ولان حق امومية الولد ونقضاء
العدة والنفاس وعند ذلك فكيف يراعى الحكم ولان هذا القدر يتميز عن الحقيقة والله اعلم

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس ان يتزعه لان كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه
وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك فان بكل واحد حق النقض لو احدث غيرهم فيه شيئا فكذا في الحق المشترك **قال** ويسع
للذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق بما في المسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا
لا سدم **قال** ليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا او ميزابا الا باذنهم لانهم لهم لهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف الا باذنهم او لو رضوا باذنهم في
الطريق النافذ لا التصرف لانه تتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل في كل واحد كانه هو المالك وحق حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع لانه ذلك غير النافذ لان الوصول الى رضاهم
ممكن فتبقى على الشبهة حقيقة وحكما **قال** واذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته لانه مسبب لتلفه متعد في تشبيه هواء الطريق وهذا اصل سائر الباب
وكذلك اذا سقط شيء مما ذكرنا في اول الباب لكن اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فمات فالضمان على الذي حدث فيه لانه يصير كالذي رماه اياه عليه وان سقط
نظر فان صاحبه مات منه في الحال يجب قتله فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيه لانه وضعه في ملكه وان اصابه مكان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا فيه لا ضرورة لانه
يمكنه ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف كما اذا جنيه
مبتغ وانسان ولو لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا للاحوال ولو اشرع جناحا الى الطريق فسقط على رجل فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم باع
الخشبة وبنى البيت فاشتراها المشتري فعطب بها انسان فالضمان على البائع لان فعله وهو الوضع لم يتغير بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع في الطريق جمرا فاحرق شيئا يضمنه لانه متعد
فيه ولو حركته الريح حتى وضعه آخر فاحرق شيئا لم يضمنه لتغير الريح فعله وقيل اذا كان الهواء ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد فرط اليها فجعل كمباشرته

وهو عدم وجوب الضمان كذا في العناية اخذا من النهاية واورد بعض الفضلاء على هذا الجواب حيث قال
لقائل ان يقول النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم في الجنين غرة يشمله فلا حاجة الى الالحاق انتهى اقول هذا امر عجيب من
مثله فان مضمون ايراده مع جوابه مذكور في شرح تاج الشريعة هنا ولم يظفر بجواب ايراده اصلا والذي ذكره في شرح تاج الشريعة هنا هكذا فان قلت عموم
قوله عليه السلام في الجنين غرة عبدا او امة يتناول المتنازع فيه قلت لا بد من انحاء فيصير كانه قال في اتلاف الجنين غرة والشك وقع في ذلك انتهى تامل في
تفصيل جوابه لعل صالح **قوله** ولنا انه بدل نفس لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها اقول هذا
ان يقول ان اراد انه بدل نفسه من كل الوجوه كما هو الظاهر من سياق تعليله يكون ما ذكره هنا مناقضا لما قاله فيما قبل من انه ان كان بدل النفس من حيث
انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث النقصان بالام وان اراد انه بدل نفسه من وجه لا يكون هذا دليلا على مدعانا دافعا لما قاله الشافعي رح من انه جزء
من وجه وضمان الاجزاء يوخذ مقدارها من الاصل فليتامل

باب ما يحدثه الرجل في الطريق لما فرغ من بيان احكام القتل مباشرة شرع في بيان احكامه تسبيبا وقدم الاول لكونه اصلا لانه قتل بلا واسطة ولكونه
اكثر وقوعا فكان امس حاجة الى معرفة احكامه **قوله** ويسع للذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لانه له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق به ما هو في معناه اذا المانع
متعنت اقول هذا المقام محل الكلام فان المدعى هنا وهو اباحة الانتفاع بالامور المذكورة انما للذي عملها ما لم يضر بالمسلمين مسئلة متفق عليها بين الائمة
ودليله المذكور في الكتاب لا يتمشى الا على اصل محمد رحمه الله اما اولا فلان قوله فيلحق به ما هو في معناه ليس بتام على اصل ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله عليهما
كما صرح في الشروح وعامة المعتبرات ان اصلهما ان لكل احد من عرض الناس مسلما كان او ذميا ان يمنع القائل من الوضع سواء كان فيه ضرر او لم يكن اذا اراد
الوضع بغير اذن الامام لان فيه الافتيات على راي الامام فيما اليه تدبيره فلكل احد ان ينكر عليه فظهر منه ان عمل ذلك والانتفاع به يشتمل على امر منكر على اصلهما
وهو الافتيات على راي الامام فيما اليه تدبيره وان لم يضر بالمسلمين فلم يتصور عندهما ان يكون ذلك في معنى المرور الذي لا يشتمل على امر منكر اصلا حتى
يصح الحاق ذلك به واما ثانيا فلان قوله اذ المانع متعنت ليس بتام ايضا على اصلهما قطعا اذ لو صح عندهما كون المانع متعنتا لما ذهبا الى جواز منعه
شرعا وقد عرفت كون مذهبهما ذلك ودليلهما الذي اقاما عليه فتبصر **قوله** وكذلك اذا سقط شيء مما ذكرنا في اول الباب قال الشراح يعني الكنيف والميزاب
والجرصن اقول لعل قول المصنف رح هذا مستدرك لان ما مر انما من لفظ مختصر القدوري وهو قوله واذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا او نحوه
فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته كان متناولا لجميع ما ذكر في اول الباب اما للميزاب فظاهر كما ترى واما لغير ذلك فلعموم قوله او نحوه فلا حاجة
الى ما ذكره المصنف رح هنا بل لا وجه للفظ وكذلك سيما بالنظر الى الميزاب تامل **قوله** وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة اقول فيه نوع تساهل لان
حد المسئلة السابقة وجوب الدية على العاقلة وفيما اذا عطبت به دابة تجب ضمانها في ماله صرح به في الكافي وغيره وكلمة كذا يقتضي الاشتراك في الجواب

ولو استأجر رب الدار العملة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل تحت عقد فلم ينتقل فعلهم اليه فاقتصر عليهم وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا لانه صح الاستيجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة وكذا اذا رش الماء او توضأ لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به عادة لا يضمن

وهو غير محقق في قوله او عطبت به دابة اللهم الا ان يكون المراد بكلمة كذا ههنا هو التشبيه والتشريك في مجرد وجوب الضمان لا في وجوبه على الوجه الخاص المذكور فيما سبق فيعم قوله اذا تعثر بقصعة انسان وقوله او عطبت به دابة لكنه خلاف الظاهر من العبارة فهو عين التساهل **قوله** ولو استأجر رب الدار العملة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم الخ قال شيخ الاسلام هو على وجوه ان قال مخرج الجناح للاجر اذا نبوا جناحا على فناء داري فانه ملكي اولى حق اسراج الجناح اليه من القديم ولم يعمل العملة بخلاف ما قاله فعلوا ثم سقط فاصاب شيئا فالضمان عليهم ويرجعون بالضمان على الامر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل او بعده لان الضمان وجب على العامل بامر الآمر وكان له ان يرجع به عليه كما لو استأجر غيره لينبح له شاة ثم صحت الشاة بعد النبح فالمستحق ان يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الامر لانه غره كذا هكذا وان قال للآجر اشرعوا جناحا على فناء داري واخبرهم انه ليس له حق اشراع الجناح القديم او لم يخبرهم حتى نبوا جناحا بامره ثم سقط فاتلف شيئا ان سقط قبل فراغهم من العمل فكذلك على جواب لانه امرهم بما لم يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر لينبح شاة جارله فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الامر وكذا لو استأجرهم لينبوا بيتا في وسطه ثم سقط فاتلف شيئا لم يرجعوا على الآمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الامر لان هذا الامر صحيح من حيث ان فناء داره مملوك له من وجه على معنى انه يباح له الانتفاع بشرط السلامة ولكنه غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه فمن حيث ان الامر صحيح ليكون قرار الضمان على الامر بعد الفراغ من العمل ومن حيث انه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عملا بهما واظهار شبه الصحة بعد الفراغ من العمل اولى من اظهاره قبل الفراغ لان امر الامر انما صح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل كذا ذكر جمهور الشراح ههنا اقول هذه الوجوه في هذه المسئلة هكذا التفصيل والبيان وان كان ما قاله شيخ الاسلام وارتضاه جمهور الشراح لكنه مشكل عندي من وجوه الاول انهم قالوا في تعليل جواب القياس في الوجه الثاني والثالث من الوجوه التي ذكروها لانه امرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الامر وهو انما يتم فيما اذا اخبرهم بان ليس له حق في ذلك لا فيما اذا لم يخبرهم بذلك اذ لا علم لهم بفساد الامر في هذه الصورة وقد سووا هما في وضع المسئلة في الوجه الثاني والثالث حيث قالوا واخبرهم انه ليس له حق اشراع الجناح في القديم او لم يخبرهم والثاني انهم قالوا في بيان وجه الاستحسان في الوجه الثالث امره غير صحيح من حيث ان فناء داره غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه وجعلوا الضمان من هذه الحيثية على العامل قبل الفراغ من العمل مع ان مدخلية هذه الحيثية في فساد امره فيما نحن فيه غير ظاهرة لانه لم يامرهم ببيعه وهم لم يفعلوا ذلك حتى يفسد امره بذلك لكونه غير مملوك له من هذه الحيثية ويجب الضمان على الفعلة قبل الفراغ من العمل بل امرهم بالانتفاع بذلك باشراع الجناح اليه وفعلوا ذلك ولا شك انه مملوك له من حيث الانتفاع له به كما صرحوا به فكيف يفسد امره من هذه الحيثية حتى يجب الضمان عليهم قبل الفراغ من العمل بناء على فساد الامر والثالث انهم قالوا في الوجه الاول الضمان على الآجر ويرجعون به على الامر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل او بعده وقالوا في الوجه الثالث وفي الاستحسان يكون الضمان على الامر والظاهر منه ان يكون الضمان في الوجه الثالث في جواب الاستحسان على الامر ابتداء مع ان الفقه يقتضي اولوية كون الضمان في الوجه الاول ايضا اذا كان السقوط بعد فراغهم من العمل على الآمر ابتداء لان الفعلة كانوا فيه مغرورين بقول الامر انه ملكي اولى حق ذلك الفعل من القديم بخلاف الوجه الثالث في الغرور مع الاشتراك بينهما في سائر الامور كما ترى ثم اقول تقرير المصنف في هذه المسئلة وتعليلها لا يوافق ما ذكره الشراح ههنا من التفصيل المنقول عن شيخ الاسلام بل يأباه جدا فان المصنف رحمه الله جعل المسئلة على وجهين احدهما السقوط قبل فراغهم من العمل والآخر السقوط بعد فراغهم منه وجعل حكم احدهما مخالفا لحكم الآخر مطلقا وقال في تعليل الاول ان التلف كان بفعلهم وان فعلهم انقلب

ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور ولا ذا لما فيه
فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شئ وان رش جميع الطريق يضمن لانه منسطر في المرور وهكذا
الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذها جميعها او بعضها ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا واذا
استاجر اجير ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه من العمل فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا ولو كان امره بالبناء في وسط
الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر **قال** من حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلفت
بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب
واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس
بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل به انسان كان ضامنا
لتعديه بشغله لو وضع حجرا فتعثر غيره عن موضعه فعطب انسان فالضمان على الذي وضعه لان حكم فعله قد انتهى الفراغ بما شغله وانما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر

قتلا حتى وجب عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم الى رب الدار فاقتصر عليهم ولا يخفى ان هذا التعليل يقتضي ان يكون الضمان عليهم وان لا يرجعوا به
على الآمر في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل مطلقا اي في الوجه الاول ايضا من الوجوه التي ذكرها الشراح نقلا عن شيخ الاسلام وهو ما اذا اخبرهم الآمر بان له
حقا في ذلك لان فعلهم لما انقلب قتلا وصار غير داخل في عقد الآمر ولم يتسلم اليه بل اقتصر عليهم كان اخباره لهم بان له حقا في ذلك وعدم اخباره لهم بذلك بيان قطعا
ويقتضي ان لا يتم في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل التعليل الذي ذكروه لرجوعهم بالضمان على الآمر قياسا واستحسانا في الوجه الاول من الوجوه التي ذكروها
سواء سقط قبل الفراغ من العمل او بعده بقولهم لان الضمان وجب على العامل بامر الآمر وكان له ان يرجع به عليه فان فعلهم لما انقلب قتلا في صورة السقوط
قبل فراغهم من العمل صار مخالفا لامر الآمر خارجا عن عقده فلم يكن بامر الآمر فما كان وجوب الزمان عليهم بامره بل كان بفعل انفسهم ويقتضي ايضا ان لا يتم نظير
الوجه الاول بما لم استاجر غيره لينبح شاة له ثم استحقت بعد الذبح فللمستحق ان يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الآمر في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل
فان فعل الذابح هناك لم ينقلب ما هو خارج عن العقد بل وقع على ما هو الداخل في العقد فاذا ضمن الذابح كان له حق الرجوع على الآمر بحكم التغرير بخلاف ما نحن فيه
في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل كما عرفت انفا انتهى ثم ان بعض الفضلاء قال ههنا لا يقال فرق بين ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول فان ما ذكر في الكتاب
محله المباشرة ولهذا تجب الكفارة فلا فرق بين علم العلة وعدم علمهم بفساد الآمر في وجوب الضمان قبل الفراغ ولا يتصور المباشرة بعده فيكون بالتسبيب
لانا نقول اشراع الجناح مطلقا مباشرة فلهذا شبه بذبح الشاة ويجيء من الشارح ايضا يعني صاحب العناية اقول جوابه ليس بسديد اذ لم يقل احد باشراع
الجناح مباشرة القتل في صورة السقوط بعد الفراغ من العمل كيف ولو كان مباشرة له بعده فلا يخلو بان يكون مباشرة من الفعلة او من الآمر فلو كان مباشرة
من الفعلة لوجب عليهم الضمان والكفارة قطعا كما في السقوط قبل الفراغ ولم يجب عليهم بعده شئ منهما بل وجب الضمان على الآمر وهو رب الدار استحسانا كما ذكر
في الكتاب ولو كان مباشرة من الآمر وجب عليه الكفارة لا محالة ولم يقل به احد والتشبيه بذبح الشاة انما وقع في صورة السقوط قبل الفراغ لا في صورة السقوط
بعده والذي يجيء من الشارح ايضا لا بد وان يحمل على كون اشراع الجناح مباشرة في الصورة الاولى لا في الصورة الثانية واما كون اشراع الجناح مباشرة
مطلقا بالفعل ما وان لم يكن مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ فمعزل عما فيه الكلام وغير مفيد في دفع السؤال الذي ذكره كما لا يخفى **قوله** ولو تعمد المرور
في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش اقول في تحرير المصنف ره ههنا شئ وهو ان الظاهر من قوله فيما مر انفا وكذا اذا رش الماء بعد قوله وكذا اذا صب الماء
ان مسئلة ارش الماء نظائر مسئلة صب الماء وقد ذكره ههنا الصب في اصل المسئلة حيث قال ولو تعمد المرور في موضع صب الماء وذكر الرش في جوابها حيث قال
لا يضمن الراش فلم يطابق جواب المسئلة ويمكن ان يعتذر عنه بانه انما فعل هكذا ايماء الى اتحاد مسئلتي الصب والرش في هذا الحكم مع الاحتراز الى العلم بمغايرتهما مما ذكره
من قبل **قوله** واذا استاجر اجيرا ليبني له في فنائه حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا قال في العناية لم يتعرض المصنف
بان ذلك اذا علم الاجير ان الفناء لغير الآمر واذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي ما يدل على ان هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير
يحسب انه للمستاجر حيث قال وان استاجر رجلا ليحفر له بيرا في الفناء فحفر ومات فيه انسان او دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان
على الاجير وان لم يعلم الاجير ان الفناء للغير فالضمان على المستاجر لان الاجير لم يعلم بفساد الآمر انتهى اقول ما ذكره الامام المحبوبي في جامعه
وان دل على ان الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب ان الفناء للمستاجر الا انه يدل باطلاقه على ان الجواب في
موت انسان فيه بعد فراغ الاجير من العمل وقبله سواء والذي ذكر في الكتاب مقيد بكون موته بعد تعقله به بعد فراغ الاجير ولم يتعرض له

وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن لانه غير متعد حيث فعلها بامر من له الولاية وهو في الجماعة وان كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات على رأي الامام او هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وكذا ان حفر في ملكه امر بضمن لانه غير متعد وكذا اذا حفر في فناء داره لان له ذلك مصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان كان في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه متسبب متعد وهذا صحيح لو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة رح لانه مات بفعل في نفسه والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف رح ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يختص بالبئر وقال محمد رح هو ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع اذ لولاه لكان الطعام قريبا منه **قال** وان استأجر اجراء لحفر وهالة في غير فنائه فمات ذلك على المستأجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلم الهافي غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرة اذا لم يعلم فتقل عليهم النية لانهم كانوا مغرورين فصار كما اذا امر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هناك يضمن الآمر ويرجع على الآمر لان الذابح مباشر والآمر متسبب والترجيح بالمباشرة فيضمن ويرجع للغرور وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لان كل واحد منهما متسبب ولا جبر على متعد فترجح جانبه

الشارح ايضا فتبصر **قوله** وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن قال بعض الفضلاء الامر من السلطان اكراه فقوله او اجبره كالعطف التفسيري انتهى اقول ليس هذا بسديد لان كون مجرد الامر من السلطان اكراها ليس بقول مختار سيما عند محمد رحمه الله كما نص عليه في السير الكبير حيث قال ان مجرد امر الامام ليس باكراه فجاز ان يكون قوله في الجامع الصغير او اجبره عليه بعد قوله فان امره السلطان بذلك مبينا على ذلك ولئن سلم ان كونه اكراها قول مختار فالظاهر ان الامر ههنا كناية عن الاذن لا يستلزم الامر الاذن وعطف الجبر عليه قرينة على ذلك وعن هذا قال في غاية البيان في تعليل هذه المسئلة وذلك لان للامام ولاية عامة فلا يضمن ما فعله باذن الامام وقال في العناية وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام انتهى ولا شك ان مجرد اذن السلطان فيما نحن فيه يدفع الضمان عن الفاعل صرح به في عامة المعتبرات فيكون قوله او اجبره عليه مسئلة اخرى لا محالة واما كون قوله او اجبره عليه عطفا تفسيريا فمما لا وجه له لان العطف التفسيري لم يسمع في كلمة او ومعناه ايضا لا يساعد ذلك وانما شاع ذلك في كلمة الواو لمساعدة معناها اياه ولكن بقي لنا شيء في قول محمد رح او اجبره عليه بعد قوله فان امره السلطان بذلك وهو انه اذا علم عدم ضمان الفاعل فيما اذا امره السلطان لما فعله يعلم عدم ضمانه قطعا فيما اذا اجبره عليه فما فائدة ذكر قوله او اجبره عليه بعد قوله فان امره السلطان بذلك نعم لو قال فان اجبره السلطان على ذلك او امره به لكان له حسن لكون الثاني من قبيل الترقي تامل تفهم **قوله** وكذلك الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره قال عامة الشراح اراد بقوله مما ذكرناه ما ذكره من اول الباب الى هنا من اخراج الكنيف او الميزاب او الحرص الى الطريق وبناء الدكان فيه واشراع الروشن وحفر البير وزاد صاحب الغاية وضع الحجر وقالوا اراد بقوله وغيره غير ما ذكر في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع اقول وما ذكره من اول الباب الى هنا صب الماء في الطريق وكذا رش الماء او التوضي فيه وكذا وضع الخشبة فيه ولم يذكر احد من الشراح ايضا شيئا من ذلك مع التزامهم البيان والتفصيل حتى ذكروا جميع ما وقع في الباب قبل ما تركوه وما بعده وان عمموا ان الجواب فيما تركوه خلاف الجواب فيما ذكروه كان عليهم البيان والتفاصيل ثم انهم جعلوا بناء الظلة من غير ما ذكر في الكتاب مع انه قد ذكر في الكتاب حيث قال ولو استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح والظلة فوقع وقتل انسانا الى آخره ويمكن ان يعتذر عن الثاني بان الكلام هنا فيما فعل في طريق العامة وقد حمل الشراح مسئلة استيجار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة المذكورة في الكتاب فيما مر على ما فعل في فناء الدار لا في طريق العامة فلم يحملوها هاهنا فيما نحن فيه هنا واراد وابناء الظلة الذي عدوه من غير ما عدوه في الكتاب بناء وهي في طريق العامة او انهم حملوا المراد بما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره على ما فعله الانسان بنفسه دون ما استأجر الغير لفعله فلم يقدروا ما استأجر رب الدار لفعله لاخراج الظلة مما نحن فيه هنا واراد وابناء الظلة الذي عدوه من غير ما ذكر في الكتاب بناوه بنفسه لكن الظاهر ان الجواب على التفصيل المذكور وهو انه لو فعله بامر السلطان لم يضمن ولو فعله بغير امره ضمن متمشٍ فيما فعل في فناء الدار ايضا وفيما فعل باستيجار الغير لفعله ايضا فلا فائدة في التخصيص بل لا فائدة لتذكر **قوله** وكذا اذا حفر في فناء داره يعني وان لم يكن الفناء ملكه كذا في العناية وغيرها اقول يرد عليه انه ينافي ما ذكر في ما مر من المسئلة المقررة المجمع عليها وهو قوله واذا استأجر اجيرا ليبني له في فنائه حانوتا فتقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا فتامل **قوله** وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا او كان له حق الحفر فيه قال جمهور الشراح في تفسير قوله او كان له حق الحفر فيه بان كان لا يضر لاحد او اذن له الامام في ذلك اقول في كل من وجهي تفسيرهم خلل اما في الاول فلان قول المصنف رح اما اذا كان لجماعة من المسلمين او مشتركا الى آخره يأباه جدا فان عدم الضرر لاحد قد تحقق في صورة كونه لجماعة من المسلمين او مشتركا ايضا وقد جعل الحكم فيها خلاف ما اذا كان له حق الحفر فيه واما في الثاني فلانه اذا اذن له الامام يجوز

وان علموا ذلك فالضمان على الأجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم قال ان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا فمات فيه انسان فالضمان على الأجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان على المستأجر لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب بناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه **قال** ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعثر رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي جعل القنطرة وكذلك ان وضع خشبة في الطريق فتعثر رجل المرور عليها لان الاول تعد هو تسبيب والثاني تعد هو مباشرة فكان الاضافة الى المباشر اولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقي **قال** ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به انسان فهو ضامن وكذلك اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن

له التصرف في طريق العامة ايضا فلا يضمن ما عطب فيه كما مر انفا ولا شك ان مراد المصنف ره بقوله بعد بيان ذلك وكذلك ان حفره في ملكه لم يضمن وكذا اذا حفر في فنا داره هو ان الحافر لا يضمن في هاتين الصورتين بدون اذن الامام ايضا وعن هذا قال الشراح في شرح قوله وكذلك ان حفره في ملكه لم يضمن يعني كما اذا اذن فحفره في طريق المسلمين لم يضمن كذلك ان حفره في ملكه بلا اذن الامام لم يضمن فلا معنى لحمل ما قيل في مسئلة الحفر في فنا داره التي جوابها عدم الضمان بدون اذن الامام ايضا على التقييد باذن الامام كما لا يخفى وقال صاحب الغاية في شرح هذا المقام وقيل انما يكون له ان يحفر في فنا داره اذا كان الفنا مملوكا له او كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره لانه اذا لم يلحق الضرر بالغير يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي اما اذا كان الفنا لجماعة المسلمين او كان مشتركا كما اذا كان في سكة غير نافذة يجب الضمان لوجود التعدي انتهى اقول قد زاد ذلك الشارح نعمة في الطنبور من جهة الفساد حيث شرح قوله او كان له حق الحفر فيه بان قال او كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره فاشترك مع جمهور الشراح في ان يرد عليه ما يرد على الوجه الاول من وجهي تفسيرهم كما بيناه من قبل وقال في تعليل ذلك لانه اذا لم يلحق الضرر بالغير يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي ويرد عليه ان التقييد بشرط السلامة يقتضي الضمان عند الهلاك كما صرحوا به في مسائل عديدة وجواب هذه المسئلة عدم الضمان عند الهلاك لعدم التعدي فلا معنى للتقييد بشرط السلامة كما لا يخفى ثم اقول الصواب عندي ان معنى قوله او كان له حق الحفر فيه ان كان له حق الاختصاص بالحفر فيه بان كان ذلك الموضع موقوفا عليه بالانتفاع فيه او كان مما استاجره للانتفاع فيه او نحو ذلك فحينئذ ينتظم السباق واللحاق بلا غبار كما ترى **قوله** وان علموا بذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم قال صاحب العناية في عبارة المصنف ره تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا يحتاج الى كون المامور به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله انه لم يصح امره بما ليس بمملوك له بل المناسب ان يقال لان الامر لم يصح ظاهرا بحيث علموا انتهى اقول ليس هذا بسديد لان مدار زعمه التسامح في عبارة على الغفلة عن دخول قوله ولا غرور في تمام التعليل ولا شك انه داخل فيه فقوله لم يصح امره بما ليس بمملوك له اشارة الى انتفاء صحة امره حقيقة وقوله ولا غرور اشارة الى انتفاء صحته ظاهرا والمعنى لم يصح امره حقيقة لانتفاء الملك في المامور به ولا ظاهرا لعدم الغرر حيث علموا فظهر ان ما ذكره المصنف ره تعليل مفيد واسع ليس بمثابة ان يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا كما ترى فلم يتم القول بان ذاك هو المناسب **قوله** فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا معنى قوله لان كونه فناء له بمنزلة كونه ملكا له لانطلاق يده في التصرف فيه الى آخره قال في العناية اخذا من معراج الدراية فان قيل قوله ليس لي فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته اجيب بان قوله ليس لي فيه حق الحفر يحتمل ان يكون مراده ليس لي ذلك في القديم وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة انتهى اقول في الجواب بحث لان كلمة ليس لنفي مضمون الجملة حالا عند جمهور النحاة على ما تقرر في موضعه فحينئذ لا يحتمل قوله ليس لي فيه حق الحفر غير نفي حق الحفر عنه حالا واما عند بعض النحاة فكلمة ليس وان كانت للنفي مطلقا الا ان معناه ان مضمون الجملة اذا قيد بزمان من الازمنة فهو على ما قيد به واما اذا لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحمل الايجاب عليه في نحو زيد قائم كذا حققه الاندلسي واستحسنه الرضي وفي ما وقع في مسئلة الكتاب لم يقيد بزمان فيحمل على الحال قطعا فلم يكن مشترك الدلالة كيف ولو كان كذلك لما صح قول المصنف ره في تعليل كون الضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم اذ العلم بفساد الامر لا يصور عند اشتراك دلالة ذلك واما ما وقع في لفظ المبسوط فالظاهر ان المراد به ليس لي ذلك من القديم الى الحال لا ان ليس لي ذلك في القديم لكنه لي في الحال والا لما تم وجه الاستحسان ثم اقول الحق عندي في الجواب ان يقال يحتمل ان يكون المراد

وهذا اللفظ يشتمل الوجهين والفرق ان حامل الشيء قاصد حفظه فلا يخرج في التقييد بوصف السلامة والملابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقييد بما ذكرناه تجمعنا لا مباحا مطلقا وعن محمد رحمه الله انه اذا لبس ما لا يلبس فهو كالحامل لان الحاجة لا تتعدى الى لبسه **قال** واذا كان المسجد للعشيرة فعلى رجل منهم فيه قنديلا او جعل فيه لواري او حصاة فعطب رجل لم يضمن ان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة رح وما لا يضمن في الوجهين لان هذه من القرب وكل احد مأذون في اتيانها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد لابي حنيفة رح وهو الفرق ان الذي يدير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم نعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لانا في العزامة اذا اخطأ الطريق كما اذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستيذان من اهله **قال** وان حفر فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلوة وان كان في غير الصلوة ضمن وهذا عند ابي حنيفة رح

بذلك ليس لي على الاختصاص حق الحفر فيه على ان يكون اللام في لي للاختصاص فيجوز ان يكون فناداره حق عامة المسلمين او مشتركا بان كانت في سكة غير نافذة كما مر مثله فلا يخالف الظاهر من اطلاق يده في التصرف فيه اذ يجوز لكل احد التصرف في حق العامة بشرط السلامة ولا ينافي ايضا قول المصنف رح في تعليل وجه القياس لانهم علموا بالفساد الامر فما غرهم لان فساد الامر مقرر على كل من الاحتمالين اما على احتمال ان يكون المراد ليس لي فيه حق الحفر اصلا اي لا على الاختصاص ولا على الاشتراك فظاهر واما على احتمال ان يكون المراد ليس لي فيه على الاختصاص حق الحفر فلان الامر بالحفر في حق العامة او في الحق المشترك بدون اذن الشريك فاسد لانه تعد ولانه لو فعله بنفسه فتلف به انسان او بهيمة يجب عليه الضمان **قوله** وهذا اللفظ يشتمل الوجهين قال جمهور الشراح اشار المصنف رح بقوله وهذا اللفظ الى قوله فعطب به فهو ضامن واراد بالوجهين في قوله يشتمل الوجهين تلف الانسان بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع في الطريق اقول ما ذهبوا اليه من كون قول المصنف رح وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به فهو ضامن فاسد من وجهين احدهما انه لو كان قوله فعطب به فهو ضامن يشتمل الوجهين وهما تلف الانسان بسقوط المحمول عليه وتلفه بتعثره به بعد سقوط ذلك لكان قوله وكذا اذا اسقط فتعثر به انسان بعد قوله فعطب به فهو ضامن مستدركا محضا وثانيهما انه لو كان مراد المصنف رح ذلك لذكر قوله وهذا اللفظ يشتمل الوجهين قبل ذكر المسئلة الثانية وهي قوله وان كان رداء لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن اذ لا وجه لتأخير بيان ما في المسئلة الاولى من كل المسئلة الثانية بلا امر داع اليه وقال صاحب العناية بعد ان شرح المقام على ما ذهب اليه جمهور الشراح وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على انسان وذلك لا يشتمل التعثر به ثم قال ولعل المصنف رح نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه انتهى اقول ان قوله ولعل المصنف رح نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه مما لا معنى له لان قوله فهو ضامن جواب مجموع المعطوف والمعطوف عليه فكيف يتصور صحة المعنى مع قطع النظر عن المعطوف عليه وانا لنعجب من هؤلاء الشراح كيف حملوا مراد المصنف رح ذلك المتفطن التحرير على ما يأباه من له اذن دربة باساليب الكلام وجعل تاج الشريعة قول المصنف رح وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو الحق الصريح عندي ايضا فانه مضمون من المحذورات المذكورة كلها اورده صاحب العناية بعد ان نقله حيث قال وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرد فاسد لان موت الانسان بسقوط الرد عليه غير متصور انتهى اقول رده مردود اذ لا يخفى انه يتصور ان يسقط الرداء على فم الصغير بل على فم الكبير ايضا في حالة النوم بل في حالة اليقظة ايضا فيتحقق بذلك فيموت نعم تحقق مثل هذه الصورة نادر لكن امكان وقوعه كاف في تعميم المسئلة كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء قصد الجواب عن رد صاحب العناية بوجه آخر فقال ولك ان تقول المراد قوله فسقط فعطب به انسان يعني ان هذا اللفظ يشتمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فمراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير ولو سلم فالمراد بالرد مطلق اللباس مجازا لا خصوصه الا يرى الى دليله الى هنا لفظه اقول كل من مقدمات كلامه كاسد اما قوله يعني ان هذا اللفظ يشتمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فمراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير فلان الفرق بين اللفظين نفسهما بدون ان يكون له تاثير فيما نحن فيه من المسئلة يكون خارجا من الفقه بل يكون بمنزلة اللغو من الكلام ههنا ومثله لا يليق بمن له ادنى تمييز فضلا عن المصنف رح الذي هو علم في التحقيق واما قوله ولو سلم فالمراد بالرد مطلق اللباس مجازا لا خصوصه فلان المجاز لا بد فيه من قرينة ولا قرينة فيما نحن فيه واما قوله الا يرى الى دليله فلان عموم الدليل لا يقتضي عموم المسئلة الا يرى ان كلية الكبرى شرط في انتاج الشكل الاول مع

وقالا لا يضمن على كل حال تركان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او مر فيه مارا وقعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف واما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق لهما ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لانه من ضرورات الصلوة اذ لا بد للمنتظر لصلوة في الصلوة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلوة ولان المسجد بني للصلوة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس ما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا غرو ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالنظر الى الكافر او الى العضو والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا وطئ غيره والزم فيه اذا انقلب على غيره وان جلس رجل من غير العشيرة فيه الصلوة فصلى به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلوة وامر الصلوة بالجماعة ان كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل احد من المسلمين ان يصلي فيه وحده

مع كون النتيجة خاصة قوله وقالا لا يضمن في الوجهين اي فيما اذا فعل ذلك احد من العشيرة وفيما اذا فعله احد من غير العشيرة قال صاحب معراج الدراية قوله وقالا لا يضمن في الوجهين وهما اذن الامام او العشيرة او عدم اذنهما وتبعه الشارح العيني اقول تفسير الوجهين هنا بما ذكره ذانك الشارحان لا يطابق الشروح كما لا يخفى على ذي مسكة قوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او نام في غير الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم اي تعليم الفقه والحديث او للصلاة يعني منتظرا لها او نام فيه في اثناء الصلوة او في غير الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث قال المصنف ره فهو على الاختلاف وهو اختيار بعض اصحابنا واختاره ابو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار ابي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق اقول في تقريره فان الاختلاف بين اصحابنا واختيار ابي بكر الرازي قول بعضهم وابي عبد الله الجرجاني قول البعض الآخر انما هو فيما اذا قعد للعبادة بان كان ينتظر الصلوة او قعد للتدريس في تعليم الفقه او الاعتكاف او قعد يذكر الله ويسبحه او يقرأ القرآن فعثر به انسان فمات واما فيما اذا قعد لحديث او نام فيه او قام فيه لغير الصلوة او مر فيه مارا فعثر به انسان فمات ففيه اختلاف بين ابي حنيفة رح وصاحبيه بلا خلاف من احد اصحابنا على ما بين وفصل في الذخيرة والمحيط البرهاني وذكر في النهاية ايضا نقلا عن الذخيرة ولا ريب ان ما ذكره المصنف ره هنا من الصور فقال فهو على هذا الاختلاف يشمل القسمين فكيف يتم قول صاحب الكافي على الاطلاق وهو اختيار بعض اصحابنا الى آخر كلامه ثم قال صاحب العناية ولقائل ان يقول في عبارة الكتاب تكرار لانه قال وان كان في غير الصلوة ضمن وفي غير الصلوة يشمل هذا المذكور كله والجواب ان قوله وان كان في غير الصلوة ضمن وفي غير الصلوة يشمل هذا المذكور كله لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن من لفظ المصنف ره بيان لذلك انتهى اقول في كل واحد من سؤاله وجوابه مقامة اما في الاول فلان وضع المسئلة فيما قال وان كان في غير الصلوة انما كان في الجلوس في المسجد فكيف يشمل قوله وان كان في غير الصلاة ضمن هذا المذكور كله ومنه ما ليس من جنس الجلوس كالنوم فيه في اثناء الصلوة او في غير الصلوة والمرور فيه مارا واما في الثاني فلان لفظ الجامع الصغير مختص بالجلوس في المسجد ولفظ المصنف ره شامل للجلوس وغيره كما عرفت آنفا فكيف هذا بيانا لذلك ثم قال وقوله فهو على هذا الخلاف يفيد اتفاق المشائخ على ذلك وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما مر اقول لا نسلم انه يفيد اتفاق المشائخ على ذلك لجواز ان يكون مختار المصنف ره ايضا ما اختاره ابو بكر الرازي فبناء على ذلك لم يذكر القول الآخر ومثل هذا ليس بغريب في كلمات المشائخ ثم قال وكان من حق الكلام ان يقول فقد قيل على الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف انتهى اقول لعل سر ان المصنف ره لم يقل هكذا هو ان ما ذكره من الصور مشتمل على ما ليس من جنس العبادة ايضا ولم يقل احد بانه لا يضمن في هذا القسم بلا خلاف كما بيناه فيما قبل فلو قال المصنف ره مثل ما زعمه صاحب العناية حق الكلام لاختلال كلامه كاختلال كلام ذلك الشارح في شرحه كما مر حيث يلزم ان يدرج في اختلاف المشائخ محل الوفاق ايضا فقال فهو على هذا الاختلاف بالسبات جريا على اتفاقهم على وقوع الاختلاف فيما هو من غير جنس العبادة واختيار الماء اختاره ابو بكر الرازي فيما هو من جنس العبادة تامل فان هذا معنى لطيف وتوجيه حسن قوله لهما ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا الى آخره اقول هذا التعليل قاصر عن افادة مدعاهما من بعض من المسائل المذكورة كالنوم في المسجد والمرور والتعود فيه لحديث فان شيئا منها ليس من الصلاة ولا من الذكر ولا من ضرورات الصلوة ولا من الانتظار للصلوة فلا يتم التقريب

فصل في الحائط المائل

قال اذا مال الحائط الى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان اصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هواء طريق المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على انفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية وتتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدي الى استئصاله والاجحاف به وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يهي الحائط لانعدام التعدي **قال** ولو بنى الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد لان البناء تعد ابتداء كما في اشراع الجناح **قال** وتقبل شهادة رجلين او رجل وامرأتين على التقدم لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوي ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان او امرأة حرا كان او مكاتبا ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فيتفرد كل صاحب حق به وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواءها ولو اجله صاحب الدار او ابرأه منها او فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة المسلمين وليس اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعدما اشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعدما طولب به والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى اب اليتيم او امه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان له ولاية النقض ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه وان عطب بالنقض ضمنه لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد على النقض لان المقصود امتناع الشغل ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كان ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها **قال** واذا كان الحائط بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وان كانت دار بين ثلاثة نفر فحفر احدهم فيها بئرا والحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين او بنى حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند ابي حنيفة وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم تقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت او كبرت على ما عرف الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال الراكب ضامن لما اوطأت الدابة ما اصابت بيدها او رجلها او رأسها او كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت

فصل في الحائط المائل لما ذكر احكام القتل الذي تعلق بالانسان مباشرة او تسبيبا شرع في بيان احكام القتل الذي تعلق بالجماد وهو الحائط المائل وكان من حقها ان يذكر مسائل جميع الحيوانات تقديما للحيوان على الجماد الا ان الحائط المائل لما ناسب الجناح والروشن والكنيف وغيرها الحق مسائله بها ولهذا اتى بلفظ الفصل لا بلفظ الباب كذا في النهاية وغيرها **قوله** والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه اقول لقائل ان يقول ينتقض هذا الاصل بما سيأتي في الكتاب من انه يصح التقدم على احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده ويمكن الجواب عنه بوجهين احدهما انه يجوز ان يكون هذا الاصل على موجب القياس وما سيأتي في الكتاب جواب الاستحسان ووجهه ما ذكره هناك واما جواب القياس فيه فهو ان لا يضمن احد من الورثة شيئا اما الذي تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقض واما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم وقد صرح بذلك في المبسوط وذكر في الشروح ايضا فيما سيجيء وثانيهما انه يجوز ان يكون المراد ههنا بمن يتمكن من نقض الحائط من تمكن منه وحده او مع مشاركة غيره وبمن لا يتمكن منه من لا يتمكن منه اصلا واحد الورثة في المسألة الآتية وان لم يتمكن من نقض الحائط وحده الا انه تمكن منه مع مشاركة سائر الورثة فلا انتقاض **قوله** والضمان في مال اليتيم اقول في هذا الاطلاق نوع قصور لان ما تلف بالحائط المائل ان كان من النفوس يجب الدية على عاقلة صاحب الحائط لا في ماله وان كان من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله وقد مر هذا كله في الكتاب لكن الضمان في مال اليتيم انما يتصور في تلف الاموال لا في تلف النفوس فما معنى الحكم ههنا بكون الضمان في مال اليتيم على الاطلاق **قوله** لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل اقول كان مدعاهما عاما للفصلين اي فصل حائط بين خمسة وفصل دار بين ثلاثة كما افصح عنه المصنف ره بقوله وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين والدليل الذي ذكره من قبلهما خاص بالفصل الاول فكان قاصرا في الظاهر عن افادة تمام المدعى وعن هذا قال صاحب الكافي بعد ذكر ما ذكره المصنف ره من قبلهما وفي مسألة البئر تلفت النفس بالحفر في ملكه وفي ملك غيره فانقسم نصفين انتهى والجواب من جانب المصنف ره ههنا هو ان الدليل الذي ذكره من قبلهما وان كان يخص الفصل الاول بعبارته الا انه يعم الفصل الثاني ايضا بدلالته كما لا يخفى على ذي فطانة فاكتفى بذلك ولو لا مدار الكلام ههنا على الاكتفاء بانفهام تمام المرام لكان ما زاده صاحب الكافي ايضا قاصرا عن افادة تمام المدعى ههنا لان الفصل الثاني ليس مسألة حفر البئر وحدها بل هو مسألة حفر البئر وبناء الحائط جميعا وقد تعرض صاحب الكافي في التعليل لحفر البئر دون بناء الحائط كما ترى

باب جناية البهيمة والجناية عليها لما فرغ من بيان احكام جناية الانسان شرع في بيان احكام جناية البهيمة ولا شك في تقديم الانسان على البهيمة مرتبة فلذا ذكر كذا في النهاية ومعراج الدراية اقول يرد عليه انه لم يفرغ من بيان احكام جناية الانسان مطلقا بل بقي منها احكام جنايته

ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه تصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فضمنا بالاباحة مقيدا اما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بما فيه الا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسئل بانه وهو مفوض الاحتراز عن الايطاء وفانيها هبة فمن فانه ليس من ضرورات السير فيقيد ناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس من ضرورات السير فيقيد ناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل مستغنا في الاقاف وشغل الطريق به فيضمنه **قال** وان اصابت بيدها او برجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن ان كان حجرا كبيرا ضمن لامتناع الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ عند الدابة لا يعرى عنه وفي الثاني ممكن لانه تنفك عن السير عادة انما ذلك بتعنيف الراكب المرتكن فيما ذكرنا كالراكب لان المعتاد لا يخلو عنه **قال** فان رات او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن لانه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه وكذا اذا وقفها لذلك لان الدواب مما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان اوقفها لغير ذلك فعطب انسان برؤثها او بولها ضمن لانه منفك في هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها والمراد النفحة قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري في مختصره واليه مال بعض المشايخ ووجهه ان النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه

الملوك ولا شك ان المملوك من الانسان ايضا مقدم على البهيمة رتبة فكان ينبغي ان يقدم عليها ذكرا ايضا فلم يكن القدر المذكور من التوجيه كافيا في افادة حق المقام وقال في غاية البيان وكان من حق هذا الباب ان يذكر بعد باب جناية المملوك لفضيلة النطق في المملوك ولكن لما كانت البهيمة ملحقة بالجمادات من حيث عدم العقل والنطق الحق هذا الباب بباب ما يحدثه الرجل في الطريق من الحرص ونحو ذلك انتهى اقول يرد عليه ايضا انه لو كان هذا الباب ملحقا بباب ما يحدثه الرجل في الطريق من الحيثية المذكورة لما ذكرت مسائل هذا الباب في باب مستقل بل كان حقها ان تذكر في فصل كما قالوا في فصل الحائط المائل تدبر **قوله** ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها قال الشراح فاطلقه يقال نفحت الدابة شيئا اذا ضربته بحد حافرها وقال صاحب النهاية بعد ذلك كذا في الصحاح والمغرب وافتقى اثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية اقول كون المذكور في المغرب كذلك مسلم فانه قال فيه نفحته الدابة ضربته بحد حافرها واما كون المذكور في الصحاح كذلك فممنوع اذ لم يعتبر فيه كون الضرب بحد الحافر بل قال فيه ونفحت الناقة ضربت برجلها ثم اقول بقي اشكال في عبارة الكتاب وهو ان الذي يظهر مما ذكر في كتب اللغة ومما ذكره الشراح ههنا ان لا يكون النفحة الا بالرجل فيلزم ان لا يصح قوله او ذنبها في قوله ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها لانه يقتضي ان يكون النفحة بالذنب ايضا بل يلزم ايضا استدراك قوله برجلها لان الضرب بالرجل كان خلافا في مفهوم النفحة لا يقال ذكر الرجل محمول على التاكيد وذكر الذنب على التجريد لانا نقول اعتبار التاكيد والتجريد معا بالنظر الى كلمة واحدة في موضع واحد متعذر للتنافي بينهما كما لا يخفى على الفطن بل التاويل الصحيح ان يحمل النفحة المذكورة في عبارة الكتاب على مطلق الضرب بطريق عموم المجاز فيصح ذكر الرجل والذنب كلاهما بلا اشكال تامل **قوله** والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف ره والمراد النفحة وقال صاحب النهاية في شرحه اي من قوله لما اصابت بيدها او رجلها وقال انما فسر بهذا لانه كان يجوز ان يراد بقوله لما اصابت بيدها او رجلها الوطي وقد ذكرت انه يضمن فيه السائق والقائد من غير خلاف احد وانما الاختلاف في النفحة ولو لم يفسر هذا لكان للمدوري ان يؤول ذلك بالوطي ويثبت الاختلاف فيه وليست الرواية كذلك انتهى وافتقى اثره كثير من الشراح منهم صاحب العناية اقول فيه خلل اما اولا فلان الظاهر من قولهم اي من قوله لما اصابت بيدها او رجلها ان يكون المراد بالاصابة بيدها وبالاصابة برجلها كلتيهما هو النفحة وليس كذلك اذ لا يطلق على الاصابة باليد النفحة وانما يطلق عليها الخبط اذا ضربت باليد ولو سلم اطلاق النفحة عليها ايضا بطريق التجوز فلا يجدي هنا اذ لا فرق بين الوطي باليد والخبط الذي هو الضرب باليد في وجوب الضمان بهما على السائق والقائد بلا خلاف احد فلا شيء لان يكون المراد احدهما دون الآخر واما ثانيهما فلان القدوري لم يذكر الخلاف في مسئلة السائق اصلا حتى يلزم من توهم ان يكون المراد بقوله لما اصابت بيدها او رجلها هو الوطي اثبات الاختلاف في الوطي وانما الذي بين الاختلاف في هاتيك المسئلة ههنا هو المصنف ره وذا فرع تفسيره مراد القدوري بالنفحة لا منشا هذا التفسير كما يوهمه كلامهم ثم اقول الحق ان معنى قول المصنف والمراد النفحة هو ان مراد القدوري بقوله او رجلها في مسئلة السائق وبقوله دون رجلها في مسئلة القائد هو النفحة وانه فسر بذلك ليتم قوله في مسئلة القائد دون رجلها اذ لو كان مراده الوطي لم يتم ذلك وان وطي الدابة برجلها يوجب الضمان على القائد ايضا بلا خلاف احد **قوله** ووجهه ان النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه اقول لقائل ان يقول ان يد الدابة ايضا غائب عن بصر القائد اذ القود لا يتيسر الا بالنظر

وقال الإمام السرخسي إن السائق لا يضمن النفحة أيضا وإن كان يراها إذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لإمكانه كبحها بلجامها وبهذا ينطق أكثر النسخ وهو الأصح وقال الشافعي رح يضمنون النفحة كلهم لأن فعلها مضاف إليهم والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار معناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لأنهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة إلى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب إلا أن على الراكب الكفارة فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الإيطاء لأن الراكب مباشر فيه لأن التلف بثقله وثقل الدابة تبع له لأن سير الدابة مضاف إليه وهي آلة له وهما مسببان لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء وكذا الراكب في غير الإيطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالإيطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لأنه يختص بالمباشرة ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرنا والسائق مسبب والإضافة إلى المباشر أولى وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان **قال** وإذا اصطدم الفارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي رح يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر لما روي ذلك عن علي رضي الله عنه ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما إذا كان الاصطدام عمدا أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة أو حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا أن الموت مضاف إلى فعل صاحبه لأن فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستندا للإضافة في حق الضمان كالماشي إذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وإن كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم إذا انقلب على غيره وروي عن علي رضي الله عنه أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق وهذا الذي ذكرنا إذا كانا حرين في العمد والخطأ ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطأ لأن الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا إلى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد لأن كل واحد منهما هلك بعدما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لأن على أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تجب القيمة على العاقلة لأنه ضمان الآدمي فقد أخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد تجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لأن المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته إلا قدر ما أخلف من البدل وهو نصف القيمة **قال** ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لأنه متعد في هذا التسبيب لأن الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد أو الإحكام فيه بخلاف الرداء لأنه لا يشد في العادة ولأنه قاصد لحفظ هذه الأشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيتقيد بشرط السلامة **قال** ومن قاد قطارا فهو ضامن لما أوطأ فإن وطئ بعير إنسانا ضمن به القائد والدية على العاقلة لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدي سبب الضمان إلا أن ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله وإن كان معه سائق فالضمان عليهما لأن قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الأزمة وهذا إذا كان السائق في جانب من الإبل أما إذا توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لأن القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه **قال** وإن ربط رجل بعيرا إلى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط إنسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لأنه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فإذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لأنه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة وإنما لا يجب الضمان عليهما ابتداء وكل منهما مسبب لأن الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا إذا ربط والقطار يسير لأن الرابط أمر بالقود دلالة فإذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط أما إذا ربط والإبل قيام ثم قادها ضمنها القائد لأنه قاد بعير غيره بغير إذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه **قال** ومن أرسل بهيمة وكان لها سائقا فأصابت في فورها يضمنه لأن الفعل انتقل إليه بواسطة السوق **قال** ولو أرسل طيرا وساقه فأصاب في فوره لم يضمن والفرق أن بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو أرسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو أرسله إلى صيد ولم يكن له سائقا فأخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق أن البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها إلى غيرها هذا هو الحقيقة إلا أن الحاجة مست في الاصطياد فأضيف إلى المرسل لأن الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان وعن أبي يوسف رح أنه أوجب الضمان في هذا كله احتياطا صيانة لأموال الناس قال رضي الله عنه وذكر في المبسوط إذا أرسل دابة في طريق المسلمين فأصابت في فورها فالمرسل ضامن لأن سيرها مضاف إليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة أو يسرة انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا إذا وقفت ثم سارت بخلاف ما إذا وقفت بعد الإرسال في الاصطياد ثم سارت فأخذت الصيد لأن تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لأنه يتمكن من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الإرسال وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفسا أو مالا في فوره لا يضمنه من أرسله وفي الإرسال في الطريق يضمنه لأن شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه

ولا التفات إلى القدام فيغيب ما في الخلف عن البصر فلا يمكنه التحرز عما أصابته بيدها أيضا فينبغي أن لا يضمن ذلك أيضا فليتأمل في الدفع **قوله** وقال أكثر المشايخ إن السائق لا يضمن النفحة أيضا وإن كان يراها إذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه أقول ولقائل أن يقول ليس على يدها أيضا ما يمنعها به كما كان في فمها من اللجام فلا يمكنه التحرز عما أصابت بيدها أيضا فينبغي أن لا يضمنه أيضا فليتأمل في الجواب **قوله** وإذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر قال في النهاية وفي تقييد الفارسين في الكتاب بقوله وإذا اصطدم الفارسان ليست زيادة فائدة فإن الحكم في اصطدام الماشيين وموتهما كذلك كذلك ذكره في المبسوط سوى أن موت المصطدمين في الغالب إنما يكون في الفارسين انتهى وقال في العناية أخذا من النهاية حكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين غالبا في الفارسين خصهما بالذكر وقال في معراج الدراية وكذا الحكم إذا اصطدم الماشيان والتقييد بالفارسان اتفاقي أو بحسب الغالب انتهى وتبعه الشارح العيني أقول عجيب من هؤلاء الشراح مثل هذه التعسفات مع كون وجه التقييد بالفارسين نيرا فإن الباب الذي نحن فيه باب جناية البهيمة والجناية عليها ولا يخفى أن اصطدام الماشيين ليس من ذلك في شيء فكان خارجا عن مسائل هذا الباب **قوله** وروي عن علي رضـ أنه أوجب على كل واحد منهما الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا قال في العناية أخذا من شرح تاج الشريعة فيه بحث من وجهين أحدهما أن الخصم أيضا يرجح جانبه بما ذكره من المعنى والثاني أن ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما يصلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الأول أن ما ذكره منقوض بالواقع في البئر مشية فيكون فاسدا وعن الثاني أن القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة انتهى أقول إن الجواب عن الثاني بما ذكر ليس بشيء لأن القياس إنما لا يصلح حجة في مقابلة النص إذا لم يكن ذلك النص متروك العمل به وأما إذا كان متروك العمل به بأن عارضه نص آخر وتساقطا كما فيما نحن فيه فالقياس يصلح حجة في مقابلته قطعا ألا ترى إلى ما تقرر في أصول الفقه أن الدليلين إذا تعارضا وتساقطا يصار من الكتاب إلى السنة ومن السنة إلى القياس وقول الصحابي إن أمكن ذلك فلو كان القياس لا يصلح فيه حجة في مقابلة النص الذي ترك العمل به لما صح المصير من السنة عند التعارض والتساقط إلى القياس إذ يكون القياس إذ ذاك في مقابلة السنة لا محالة والصواب في الجواب عن الثاني أن يقال مراد المصنف رح بقوله فرجحنا بما ذكرنا أنا رجحنا قولنا بما ذكرناه من المعقول الذي ماله القياس بعد أن تعارضت روايتان لا أنا رجحنا إحدى الروايتين بما ذكرنا من الدليل العقلي حتى يتجه عليه أن ما يصلح حجة لا يصلح مرجحا ويبقى ههنا شيء وهو أنهم صرحوا بأن ما ذكره زفر والشافعي رح جواب القياس وما قلناه جواب الاستحسان وإذا تعارضت الروايتان عن علي رضـ وتساقطا وإن صرنا في إثبات قولنا إلى ما ذكرنا من المعقول الذي ماله القياس لزم أن يكون ما قلناه جواب القياس أيضا فما معنى قولهم إنه جواب الاستحسان والجواب أن الاستحسان لا ينحصر في الأثر

اما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بتعدي قال ولو ارسل بهيمة فافسدت زرعا على قوم ضمن المرسل ان كانت عينا او شاة لانه طريق اخر لا يضمن لو مر وانفلتت الدابة فاصابت مالا او ادمية ليلا او نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار وقال محمد رحمه الله هي للنفلة لان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته شاة لغصاب فقيمتها فيها لان المقصود منها هو اللحم فلا يتجاوز الا النقصان في عين غيره كالحمار او جزوه ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والفرس قال الشافعي رحمه الله فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي انه عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه لان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الادمي وقد تمسك الاكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين للشبه الادمي في ايجاب الربع بالشبه الآخر في نفي النصف ولانا انما يمكن اقامة العمل بهما باربعة اعين عينا هما وعينا المستعمل فكانها ذات اعين اربعة فيجب الربع لان اعين بها قال ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل او نخسها فنفحت رجلا او ضربته بيدها او نفرت فعضته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما

بل قد يكون بالنص كما في السلم والاجارة وبقاء الصوم في النسيان وقد يكون بالاجماع كما في الاستصناع وقد يكون بالضرورة كما في طهارة الحياض والآبار وقد يكون بالقياس الخفي وهو الاكثر كما صرح بذلك كله في كتب الاصول فالمراد بالاستحسان في قولهم هنا وقلنا وجواب الاستحسان هو القياس الخفي المقابل للقياس الجلي فلا اشكال قوله اما الارسال للاصطياد فمباح قال بعض الفضلاء نعم الا انه لم لا يكون مقيدا بشرط السلامة انتهى اقول جوابه نظير قول المصنف ولا بسبب الا بوصف التعدي فان كون الفعل المباح مقيدا بشرط السلامة انما هو فيما وجد فيه التعدي كما في المرور في طريق المسلمين حيث يوجد فيه شغل الطريق الذي هو حق العامة واما فيما لا يوجد فيه التعدي كما في الارسال للاصطياد فلا معنى للتقييد بشرط السلامة لان الضمان في امثال ذلك انما يتصور بالتسبيب فلا ضمان اصلا وقد اوضح الفرق بين ارسال الدابة في الطريق وبين ارسال الكلب او البازي للاصطياد في الذخيرة حيث قال وجه الفرق ان ارسال الدابة في الطريق اذا لم تتبع مع الدابة وامكنه الاتباع تعد من صاحبه فما تولد منه يكون مضمونا عليه فاما ارسال الكلب والبازي من غير اتباع معه فليس بتعد منه لانه لا يمكنه الاتباع والمسبب في الاتلاف لا يضمن الا اذا كان متعديا انتهى تبصر قوله ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته وهي السوق والقود والركوب كذا في عامة الشروح قال في النهاية بعد بيانها على النمط المزبور كان من حق اللفظ ان يقول من الارسال وامثاله او يقول من الارسال واخواتها بتاويل الكلمة اذ السوق او القود لما كان اختلالا اخا للارسال كان الارسال اخا ايضا والا يلزم جعل بعض اسباب التعدي اخا وبعضها اختا من غير دليل انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية وليس بشيء لانه ليس ههنا مونث معنوي خولف فيما يقتضيه حتى يناقش على ذلك انتهى اقول ليس هذا بدافع لما قاله صاحب النهاية فانه لم يقل كان من حق اللفظ ان يؤتى باداة التانيث البتة حتى يقال ليس ههنا مونث معنوي يقتضي الاتيان باداة التانيث بل قال كان حقه ان يجعل اسباب التعدي في فرق واحد من التذكير والتانيث بان يقال من الارسال وامثاله او يقال من الارسال واخواتها والا يلزم جعل بعضها مذكرا وبعضها مونثا من غير امر يدعو اليه وما ذكره صاحب العناية لا يدفع ذلك لامحاله ثم اقول الوجه في دفع ذلك ان يقال لما جاز تذكير كل واحد من تلك الاسباب باعتبار ما في ظاهر لفظ كل واحد منها وفي معناه من التذكير وجاز تانيث كل واحد منها بتاويل لفظ بالكلمة او تاويل معناه بالفعلة صح في كل واحد منها الوجهان ثم ان المصنف رحمه الله لما قصد رعاية صنعة المطابقة وهي الجمع بين المتضادين كما في قوله تعالى ولكم في القصاص حيوة على ما عرف ذكر بعض تلك الاسباب وانث بعضها فقال من الارسال واخواته تدبر تقف قوله ولنا ما روي ان النبي عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة قال في العناية فان قيل يجوز ان يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما لا يؤكل لحمه فالجواب ان المعنى الذي اوجب ذلك في غير المأكول من الحمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود في مأكول اللحم فيلحق به انتهى اقول في الجواب نظر اذ لنا ان نمنع ان المعنى الذي اوجب ذلك في غير مأكول اللحم تلك الامور المذكورة وحدها لجواز كون ان لا يقصد منه اللحم اصلا كما يقصد ذلك من الشاة داخلا في ذلك المعنى ايضا وهو غير موجود في مأكول اللحم اذ قصد منه اللحم كما يقصد تلك الامور المذكورة ايضا فلا يتم الالحاق كما لا يخفى قوله ولان فيها مقاصد سوى اللحم الى آخره اقول فيه كلام اما اولا فلان هذا الدليل لا يتمشى في غير مأكول اللحم كالحمار والبغل والفرس بل هو محكم لعكاسه يقتضي ان يكون الجواب في غير مأكول اللحم غير الجواب في مأكول اللحم مع ان الجواب فيهما متحد وان كلا منهما داخل في المدعى هنا واما ثانيا فلان قوله لشبه الادمي في ايجاب الربع يعني عملنا بشبه الادمي في ايجاب الربع ليس بواضح لان شبه الادمي لا يقتضي ايجاب الربع بل يقتضي ايجاب النصف لان الواجب في الادمي في الجناية المزبورة هو النصف واما ايجاب الربع بمجموع الشبهين كيف ولو كان المقتضي لايجاب الربع شبه الادمي فقط لما احتيج الى العمل بالشبه الآخر كما لا يخفى فالظاهر في الاداء ان يقال فعملنا

ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده لا لان الناخس متعد في تسييره الراكب فعله غير متعد فيرجح جانبه التغريم
للتعدي حتى لو كان اتفاقا بان على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس بصيغتين لانه متعد في الايقاف ايضا **قال** وان نخست الناخس كان ضمنه لانه بمنزلة
الجاني على نفسه وان الفت الراكب فعقله كان ديته على عاقلة الناخس لانه متعد في تسييبه وفيه الدية على العاقلة **قال** ولو وطئت بنخسه على رجل او وطئت
فعقرته كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه والواقف ملكه الذي يسيره في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه يجب الضمان على الناخس في الراكب نصفين لان التلف
حصل بفعل الراكب وطئ الدابة والثاني مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه
في نخسها لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر **قال** ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب
فالدية عليهما نصفين جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث
انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب ان كان علة للوطئ فالنخس لا يشترط لهذه العلية بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطئ وبعض الاشياء
مما لا يمكن جرح انسانا ولو تعرى بر جرحه عليه وعلى قارعة الطريق دابة فالدية عليهما لما ان النخس شرط علة اخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب
بما ضمن لانه فعل بامره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اذا لانه لم يامره بالايطاء والنخس يفصل عنه وهما كما اذا امر صبيا ليسلمه الى الدابة فسيرها فوطئت
انسانا وماتت ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الآمر لانه امره بالتسليم لا بالايطاء يفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس انما يضمن
اذا كان الايطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه اذا لم يكن في فورها ذلك بالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب على الكمال ومن قاد دابة
فنفحها رجل فانفلتت من يد القائد فانهمات في فورها فعلى الناخس لان اذا كانا هما سائقين فهما عدوان لانه مضاف اليه والناخس انما كان عبدا فالضمان في رقبته وان كان
مدبرا فعلى مولاه لانه امر اختيار بانفاذها ولو نخسها انسان منعرب لنا طريق فيعم انسانا فقتله فالضمان على من نصب لذلك الشيء لانه متعد بتسبيب الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله والله اعلم

بالشبهين بشبه الآدمي في ايجاب المقدر من غير اعتبار النقصان وبالشبه الآخر في نفي المصنف رد الواجب في عين الآدمي فوجب الربع علابهما وقد اشار اليه
صاحب الكافي حيث قال فاشبه الانسان من وجه والشاة من وجه فوجب تنصيف التقدير الواجب في الانسان علابهما انتهى نعم مراد المصنف رد ايضا هذا المعنى
لكن عبارته لا تساعده كما ترى **قوله** ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده اقول يرد عليه ما ذكره فيما مر في مسئلة
السائق والقائد جوابا عن الشافعي رد بقوله وانتقال الفعل تخويف القتل كما في المكروه وهذا تخويف بالضرب وجه الورود غير خاف على الفطن الناظر في المقامين **قوله**
ولان الناخس متعد في تسييبه والراكب غير متعد في فعله فترجح جانبه في التغريم للتعدي قال صاحب العناية فيه نظر لان الراكب ان كان فعله معتبرا فهو مباشر
والتعدي ليس من شرطه وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن ان يجاب عنه بان الراكب مباشر فيما اذا اتلف بالوطئ لانه
يحصل التلف بالثقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في النفح بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا سببين فيرجح الناخس في التغريم للتعدي
انتهى كلامه اقول في الجواب نظر لان حاصله اختيار الشق الاول من الترديد ومنع كون الراكب مباشرا فيما نحن فيه فيصير حينئذ مدار هذا الدليل ان يكون فعل الراكب
معتبرا فيلزم ان يكون مضمون هذا الدليل منافيا لمضمون الدليل المتقدم عليه لان مداره ان لا يكون فعل الراكب معتبرا لكونه مدفوعا بدفع الناخس فيفيد افضاء
اللهم الا ان يحمل احدهما على الفرض والآخر على التحقيق فتامل **قوله** وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نخسها لانه امره
بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر اقول لقائل ان يقول هب ان النخس في معنى السوق وان الراكب كان يملكه فامر الناخس به
لكن الامر به انما يتناوله من حيث انه سوق لا من حيث انه اتلاف كما سيجيء به التصريح في المسئلة الآتية فمن حيث انه اتلاف ينبغي ان يقتصر على الناخس ولا ينتقل الى الراكب
فيجب على الناخس الضمان لتعديه في الاتلاف كما في المسئلة الآتية فتفكر في الفرق ولعله تسكب فيه العبرات **قوله** ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن
الراكب فالدية عليهما جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما اقول لقائل ان يقول الراكب مباشر فيما اتلف بالوطئ لحصول
التلف بثقله وثقل الدابة جميعا كما صرحوا به والناخس مسبب كما مر في الكتاب اذ اجتمع المباشر والمسبب فالاضافة الى المباشر اولى كما صرحوا به فيما في مسئلة
الراكب والسائق فما بالهم جزموا ههنا باضافة الفعل الى الراكب والناخس معا وحكموا بوجوب الدية عليهما جميعا فتدبر **قوله** والاذن تناول فعله من حيث السوق
ولم يتناوله حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه قال في النهاية يقتصر الضمان على الناخس اقول ليس هذا بشرح صحيح اذ مقتضى هذا الوجه
وهو حيثية كون فعل الناخس اتلافا ان يكون الناخس متعديا بكونه سببا لجناية الدابة ولا يلزم منه
ان لا يوجد هناك سبب آخر ومباشر حتى يلزم اقتصار الضمان على الناخس وقد وجد في مسئلتنا فان الراكب فيما مر مباشر ولا يخلو
من ان يكون ايضا مسببا فلا يقتصر الضمان على الناخس بل يجب عليه وعلى الراكب جميعا كما هو جواب المسئلة فالصواب ان مراد المصنف رد بقوله فمن هذا الوجه
يقتصر عليه اي فمن هذا الوجه يقتصر فعل الناخس وهو النخس على الناخس اي لا ينتقل الى الآمر وهو الراكب كما ينتقل اليه من وجه آخر وهو حيثية كونه سوقا
كما في المسئلة الاولى فحينئذ ينتظم الكلام وتتم المرام كما لا يخفى على ذوي الافهام **قوله** والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته قال في العناية قوله والناخس
اذا كان عبدا يعني ونخس بغير اذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها او يفديه انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه اذا كان التلف بالوطئ في فورها

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه وقال الشافعي رض جنايته في رقبته يباع بها لان يعني المولى لا يرثه وثانيه الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم لان الاصل في موجب الجناية ان يجب على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل عندي بالاية لا قرابة بين العبد ومولاه فتجب في ذمته كما في الذمي ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال

فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عتق العبد نصف الدية يدفع مولاه او يفديه على ما صرحوا به اذا كان النخس باذن الراكب انتهى اقول بحثه ساقط فان مراد صاحب العناية ان جواب هذه المسئلة على وجه الاطلاق من غير تفصيل كما ذكر في الكتاب انما هو فيما اذا نخس بغير اذن الراكب لانه لا يتصور كون الضمان في رقبته في شئ من الصور الا اذا كان نخس بغير اذن الراكب لانه يتصور حتى يجب عليه ان في صورة التلف بالوطء في فور النخس يجب على عاقلة الراكب نصف الدية وفي رقبة العبد نصفها اذا كان النخس باذن الراكب كما صرحوا به ويرشد الى كون مراد صاحب العناية ما ذكرناه ان صاحب النهاية وغيره قالوا في شرح قول المصنف رح والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته هذا اذا نخسه بغير اذن الراكب اما اذا نخسه باذن الراكب فلا يخلو اما ان كانت من الدابة نفحة او وطئ فقد ذكر حكمها في المبسوط وهما اذا كان الرجل يسير في الطريق فامر عبد الغير فنخس دابته فنفحت فلا ضمان على واحد منهما لان فعل المامور كفعل الآمر عبدا كان المامور او حرا وان وطئت في فورها ذلك انسانا فقتلته فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عتق العبد نصف الدية يدفعه مولاه او يفديه بمنزلة السابق مع الراكب الا ان المولى يرجع على الآمر باقل من قيمة العبد ومن نصف الدية لانه صار غاصبا للعبد باستعماله اياه في نخس الدابة فاذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى ان يرجع به على المستعمل له انتهى تامل

باب جناية المملوك والجناية عليه لما فرغ من بيان احكام جناية المالك هو الحر والجناية عليه شرع في بيان احكام جناية المملوك وهو العبد وآخره لانحطاط رتبة العبد عن رتبة الحر كذا في الشروح اقول فيه شئ وهو ان لقائل ان يقول ما وقع الفراغ من بيان احكام جناية الحر مطلقا بل بقي منه بيان حكم جناية الحر على العبد وهو انما يتبين في هذا الباب وكذا ما وقع الفراغ من بيان حكم جناية العبد على الحر وهو ايضا انما يتبين في هذا الباب فالاظهر ان يقال لما فرغ من بيان جناية الحر على الحر شرع في بيان جناية المملوك والجناية عليه ولما كان فيه تعلق بالمملوك التبه من جانب آخره لانحطاط رتبة المملوك عن المالك ثم قال صاحب العناية لا يقال العبد لا يكون ادنى منزلة من البهيمة فكيف آخر باب جنايته عن باب جناية البهيمة لان جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب او السائق او القائد وهم ملاك انتهى اقول فيه ايضا شئ اذ لقائل ان يقول ان اراد ان جناية البهيمة كانت التبه باعتبار الراكب والسائق او القائد فهو ممنوع فان جنايتها بالطريق النفحة برجلها او ذنبها وهي تسير لا يكون باعتبار احد منهم والا لوجب عليهم الضمان في تلك الصورة وليس كذلك كما عرف في بابها وكذا الحال فيما اذا اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا فقاعين انسان او افسدت ثوبه وكذا اذا انفلتت فاصابت مالا او آدميا ليلا او نهارا كما عرف كل ذلك ايضا في بابها وان اراد ان جنايتها قد يكون باعتبار احد منهم فهو مسلم ولكن لا يتم به تمام التقريب ويمكن ان يقال الصور التي لا يجب فيها من فعل البهيمة ضمان على احد بل يكون فعلها هدرا مما لا يترتب عليه حكم من احكام الجناية في الشرع وانما ذكرت في بابها استطرادا والبناء الكلام هنا على ما له حكم من الاحكام الشرعية فتتم التقريب **قوله** والمسئلة مختلفة بين الصحابة رض قال في الكافي والكفاية فعن ابن عباس رض مثل مذهبنا وعن عمر وعلي رضي الله عنهما مثل مذهبه وقال تاج الشريعة عن ابن عباس رض كما هو مذهبنا وعن عمر وعلي رض كما هو مذهبهما فانهما قالا لا عبيد الناس اموالهم وجناياتهم في قيمتهم اي في اثمانهم وقال في غاية البيان روى اصحابنا كالقدوري وغيره في كتبهم عن عباس رض انه قال اذا جنى العبد ان شاء دفعه وان شاء فداه وعن عمر رض انه قال عبيد الناس اموالهم وجناياتهم في قيمتهم وعن علي رض مثله وقال في معراج الدراية روي عن علي رض انه قال عبيد الناس اموالهم جرائرهم في رقاب الناس كمذهبنا وهكذا روي عن ابن عباس ومعاذ بن جبل وابي عبيدة بن الجراح رضي الله عنهم وروي عن عمر رض مثل مذهبه فانه قال عبيد الناس اموالهم جرائرهم في قيمتهم اي في اثمانهم لان الثمن قيمة العبد وقال في العناية فعن ابن عباس رض مثل مذهبنا قال اذا جنى العبد ان شاء دفعه وان شاء فداه وهكذا روي عن علي رض ومعاذ بن جبل وغيرهما وروي عن عمر رض مثل مذهبه قال عبيد الناس اموالهم جرائرهم

ولنا ان الاصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ ان تتبعه عن الجاني تحرزا عن استيصاله لا لجناية به اذ هو معذور فيه حيث تعتبر الجناية وتجب على عاقلة الجاني اذ لا عاقلة للمولى عاقلته لان العبد يستنصر به ولا اصل في العاقلة عندنا الا حتى يجب على اهل الديوان عند وجود الدين لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فيجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا يعقلون المال فيجب في ذمته كدين يثبت اصله عيان او يجب لا صيرورة الدفع في ايجابهم ولهذا يسقط الموجب بموت الولي مقتولا عمدا والواجب ان كان اسهل النقل الى الغنى لا كالزكوة بخلاف موت الجاني الحر اذ ان ارثه لا يتعلق بالحر استيفاء عضو كالعبد في صورة الخطأ قال فان دفعه مكروه في الجناية وان فداه فذاك اما اشهاد وكذلك يلزمه كلا اما الدفع فلدون التعجيل في الاعيان بالحل وعند اختياره الولي يتعين

في قيمتهم اي في اثمانهم لان الثمن قيمة العبد انتهى اقول قد اضطربت كلماتهم في الرواية عن علي رض فبعضهم نقل الرواية عنه مثل مذهب الخصم وبعضهم نقلها عنه مثل مذهبنا كما ترى ثم اقول قد خالف الكل ههنا صاحب البدائع حيث قال ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن علي رض وعبد الله بن عباس رض مثل مذهبنا بمحضر من الصحابة رض ولم ينقل الانكار عليهما من احد منهم فيكون اجماعا منهم انتهى ولا يخفى انه يخالف قول العناية والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله تعالى عنهم

قوله ولنا ان الاصل في الجناية على الآدمي في حالة الخطأ ان تتبعه عن الجاني الى آخره قال صاحب العناية فيه بحث وهو ان الحكم في المسئلة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرناه وهو بناء على اصل ونحن على اصل فمن اين تقوم لاحدنا حجة على الآخر ويمكن ان يقال الشافعي رح جعل وجوب موجب جنايته في ذمته كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجناية على المال فنحن اذا بينا الفرق بينهما بقي اصله بلا اصل فيبطل وقد بين المصنف رح ذلك بقوله بخلاف الذمي فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فيجب في ذمته صيانة للدم على الهدر وبقوله وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا يعقلون المال فيجب في ذمته واما اصلنا فهو ثابت في نفسه مستند الى النص الذي لا يعقل ابطاله ليس بمقيس على ما يبطل بابداء الفارق الى ههنا كلامه اقول جوابه ليس بتام اما اولا فلانه لا شك ان مدار دليل الشافعي رح ليس على قياس وجوب موجب جناية العبد في ذمته على وجوب الدين في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته حتى يلزم من بيان الفرق بين المقيس والمقيس عليه ان يبقى مذهبه بلا اصل بل مدار دليله على ان لا عاقلة للعبد بناء على ان العقل عنده بالقرابة لا غير وانما ذكر وجوب الدين في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته في ذيل دليله لمجرد التنظير كما يرشد الى ذلك كلمة تقرير المصنف رح فلا يلزم من بيان الفرق بين مسئلتنا وبين ما ذكره بطريق التنظير بقاء اصله بلا اصل كما لا يخفى واما ثانيا فلان للشافعي رح ان يقول كما ان اصلكم مستند الى النص وهو ما روي عن ابن عباس رض وغيره كذلك اصلي مستند الى النص وهو ما روي عن عمر رض ليس بمقيس على ما يبطل بابداء الفرق ثم اقول الحق في الجواب عن البحث المذكور ان يقال الكلام في تعليل هذه المسئلة من قبيل رد المختلف الى المختلف وهو ان العاقلة من هي فقال الشافعي رح هي اهل العشيرة وقلنا هي اهل النصرة وقد ذكر ذلك في اوائل كتاب المعاقل مدللا ومفصلا وقد قامت لنا حجة على الشافعي رح هناك فاكتفينا ههنا بجعل ذلك المختلف اصلا لهذا المختلف كما ترى قوله والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به قال بعض الفضلاء ليس يخالف هذا حديث لا يعقل العواقل عمدا ولا عبدا انتهى وقال صاحب التسهيل يشكل هذا على قول ابي حنيفة رح اذا العبد اذا جنى على الحر لا يعقله العاقلة عنده فلا يصح هذا التعليل على مذهبه انتهى وذكره ايضا بعض العلماء في حاشيته على شرح صدر الشريعة للوقاية اخذا من التسهيل كما هو حاله في اكثر ايراداته في تلك الحاشية اقول في الجواب عما ذكره كلهم ههنا ان لفظة العاقلة انما تطلق على الجماعة لا على الواحد كما يفصح عنه كلام الفقهاء وكلمات اهل اللغة ايضا فان الفقهاء قالوا العاقلة الذين يتعقلون اي يودون العقل وهو الدية كما يجيء في الكتاب في اول المعاقل وقال في المغرب العاقلة هي الجماعة التي تعرف بالدية عشيرة الرجل او اهل ديوانه اي الذين يرتزقون عن ديوان على حدة انتهى وقال في الصحاح وعاقلة الرجل عصبته وهم القرابة من قبل الاب الذين يعطون دية من قتله خطأ وقال اهل العراق هم اصحاب الدواوين انتهى الى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة فاذا تقرر هذا تبين ان المراد بما في الحديث ان العواقل التي هي الجماعات لا يعقل عبدا كما لا يعقل حرا وان مذهب ابي حنيفة هو ان العبد اذا جنى على الحر لا يعقله العاقلة اي الجماعة بل يلزم مولاه جنايته وقول المصنف رح وغيره هنا والمولى عاقلته من قبيل التشبيه البليغ ومعناه والمولى كعاقلته لان العبد يستنصر به كما يستنصر الحر بعاقلته يرشد اليه قول صاحب الكافي في كتاب المعاقل ولا تعقل العاقلة جنى العبد على حر لان المولى في كونه مخاطبا بجناية العبد بمنزلة العاقلة ولا تحمل عن العاقلة عواقلهم فكذا لا تحمل جناية العبد عاقلة مولاه انتهى فلا يخالف ما ذكروا ههنا حديث لا يعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا يشكل هذا على مذهب ائمتنا من ان العبد

وأما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالبدل قال في العناية كون الشيء بدلا عن شيء لا تستلزم الاتحاد في الحكم الا يرى ان المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحد في الحكم فان القصاص لا يتعلق به حق الموصى له واذا صار مالا تعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الاصل غير ذلك واجيب بان الفداء لما وجب بمقابلة الجناية في النفس او بعضوا شبه الدية والارش وهما يثبتان موجلا وذلك يقتضي كون الفداء كذلك ولما اختاره المولى كان دينا في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضي كونه كذلك اي كسائر الديون حالا لان الاجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت الا بالشرط كما تقدم فتعارض جانب الحلول والاجل فيرجح جانب الحلول بكونه فرع اصل حال موافقة بين الاصل وفرعه وهذا كلام حسن وان لم يكن في لفظ المصنف ما يشعر به انتهى اقول بل هو كلام قبيح لان الموافقة في الحكم بين الاصل وفرعه ان كانت امرا لازما او راجحا يرتفع السؤال عن اصله ويكفي ذكر هذه المقدمة في الجواب عنه ويصير باقي المقدمات المذكورة في الجواب المزبور مستدركة جدا وان لم يكن امرا لازما ولا راجحا فكيف يتم ترجيح جانب الحلول بكونه فرع اصل حال وقال في العناية ويجوز ان يقال الاصل ان لا يفارق الفرع الاصل الا بامور ضرورية فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا يتغير الا بامور ضرورية والمسائل المذكورة تغيرت بذلك لان القصاص غير صالح الحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر لطبعه فلم يكن بد من الحاق النية به ليكون مطهرا شرعا بخلاف المال وفيما نحن فيه ليس امر ضروري يمنعه عن الحلول الذي هو حكم اصله فيكون بالحقاب انتهى اقول فيه بحث اذ كان حاصل السؤال ان كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم فيلزم ان يكون المراد في الجواب بقوله الاصل ان لا يفارق الفرع الاصل الا بامور ضرورية هو ان الاصل ان لا يفارقه في الحكم الا بامور ضرورية ولا يدل عليه التعليل الذي ذكره بقوله فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا يتغير الا بامور ضرورية اذ الظاهر ان معنى كون الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا يتغير الا بامور ضرورية هو كونه عندهم عبارة عن حالة مستمرة لا يتغير نفسها الا بالضرورة لا كونه عبارة عن حالة مستمرة لا يتغير حكمها بعد ان تغيرت نفسها الا بالضرورة والمطلوب فيما نحن فيه هو الثاني دون الاول فلا يتم التقريب بل تفهم قوله واما الفداء فلانه لا حق له الا بالارش اقول فيه اشكال سيما في الحصر اذ قد تقرر فيما قبل ان الواجب الاصلي في جناية العبد هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب الا انه كان للمولى حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة فاذن كان حق ولي الجناية منحصرا في الدفع على ما هو الواجب الاصلي في جناية العبد فان لم يتحصر فيه فما معنى حصره في الارش بقوله لا حق له الا بالارش وهلا يكون هذا مناقضا لما ذكره قبيله بقوله اما الدفع فلان حقه متعلق به قوله واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها يريد قوله ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وقيل يريد به قوله في اول الباب واذا جنى العبد جناية خطاء فانه ينتظم النفس وما دونها كذا في العناية اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة انه لا سداد لما ذكر ثانيا لان تاخير التعرض لاطلاق ما في اول الباب الى هنا مع كونه بعيدا عن نهج السداد في

اذا جنى على الحر لا يعقله العاقلة فتصير قوله واما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالبدل قال في العناية كون الشيء بدلا عن شيء لا تستلزم الاتحاد في الحكم الا يرى ان المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحد في الحكم فان القصاص لا يتعلق به حق الموصى له واذا صار مالا تعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الاصل غير ذلك واجيب بان الفداء لما وجب بمقابلة الجناية في النفس او بعضوا شبه الدية والارش وهما يثبتان موجلا وذلك يقتضي كون الفداء كذلك ولما اختاره المولى كان دينا في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضي كونه كذلك اي كسائر الديون حالا لان الاجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت الا بالشرط كما تقدم فتعارض جانب الحلول والاجل فيرجح جانب الحلول بكونه فرع اصل حال موافقة بين الاصل وفرعه وهذا كلام حسن وان لم يكن في لفظ المصنف ما يشعر به انتهى اقول بل هو كلام قبيح لان الموافقة في الحكم بين الاصل وفرعه ان كانت امرا لازما او راجحا يرتفع السؤال عن اصله ويكفي ذكر هذه المقدمة في الجواب عنه ويصير باقي المقدمات المذكورة في الجواب المزبور مستدركة جدا وان لم يكن امرا لازما ولا راجحا فكيف يتم ترجيح جانب الحلول بكونه فرع اصل حال وقال في العناية ويجوز ان يقال الاصل ان لا يفارق الفرع الاصل الا بامور ضرورية فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا يتغير الا بامور ضرورية والمسائل المذكورة تغيرت بذلك لان القصاص غير صالح الحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر لطبعه فلم يكن بد من الحاق النية به ليكون مطهرا شرعا بخلاف المال وفيما نحن فيه ليس امر ضروري يمنعه عن الحلول الذي هو حكم اصله فيكون بالحقاب انتهى اقول فيه بحث اذ كان حاصل السؤال ان كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم فيلزم ان يكون المراد في الجواب بقوله الاصل ان لا يفارق الفرع الاصل الا بامور ضرورية هو ان الاصل ان لا يفارقه في الحكم الا بامور ضرورية ولا يدل عليه التعليل الذي ذكره بقوله فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا يتغير الا بامور ضرورية اذ الظاهر ان معنى كون الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا يتغير الا بامور ضرورية هو كونه عندهم عبارة عن حالة مستمرة لا يتغير نفسها الا بالضرورة لا كونه عبارة عن حالة مستمرة لا يتغير حكمها بعد ان تغيرت نفسها الا بالضرورة والمطلوب فيما نحن فيه هو الثاني دون الاول فلا يتم التقريب بل تفهم قوله واما الفداء فلانه لا حق له الا بالارش اقول فيه اشكال سيما في الحصر اذ قد تقرر فيما قبل ان الواجب الاصلي في جناية العبد هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب الا انه كان للمولى حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة فاذن كان حق ولي الجناية منحصرا في الدفع على ما هو الواجب الاصلي في جناية العبد فان لم يتحصر فيه فما معنى حصره في الارش بقوله لا حق له الا بالارش وهلا يكون هذا مناقضا لما ذكره قبيله بقوله اما الدفع فلان حقه متعلق به قوله واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها يريد قوله ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وقيل يريد به قوله في اول الباب واذا جنى العبد جناية خطاء فانه ينتظم النفس وما دونها كذا في العناية اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة انه لا سداد لما ذكر ثانيا لان تاخير التعرض لاطلاق ما في اول الباب الى هنا مع كونه بعيدا عن نهج السداد في

[illegible] الإذن وإن ركبه دين لأن الإذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة إلا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته **قال** ومن قال لعبده إن قتلت فلانا أو رميته أو شججته فأنت حر فهو مختار للفداء إن فعل ذلك وقال زفر لا يصير مختارا لأن وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا ألا ترى أنه لو علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف أن لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه تلك كذا هذا ولنا أنه علق الإعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما إذا أعتقه بعد الجناية ألا ترى أن من قال لامرأته إن دخلت الدار فوالله لا أقربك يصير مبتدئا للإيلاء من وقت الدخول وكذا إذا قال لها إذا مرضت فأنت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارا [illegible] ولأنه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي إليه [illegible] لا يمكنه الامتناع عنه [illegible]

قال وإذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع إليه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية وإن لم يعتقه رده على المولى وقيل للأولياء اقتلوه أو اعفوا عنه ووجه ذلك وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلا لأن الصلح كان عن المال لأن أطراف العبد لا يجري القصاص بينها وبين أطراف الحر فإذا سرى تبين أن المال غير واجب وإنما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما إذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما إذا أعتقه لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لأن الظاهر أن من أقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة له إلا وأن يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به يصح وقد رضي المولى به لأنه لما رضي بدفع العبد عوضا عن القليل يكون أرضى بدفعه عوضا عن الكثير فإذا أعتق يصح الصلح في ضمن الإعتاق ابتداء وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الأول وقع باطلا فيرد العبد إلى المولى والأولياء على خيرتهم في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه إليه فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية إلى آخر ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد إشكالا فيما إذا عفا عن اليد ثم سرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك وههنا قال يجب قيل ما ذكر ههنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه أن العفو عن اليد صح ظاهرا لأن الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وإن بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص أما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فإذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة هذا إذا لم يعتقه فإن أعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل **قال** وإذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لأولياء الجناية لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للأولياء والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين إيفاء من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالإتلاف بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى إلى الغرماء لأن الأجنبي إنما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لأنه دونه وههنا يجب لكل واحد منهما بإتلاف الحق فلا ترجيح فيظهر الحقان فيضمنهما **قال** وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت فإنه يباع الولد معها في الدين وإن جنت جناية لم يدفع الولد معها والفرق أن الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسري إلى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لأن وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية **قال** وإذا كان العبد لرجل زعم رجل أن مولاه أعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل خطأ فلا شيء له لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وأبرأ العبد والمولى إلا أنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة **قال** وإذا أعتق العبد فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الآخر قتلته وأنت حر فالقول قول العبد لأنه منكر للضمان لما أنه أسنده إلى حالة معهودة منافية للضمان إذ الكلام فيما إذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا أو فداء وصار كما إذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وأنا صبي أو بعت داري وأنا صبي أو قال طلقت امرأتي وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا

نفسه يمنع عن الحمل عليه قول المصنف ره واطلاق الجواب لأن الإطلاق هناك في المسئلة لا في الجواب كما لا يخفى على ذوي الألباب فالمراد هو الأول لا غير **قوله** وكذا بالإذن في التجارة وإن ركبه دين لأن الإذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة أقول في التعليل شيء وهو أنه إن أراد أن الإذن في التجارة وإن ركبه دين لا يفوت الدفع بغير رضى ولي الجناية فهو ممنوع كيف وقد قال متصلا به إلا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله وإذا كان كذلك يفوت الدفع بغير رضاه قطعا وإن أراد أنه لا يفوت الدفع برضا ولي الجناية فهو مسلم لكن يلزم حينئذ أن ينتقض هذا التعليل بما لو ضرب المولى العبد الجاني فنقصه فإنه يصير مختارا للفداء هناك إذا كان عالما بالجناية كما مر آنفا مع أنه يجري أن يقال هناك أيضا إن الضرب وإن نقصه لا يفوت الدفع برضى ولي الجناية فإنه إذا رضي أن يأخذه ناقصا ولا ضمان على المولى جاز كما صرحوا به ويمكن الجواب عنه بأن قوله ولا ينقص الرقبة من تمام التعليل ففي صورة ما إذا ضربه فنقصه إن لم يفت الدفع برضى ولي الجناية نقصت الرقبة فالتعليل المذكور هنا لم يجر بتمامه هناك فلم ينتقض بذلك نعم في تمام قوله ولا ينقص الرقبة فيما إذا ركبه دين كلام لأن وجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لأن الغرماء يتبعونه بعد الجناية إذا دفع العبد إليه فيتبعونه بديونهم كما صرح به جمهور الشراح في شرح قول المصنف ره إلا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى وعن هذا قال صاحب الكافي ولكن الرقبة قد انتقصت عند لحوق الدين بسبب من جهة المولى وهو الإذن وكان لولي الجناية أن يمتنع من قبوله ناقصا فيلزم المولى قيمته انتهى فتأمل **قوله** ووجه ذلك هو أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلا قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يريد بيان الفرق بين ما إذا أعتق وبين ما إذا لم يعتق أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح أي الدفع وقع باطلا وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ أن الموجب الأصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية انتهى واقتفى أثره الشارح العيني أقول فيه نظر لأن المصنف ره صرح فيما مر بأن الموجب الأصلي هو الدفع في الصحيح وقال حتى يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب فكيف يتم تسمية الدفع ههنا صلحا على البناء على خلاف ما اختاره وصححه نفسه فيما قبل وخلاف ما عليه جمهور المحققين من مشايخنا حتى أن صاحب الأسرار بعد ما ذكر ما اختاره بعض المشايخ من أن الواجب الأصلي هو الأرش قال الرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد ره بن الحسن أن الواجب هو العبد انتهى ثم أقول الحق عندي أن يحمل تسمية الدفع ههنا صلحا على المشاكلة بأن عبر عن الدفع بالصلح لوقوع ذكره في صحبة ما هو صلح وهو ما إذا أعتقه تدبر ترشد **قوله** والباطل لا يورث الشبهة كما إذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه أقول فيه بحث وهو أنه إن أراد أن الباطل لا يورث الشبهة فيما إذا علم بطلانه كما هو الظاهر مما ذكره في النظير حيث قال فيه مع العلم بحرمتها عليه فهو مسلم لكن لا يجدي نفعا ههنا لأن الدافع لم يعلم أن القطع يسري فيكون موجبه القود بل ظن أنه لا يسري وكان موجبه المال وإن أراد أن الباطل لا يورث الشبهة وإن لم يعلم بطلانه فهو ممنوع ألا يرى أنه إذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها ولم يعلم بحرمتها عليه بل ظن أنها تحل له فإنه يورث الشبهة فيدرأ الحد كما صرحوا به في كتاب الحدود وفهم أيضا ههنا من قيد مع العلم بحرمتها عليه **قوله** أما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فإذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة أقول يرد عليه أنه إن أريد بقولهم

ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت بل قطعتها وانا حرة فالقول قولها كذلك كما يأخذ من الامة والعلة اختصاصه بالامة ولا يرد عند ابي حنيفة ولا يرد عند ابي يوسف لا يشكل فانا نجعله مردودا عليه لانه مكرر جواب الضمان لاسناد الفعل الى حالة معهودة منافية له كما في المسئلة الاولى وعلى الوجه والعلة في الشق القائم ترجيحا حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى استحقاقها وهي منكرة والقول قول المنكر فلذا لم يرد عليها انما ترتب الضمان لدعواه بالرد عليها وكلما انما ترتب سبب الضمان لدعواه بالرد عليه ويجعلون القول قوله ثم قال لغيره قطعت يدها وهي امتي ثم يدعي العتق صحيحة ترد فلت وقال الزيلعي لا يصح ايضا مرسلا عن الضمان لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يدعي يدها الرق فظهر ما هو مؤكد بين بعض الشارحين قال الزيلعي اذا اخذه وهو مستأمن بخلاف الاول والعلة لان وطء الامة مباح لا يوجب العقوبة ولكن الاخذ من غنائم ان كانت مدبرة لا يوجب الضمان عليه لحصول الاسناد الى حالة مدبرة منافية للضمان قال واذا اقر العبد بجرح رجل لشخص فيه باقلة العبد الدية لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطأه سواء على ما بينا من قبل ولا شيء على الآمر وكذا اذا كان الآمر عبدا لانه لا يؤاخذ بأقواله المؤاخذة فيما باعتبار الشرع وما اعتبر قولها لا يرجع لها على الآمر على الصحيح ايضا ويرجعون على العبد لو اعتق لان عدم الاعتبار حق المولى وقد زال لا لنقصان اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية قال وكذلك ان اقر عبد امعتاه ان يكون لامر عبدا او المامور عبدا يجوز عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع او الفداء ولا رجوع له على الاول في الحال ويحبس ويرجع بعد العتق باقل من الدية او قيمة العبد لا غير مضطر في دفع الزيادة وهي اذا كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغير لا يؤخذ اما اذا كان كبيرا يجب القصاص ويرجع بالدية قال واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما ولي فقطعا الدية لكل واحد منهما فان المولى دفع نصفه الى الآخرين او يفديه بعشرة آلاف درهم لانه لما عفا احد ولي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب الاقتصار كالموجب المال من الابتداء وهذا لان حق الرقبة ارفع من الفداء وقد سقط نصيب العافين وهو النصف وبقي النصف فان كان قتل احدهما عمدا والآخر خطأ فعفا احد ولي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفا خمسة آلاف الذي لم يعف من ولي العمد وعشرة آلاف لولي الخطأ لانه لما انقلب العمد ملكا كان حق ولي الخطأ في كل العبد عشرة آلاف وحق احد ولي العمد نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء فتجب خمسة عشر الفا وان دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطأ وثلثه لغير العافي من ولي العمد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدفعه ارباعا ثلثه لولي الخطأ وربعه لولي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة واستوت نسبة الزيادة وهي نصف فلذا يقسم بالارباع عند لا يقسم بطريق الطول والمضاربة المال الذي تعلق بالرقبة اصله التركة المستغرقة بالدين فيخير بين ان يفدي او يدفع النصف وهذه المسئلة ذكرناها في الزيادات قال واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما فدفعاه اي قرباه لهما فدفعاه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدفع الذي عفا نصفه نصيبه الاول ويفديه بربع الدية وذكر في بعض النسخ قول محمد معهما والمراد القريب ايضا وذكر في بعض النسخ قول محمد مع ابي حنيفة وذكر في الزيادات عن محمد له انه ان دفعه لا يبقى بل فلذلك عند ابي يوسف ومحمد يجعلانه محمي وعند ابي يوسف الجواب فيه كالجواب في مسئلة الكتاب فيما بين لا اختلاف الرواية ايضا بسبب ان حق الفصاص ثبت والدية على سبيل الشيوع لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص فاذا عفا احدهما انقلب نصيبه مالا وهو لنصف الآخر غير انه شاكه في الكل فيكون نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده مالا وما كان في نصيب صاحبه بقي ونصف النصف هو الربع فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك او افتده بربع الدية ولهما ان ما يجب من المال يكون حق المقتول لانه بدل دمه ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ به وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجة المولى ويستوجب على عبده دينا فلا يخلفه الورثة فيه

الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها ان الصلح لا يسقط موجب الجناية بل يبقيه على حاله فهو ممنوع كيف وقد صرحوا في صدر كتاب الجنايات بان موجب القتل العمد القود الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا فقد جعلوا الصلح كالعفو في اسقاط موجب الجناية وان اريد بذلك ان الصلح لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الاصل بل يقررها حيث وقع الصلح عنه على مال وان سقط بعد تحقق الصلح فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ قوله فاذا لم تبطل الجناية لم تمنع العقوبة اذ لا يلزم من عدم بطلان الجناية بمعنى ثبوتها في الاصل عدم امتناع العقوبة بعد تحقق الصلح عنها كما هو الحال فيما نحن فيه بل لا يتم حينئذ الفرق راسا بين صورتي العفو والصلح او العفو ايضا لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الاصل قبل العفو كما لا يخفى

قوله ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت بل قطعتها وانا حرة فالقول قولها قال صاحب النهاية هذه المسئلة ايضا مبنية على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان اقول ليس هذا بسديد لان مبنى هذه المسئلة التي جوابها كون القول قولها ليس على اسناد الاقرار على حالة منافية للضمان كما في المسئلة التي جوابها كون القول قولها ليس على اسناد الاقرار على حالة منافية للضمان كما في المسئلة الاولى والا لما كان القول قولها بل كان يجب ان يكون القول قول المقر كما في المسئلة الاولى وانما مبنى هذه المسئلة على انه ان اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع قوله الا بحجة كما يظهر مما ذكر في الكتاب في تعليل جواب هذه المسئلة نعم مبنا على قول محمد اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان الا ان قوله ليس بمطابق لجواب هذه المسئلة وانما ذكر هنا بطريق الاستطراد لا الاصالة فما مبنى هذه المسئلة التي جوابها على قول ابي حنيفة وابي يوسف كما صرح به في الكتاب على اصل قول محمد فيها **قوله** وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن قال صاحب النهاية ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع لكنه ذكره بيانا لمسئلة اخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بامان واخذ مال حربي ثم اسلم الحربي ثم خرجا الينا فقال له المسلم اخذت منك مالا وانت حربي فقال بل اخذت مني وانا مسلم فانهما على الخلاف كذا قيل فان صح ذلك فوجه قول محمد رحمه الله انه استند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان ووجه قولهما لانه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا اخذه دينا فكان قد اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع الا بحجة الى هنا كلامه اقول فيه بعد من الاختلال اما اولا فلان قوله ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع ممنوع فانه وان لم يكن داخلا في مسئلة القطع نفسها الا انه نظير لها لاشتراكهما في العلة حيث لم يوجد في كل منهما اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان عندهما وكونه نظير المانحن فيه تعلق محض به فان التنظير كثير الوقوع في استدلالاتهم شائع فيما بينهم فصار قوله هنا وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن بمنزلة قوله فيما قبل كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة الى آخره واما ثانيا فلان قوله ووجه قولهما انه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا اخذه دينا ليس بشرح مطابق للمشروح وانما المطابق له ان يقال لان مال الحربي قد يضمن اذا اخذه وهو مستأمن تدبر **قوله** وان دفعه دفعة اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطأ وثلثه لغير العافي من ولي العمد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدفعه ارباعا الى آخره قال صاحب النهاية واصل هذا مما اتفقوا عليه هو ان قسمة العين اذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغرماء في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لانه لا يضايق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه اما اذا وجبت قسمة العين ابتداء

فصل ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم او اكثر قضى له بعشرة آلاف الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف والشافعي رح يجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا فهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع كما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض بقي العقد ويقاوله بقاء المالية اصلا او بدلا وصار كقتل الغاصب وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد رح قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاها فيجب اعتبارها باهدارها الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع الفائت لا حق يبقى بعد قتل عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك امر الدية

لا بسبب دين في الذمة كما في مسألة بيع الفضولي وهو ان فضوليا باع عبد انسان كله وفضوليا آخر باع نصفه واجاز المولى البيعين كان العبد بين المشتريين ارباعا وكانت القسمة بطريق المنازعة لان الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة لان العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال ولما ثبت هذا قال ابو يوسف رح ومحمد رح في مسألتنا هذه ثلثة ارباع العبد المدفوع لولي الخطاء وربعه للساكت من ولي العمد لان حق ولي العمد كان في جميع الرقبة فاذا اخذ احدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق ولي الخطاء بهذا النصف بلا منازعة بقي النصف الآخر واستوت منازعة ولي الخطاء والساكت من ولي العمد من هذا النصف فصار هذا النصف بينهما النصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعا كما في مسألة الفضوليين ولابي حنيفة رحمه الله ان اصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة وهذا لان حق ولي الخطاء في عشرة وحق شريك العافي في خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلثة آلاف درهم الف لرجل والفان لآخر مات المديون وترك الفا كانت التركة بين صاحبي الدين اثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثها لصاحب الالفين وثلثها لصاحب الالف كذا ههنا بخلاف بيع الفضولي لان الملك يثبت للمشتري في العين ابتداء والى هذا اشار الامام قاضيخان والحبوبي في الجامع الصغير الى هنا وقتفى اثره في هذا الشراح والبيان صاحبا العناية ومعراج الدراية اقول فيه نظر لان المصنف رح صرح في اوائل هذا الباب بان الواجب الاصلي في جناية المملوك هو الدفع ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان للمولى حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة وصرح به ايضا عامة الفقهاء في كتبهم فما معنى بناء قول ابي حنيفة رح في هذه المسألة على ان اصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش وهذا يقتضي هذا ان يكون الواجب الاصلي في جناية المملوك هو الفداء دون دفع عين العبد ثم ان قول المصنف رح في بيان طريقة ابي حنيفة رحمه الله ههنا لان الحق تعلق بالرقبة يتبوء عما ذكره هؤلاء الشراح في تعليل قول ابي حنيفة رح في هذه المسألة كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة

فصل لما فرغ من بيان احكام جناية العبد شرع في بيان احكام الجناية على العبد وقدم الاول ترجيحا لجانب الفاعلية كذا في العناية وهو حق الاداء وقال في النهاية وغاية البيان انما قدم جناية العبيد على الجناية عليهم لان الفاعل قبل المفعول وجودا فكذا ترتيبا اقول فيه بحث لانه ان اريد ان ذات الفاعل قبل ذات المفعول وجودا فهو ممنوع اذ يجوز ان يكون وجود ذات المفعول قبل وجود ذات الفاعل مدة طويلة مثلا يجوز ان يكون عمر المجني عليه سبعين سنة او اكثر وعمر الجاني عشرين سنة او اقل وان اريد ان فاعلية الفاعل قبل مفعولية المفعول وجودا فهو ايضا ممنوع فان الفاعلية والمفعولية يوجدان معا في ان واحد وهو ان تعلق الفعل المتعدي بالمفعول بوقوعه عليه اذ قبل ذلك لا يتصف الفاعل بالفاعلية ولا المفعول بالمفعولية وكل ذلك غير خاف على الفطن العارف بالقواعد **قوله** ولابي حنيفة رح ومحمد رح قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية وجه الاستدلال ان الله تعالى اوجب الدية مطلقا فمن قتل خطاء حرا كان او عبدا او الدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية كذا في العناية وغيرها اقول تأمل ان يقول لو كان الواجب فيمن قتل العبد ايضا خطاء هو الدية التي تكون واجبة بمقابلة الآدمية كان ينبغي ان لا يتفاوت ديات العبيد في المقدار لتساويهم في الآدمية كما لا يتفاوت ديات الاحرار في القيمة لتساويهم في ذلك وان كان بعضهم اشرف من بعض بوجوه شتى مع ان ديات العبيد تتفاوت في المقدار بحسب تفاوت قيمتهم كما هو المذهب فتأمل **قوله** ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاها فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا بالاخلاف وفيه معنى المالية حتى ورد عليه

وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا يسمع فيه فقدرناه بقيمته رايا بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف ونقصانها في العبد اظهار الانحطاط رتبته وتبين العشرة بأثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال وفي يد العبد نصف قيمته لا ارادع خمسة لان الاخمسة لان اليد من الآدمي نصفه فتعتبر بكله ويتقضي هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررنا وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب ضمان المالية قال ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه ولا اقص منه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه ويعطى الفضل وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول لانتفاء من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه ولا يتحقق الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام واحتمال لا يزيل الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد المرهون يجني عليه رجل فيعتقه الراهن ثم يموت من ذلك الجرح لان ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولهذا لو في الحالة فيه وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى لان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الاخرى

الملك بالاختلاف والآدمية اعلاها لا الحالة فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما اذ العكس يفضي الى اهدارهما جميعا لان الآدمية اصل لقيام المالية بها وفي اهدار الاصل اهدار التابع واهدار احدهما اولى من اهدارهما انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء بانه منقوض بصورة الغصب فان فيها اهدار الاصل دون التابع انتهى اقول ليس هذا بوارد فان اهدار احدهما انما يتصور فيما اذا وجد اتلافهما معا فاعتبر احدهما واهدار الآخر بان يعطى لاتلاف احدهما حكم شرعي دون اتلاف الآخر كما فيما نحن فيه فان في قتل العبد اتلاف آدميته ومالية معا بخلاف الغصب اذ ليس فيه اتلاف الآدمية اصلا وانما الحاصل به اتلاف المالية بازالة اليد المحقة عنه واثبات اليد المبطلة فيه كما اشار اليه المصنف رحمه الله بقوله وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال فحيث لم يوجد فيه اتلاف الآدمية لم يلزم فيه اهدار الاصل الذي هو الآدمية فان معنى اهداره ان لا يعطى لاتلافه حكم شرعي فاذا لم يوجد اتلافه لم يتصور ان يترتب عليه حكم شرعي فضلا عن ان يلزم اهداره تفكر **قوله** وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا يسمع فيه فقدرناه بقيمته رايا اقول فيه اشكال اذ قد تقرر في علم الاصول وشاع في علم الفروع ايضا ان الرأي والقياس لا يجريان في المقادير بل انما تعرف المقادير بالسمع فكيف يجوز التقدير بالقيمة هنا بالرأي من غير سمع وايضا ان العبيد لا يتفاوتون في نفس الآدمية لا محالة وعن هذا لا يتفاوتون في شيء من تكاليف الشرع المتوجهة عليهم من حيث الآدمية كالتكليف بالايمان والصلوة والصوم وغيرها من شرائع المعاملات والعقوبات كما صرحوا به فكيف يتم تقدير الواجب عليهم بمقابلة الآدمية فيما نحن فيه بقيمتهم وهم متفاوتون في القيم **قوله** وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها اقول القائل ان يقول كرر هذه المسئلة مرة فيما قبل حيث قال ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا وهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع فما وجه الاعادة ههنا وتكرار مسئلة واحدة في موضع قريب ليس من دأب المصنفين كما لا يخفى ويمكن ان يقال اصل المسئلة ما ذكره ههنا فانه المذكور في الجامع الصغير والبداية والذي ذكر فيما قبل انما هو بطريق الاستطراد وفرقا بين مسئلة قتل العبد خطأ وبين مسئلة غصبه في الحكم حيث يجب في الاولى اقل من عشرة آلاف درهم اذا زادت قيمته على دية الحر عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله والشافعي رحمه الله يجب في الثانية قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع وجمعا لدليلي تينك المسئلتين في البيان في موضع واحد **قوله** وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول لانتفاء من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه واعترض عليه بعض العلماء بانه ما معنى هذا التردد وقد صرحوا فيما ضرب الامة الحاملة فاعتق المولى الامة ثم القيه حيا فمات الولد بان المعتبر حالة الضرب حتى تجب القيمة لا الدية انتهى اقول ليس هذا الشيء اذ قد صرحوا في بيان تلك المسئلة بانا اعتبرنا حالتي الضرب والتلف معا فاوجبنا القيمة دون الدية اعتبارا لحالة الضرب واوجبنا قيمة حيا اعتبارا لحالة التلف وقد مر ذلك في الكتاب في شرحه مفصلا في اواخر فصل الجنين وكان ذلك لبعض حفظ بعض ما صرحوا به هناك ونسي بعضه فزعم ان المعتبر هناك حالة الضرب فقط **قوله** وفيه الكلام قال صاحب النهاية اي الكلام فيما اذا كان العبد ورثة سوى المولى وقال ووصل شيخي بخطه الضمير في وفيه الى وتعذر الاستيفاء ولكن مال ذلك الى ما قلنا انتهى وقال صاحب الكفاية قوله وفيه الكلام اي في وجوبه على وجه يستوفى والكلام في اصل الوجوب لان الوجوب لا فائدة الا استيفاء فاذا فات المطلوب منه سقط اعتباره انتهى وقال صاحب العناية قوله وفيه الكلام اي كلامنا في تحقق اشتباه من له حق القصاص يعني ان تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء انتهى واختار صاحب العناية من بين تلك الاقوال ما ذكره صاحب النهاية من عند نفسه حيث قال قوله وفيه الكلام اي فيما اذا كان له ورثة غير المولى ونقل سائر الاقوال بقوله وقيل اقول ما ذهب اليه صاحب النهاية في تفسير مراد المصنف رحمه الله هنا واختاره صاحب النهاية ليس بشيء عندي لان المصنف رحمه الله بعد ان

فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لآخر يعني هذه الجارية بكذا فقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطئها لان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص وله لا يثبت بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضي له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان المقضي له مجهول ولا معتبر بالخطر في السبب هنا لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسئلة لان ملك اليمين يفاد بملك النكاح حكما والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطأ دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فيعتبر حالة الجرح فيكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فحل الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه وعلى اعتباره يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه في من له الحق واذا استحق القصاص فالخيار في عفوه وقتله الى المولى ويجب ارش اليد وما نقصه من قيمة الجرح الى وقت الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه وبعلى الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد رح في الثاني **قال** ومن قال لعبد يده احد كما حر شيئا فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تخالف العين فيما امكن في حق الشجة ولو قتلهما رجل يجب دية حر ودية عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه اظهار من وجه فافهم

قال فيما قبل وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول مريدا به ما اذا كان له ورثة غير المولى كما صرح به الشراح فاطنبه كيف يحتاج هنا الى ان يقول والكلام فيما اذا كان له ورثة غير المولى وهلا يكون هذا الغوا من الكلام كما يشهد به الفطرة السليمة واما ما ذهب اليه الشيخ صاحب النهاية وما ذهب اليه صاحب الغاية فلا يخلو كل منهما عن الركاكة بل عن اللغوية ايضا كما يدركه الذوق الصحيح وانما الحق الصريح هذا ما ذهب اليه صاحب الكفاية اذ ينتظم المعنى حينئذ جدا ويتعلق الكلام بقرينة المتصل به من حيث اللفظ كما ترى **قوله** فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه قال جمهور الشراح في تفسير ما يحتاط فيه اي في الذي لا يثبت بالشبهات وقالوا فانه يحترز بهذا عمن قال لآخر على الف من قرض فقال المقر له بل من ثمن مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يقع فيه البذل والاباحة فلا يبالي باختلاف السبب انتهى وقال صاحب الغاية بعد نقل هذا عن الشروح فيه نظر لان الاحتراز بالذي لا يثبت بالشبهات انما يكون عما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك انتهى اقول هذا النظر ساقط جدا اذ لا شك ان الاموال مما يثبت بالشبهات الا يرى الى ما صرحوا به في كتاب الشهادة من ان في شهادة النساء شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا يقبل فيما يندرئ بالشبهات من الحدود والقصاص ويقبل فيما سوى ذلك من الحقوق مالا كانت او غيره ثم قال صاحب الغاية والاولى ان يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فان استشهد بعده محل الوطي وهو ما يثبت بالشبهات انتهى اقول فيه خلل اما اولا فلان المص ما استشهد بعده بحل الوطي وانما استشهد بعدم خله كما يرى واما ثانيا فلان حل الوطي ليس مما يثبت بالشبهات قطعا نعم لا يجب الحد بالوطي لشبهة الملك او شبهة المحل لكن لا يحل الوطي لشيء من ذلك كما عرف في كتاب الحدود فان وجه الخلل الاول بتقدير المضاف بان يكون الاصل بعدم حل الوطي يبقى الخلل الثاني بلا تحمل توجيه ثم ان بعض الفضلاء قال في نقل عبارة الغاية وهو ما يثبت بالشبهات بدل وهو مما يثبت بالشبهات وقال لفظة ما نافية اقول نسخ الغاية التي رأينا بالاتفاق ما ذكره وعلى فرض صحة ذلك لا يرفع الاشكال عن كلام صاحب الغاية ههنا لانه لما فسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج لزم ان يحترز به عن الاموال بالضرورة لانها ليست من الدماء ولا من الفروج فان كان عبارة الغاية فانه استشهد بعده محل الوطي وهو ما يثبت بالشبهات وكان لفظة ما نافية لزم ان يرد عليه مثل النظر الذي اورده على سائر الشبهات بان يقال الاموال ايضا لا يثبت بالشبهات على زعمك فصارت كما استشهد به فما معنى الاحتراز عنها بتفسير ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فيلزم ان يكون ما عده اولى مشتركا لا التزام تامل تفهم **قوله** ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص هذا دليل آخر لمحمد رحمه الله وذلك لان الاعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص الا يرى ان من جرح عبد انسان ثم اعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص والقيمة وانما يفصل النقصان فان كان خطأ فبالاتفاق وان كان عمدا فعند محمد رح لان الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص كانه تلف بآفة سماوية كذا في العناية وكثير من الشروح وقال في العناية بعد ذلك فان قيل ينبغي ان يجب ارش اليد للمولى لكونه جرحا بلا سراية اجيب بانه لا يجب نظرا الى حقيقة الجناية وهو القتل لانه اذا سرى تبين له ان الجناية قتل لا قطع انتهى اقول فيه بحث وهو انه اراد بقوله في السؤال ينبغي ان يجب ارش اليد للمولى انه ينبغي ان يجب ذلك في مسئلة الكتاب كما هو الظاهر من قوله ارش اليد دون ان يقول ارش الجرح فلا ورود للسؤال المذكور اصلا اذ يجب ارش اليد للمولى عند محمد رح في مسئلة الكتاب على ما صرح به في الكتاب فلا مجال للسؤال على دليل محمد رح بانه ينبغي على مقتضاه ان يجب ارش اليد للمولى وان اراد به ان ينبغي ان يجب ذلك في المسئلة التي ذكرها ههنا على سبيل التنوير وهي ان جرح عبد انسان ثم اعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة فللسؤال المذكور ورود ولكن الجواب عنه بما ذكره منقوض بمسئلة الكتاب فانه يجري فيه ايضا مع انه يجب فيها ارش اليد عند محمد رح كما تحققته فتدبر **قوله** وذلك في الخطأ دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت

وبعد الشبهة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر يقين فيجب قيمة عبد رقبته حر تحقيقا
ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة اعلاهما لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما يمكن ذلك ولان القياس بان ثبوت العتق في المجهول لانه لا نصف له
انما صحيحا ضرورة صحة التصرف واثباته ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا في حقها قال ومن بقا عبدين
المولى دفع عبدا واخذ قيمته وانشاء امسكه لا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة رح وقالا انشاء امسك العبد واخذ ما نقصه وانشاء دفع العبد واخذ قيمته وقال
الشافعي يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يحيل الضمان مقابلا بالفائت فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في
الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان
يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال
من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقأ احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة وكما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلنا كما
في سائر اموال ان من حرق ثوب غيره خرقا فاحشا فانشاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وانشاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله

لحريته فجاء الاشتباه اقول في هذا المقام ضرب من الاشكال لان الحق على اعتبار حالة الموت وان كان للميت الا انه لا يتقرر عليه بل ينتقل الى المولى بالوراثة فكان
من له الحق في المال على كلتا الحالتين هو المولى فلا اشتباه الا يرى الى قول المص في صورة العمد وعلى اعتبار ان يكون الحق للعبد فالمولى هو الذي يتولاه اذ
لا وارث سواه فلا اشتباه فيمن له الحق وان ادعى ان اختلاف من له الحق ابتداء كاف في تحقيق الاشتباه المقتضي لقطع الاعتاق السرايه واتحاده بالنظر الى الانتهاء
والمال غير مفيد في دفع ذلك نتيجة الاشكال على صورة العمد فان حق القصاص في هاتيك الصورة للعبد على اعتبار حالة الجرح لكون العبد بقي على اصل الحرية في
حق القصاص كما صرحوا به وللمولى على اعتبار حالة الموت بناء على اصل ابي حنيفة رح من ان حق استيفاء القصاص ثابت للوارث ابتداء من غير ان ينتقل اليه بطريق
الوراثة كما في الدية لان ملك القصاص انما يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله لانه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت بخلاف الدية لان الميت من اهل الملك
في الاموال كما اذا رجيت شبكة يقتل بها صيد بعد موته على ما تقرر كله في اول باب الشهادة في القتل من كتاب الجنايات فيلزم اشتباه من له الحق ابتداء في صورة
العمد ايضا على اصل ابي حنيفة رح فلا يظهر الفرق بين صورتي الخطاء والعمد بالوجه المذكور في الكتاب على اصله فلا يتم التقريب على قوله في مسئلتنا فليتامل في
الدفع **قوله** وبعد الشبهة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما اقول لقائل ان يقول الظاهر المطابق لوضع المسئلة ان يقال فاعتبر انشاء في حق من وقع
العتق عليه وهو احدهما المتعين بالبيان فتامل في التوجيه **قوله** ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق
الذات قصرا عليه قال جمهور الشراح في حل هذا الكلام يعني ان المالية معتبرة في حق الاطراف كما انها معتبرة في حق الذات لسقوط اعتبار المالية في حق
الذات قصرا عليه اي لان اعتبار المالية في حق الذات مقصور ساقط بالاجماع يعني لم تقصر اعتبار المالية على الذات فحسب بل اعتبرت في حق الذات والاطراف جميعا هذا زبدة جملة ما قالوا اقول فعلى
هذا المعنى يكون كلام المصنف رح هنا منافيا لما ذكره في تعليل المسئلة المارة في صدر هذا الفصل من قبل ابي حنيفة رح ومحمد رح حيث قال ولان الجزئية في
في العبد معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فوجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما انتهى فان مدلول ما قاله هناك
ان المالية التي هي ادنى من المالية مهدرة في حق ذات العبد لتعذر الجمع بينهما وبين الآدمية وانما المعتبرة فيه هي الآدمية عند ابي حنيفة رح ومحمد رح ومدلول
كلامه هنا على المعنى المذكور ان المالية معتبرة في حق ذات العبد واطرافه جميعا عندائمتنا فبينهما تدافع لا يخفى ثم ان صاحب الغاية من بين هؤلاء الجمهور
قال في تقرير المعنى المذكور ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبارها في حق الذات اي جميع البدن وحده مقصورا
عليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد اوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف انتهى اقول فيه خلل زائدا ما اولا فلانه فسر الذات بجميع البدن
وليس بصحيح لان جميع البدن من الاطراف قال في الصحاح بدن الانسان جسده وقوله تعالى فاليوم ننجيك ببدنك قالوا بجسدك لا بروحك فيه انتهى و
انما المراد بالذات ما يقابل الاطراف وهو النفس واتلافها بازالة الروح واما ثانيا فلانه علل سقوط اقتصار اعتبار المالية على الذات بقوله فان الشرع قد اوجب
كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف وليس بسديد لان ايجاب الشرع كمال الدية بتفويت ذلك لا يدل على اعتبار المالية في حق الاطراف
لجواز ان يكون ايجابه اياه للآدمية كما في الحر تدبر وقال تاج الشريعة من الشراح في حل كلام المصنف رح هذا المعنى ان اعتبار المالية في الاطراف لا في
الذات لانها تسلك مسلك الاموال ولهذا لا تحملها العاقلة وفسر الذات في قول المصنف رح المالية قائمة في الذات بالعبد حيث قال في اي العبد وقال
في شرح قوله لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه يعني ان سقوط اعتبار المالية مقصورا في النفس لا في الاطراف ووجوب الضمان بدل الآدمية لا بدل
المالية ولهذا لا يجاوز على عشرة آلاف بل ينقص عشرة فيكون المالية في العبد باعتبار الاطراف انتهى اقول هذا المعنى هو المطابق لما ذكره المصنف رح في تعليل المسئلة

[illegible]

الماية في صدر الفصل من قبل ابي حنيفة رح ومحمد رح وان كان في استفادته من عبارة المصنف ره ههنا تحمل كثير كما ترى لكنه غير مطابق لما ذكره هناك من قبل ابي يوسف وكلامه ههنا مسوق لاقامة الحجة على الشافعي ره من قبل ائمتنا جميعا ولهذا قال ونحن نقول فلا بد ان يطابق لاصلهم جميعا وقد فات ذلك بالجملة ان كلام المصنف ره ههنا ليس تحامل على الاضطراب كما لا يذهب على الفطن ولعل صاحب الكافي تفطن له حيث ترك اسلوب تقرير المصنف ره ههنا وسلك مسلكا آخر في التقرير والبيان مع كون عادته ان تتقفى اثر المصنف ره في وضع المسائل وتقرير الدلائل **قوله** وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا اقول الظاهر من هذا البيان ان المالية والآدمية معتبرتان معا في ذات العبد اي نفسه واطرافه ايضا عند ابي حنيفة وقد مر من المصنف ره في اول الفصل ان المعتبرة في ذات العبد عند ابي حنيفة ره ومحمد ره هي الآدمية دون المالية فانها مهدرة في ذاته عندهما في فصل الجناية ولهذا لو زادت قيمته على تمام الدية ينقص عنه عشرة دراهم عندهما وكان بين كلاميه في المقامين تدافع اللهم الا ان يحمل قوله ههنا ان المالية وان كانت معتبرة في الذات على مجرد الفرض فالمعنى ان المالية وان فرضت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه لكنه لا يخلو من بعد

فصل في جناية المدبر وام الولد

لما ذكر باب جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو اكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل من هو اخط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وام الولد كذا في الشروح قال بعض الفضلاء فيه ان الملك كامل في المدبر وام الولد دون الرق كما صرحوا به بخلاف المكاتب فانه على العكس انتهى اقول في الجواب عنه من طرف الشراح ان كمال الملك في المدبر وام الولد بالنسبة الى المكاتب حيث يملكهما المولى يدا ورقبة بخلاف المكاتب فان مولاه يملكه رقبة لا يدا كما عرف في محله لا ينافي الكمالية الملك في العبد فان مولاه كما يملكه يدا ورقبة يملكه من جهات عامة التصرفات فيه بخلاف المدبر وام الولد فان مولاهما لا يملك التصرف فيهما من جهة البيع والهبة واشباههما لانهما لا يصلحان ذلك عندنا على ما عرف ايضا في محله ولا يخفى ان الكمالية الملك في العبد كافية في تقديمه على المدبر وام الولد في الذكر في باب جناية المملوك والجناية عليه وقد افصح عنه عبارة الشراح حيث قالوا قدم من هو اكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد تبصر **قوله** عملا بالشبهين قال جمهور الشراح يعني لما عملنا بشبه التاخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها وجب ان يعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع انتهى اقول فيه نظر اذ للخصم ان يقول قد تحقق العمل بشبه المقارنة في حق تشريك ولي الجناية الثانية لولي الجناية الاولى اذ لولا العمل بذلك لكان المدفوع كله لولي الجناية الاولى خاصة لتقدمه في استحقاقه المدفوع على ولي الجناية الثانية حقيقة او حكما ولكن لما جعلنا الثانية مقارنة للاولى حكما عملنا بشبه المقارنة فشركنا ولي الثانية لولي الاولى كما دل عليه قول المصنف ره لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى فاذا وقع العمل بشبه المقارنة مرة فقد وجد العمل بالشبهين فلم يبق الاحتياج الى العمل بشبهها مرة اخرى بتضمين بعض المدفوع للمولى وقال صاحب الغاية في بيان معنى المقام جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين اذا وقع بغير قضاء لانه الظن بما تعلق به حق الثاني ولم يجعل كالمقارنة اذا وقع بقضاء لانه مجبور بالدفع عملا بشبهي المقارنة والتاخر انتهى وقد نقله صاحب العناية بقيل بعد ان ذكر المعنى الاول ولم يتعرض له بشيء اقول فيه خلل لان العمل بالشبهين امر واجب مهما امكن على ما عرف في موضعه فلما امكن العمل بهما في صورة واحدة مما نحن فيه وهي ما اذا وقع الدفع بغير قضاء كما ظهر مما سبق لم يصح المصير في اعتبار العمل بهما الى التوزيع على مجموع الصورتين كما فعله ذلك القائل وانما كان يصح ذلك لو لم يتصور العمل بهما في صورة واحدة بل كان اعتباره موقوفا على مجموع

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال من غصب عبدا ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى اقطع يده في يد الغاصب مات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته اقطع لم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى عليه مرة واستردا فيبرأ الغاصب عن الضمان قال وان غصب العبد المحجور عليه عينا مجوزا عليه فمات في يده فهو ضامن لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء فيصير مبطلا حق اولياء الجناية فاستحقوا عليه واحدة فلا يزاد على قيمته وتكون بين ولي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب قال ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب قال فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يرجع بنصف قيمته فيسلمه له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا تتكرر الاستحقاق ولهما

الصورتين وليس فليس ثم انه يرد عليه ايضا ان يقال تحقيق العمل بالشبهين بان يجعل الثانية كالمقارنة للاولى في حق تشريك ولي الثانية لولي الاولى وان يجعل مساوية عنها من حيث ان يعتبر قيمته يوم الجناية فلم يتحقق العمل بهما ما هو المطلوب ههنا كما لا يخفى

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك قال في النهاية لما ذكر حكم الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به انتهى واقتفى اثره صاحب العناية اقول فيه قصور وفتور اما اولا فلان وجه ذكر غصب العبد في هذا الباب كان ضائعا على هذا التوجيه واما ثانيا فلان ما ذكر في هذا الباب مما يرد على المدبر ويرد منه من قبيل الجناية عليه او الجناية منه فكان من حكم المدبر في الجناية فما معنى قوله لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه واما ثالثا فلان الصبي ليس بملحق بالمدبر في حكم المذكور في هذا الباب كما لا يخفى على الناظر المتامل في المسائل الآتية في هذا الباب نعم يجوز ان يعد ملحقا بالمدبر بل بالعبد في كونه محجورا عن التصرفات على ما بين في كتاب الحجر ولكنه لا يقتضي ذكر حكمه في هذا الباب دون الباب السابق فلا يتم التقريب في قوله وذكر حكم من يلحق به وقال في معراج الدراية لما ذكر حكم العبد والمدبر في الجناية شرع في بيان ما يرد عليهما وما يرد منهما وذكر حكم من يلحق بهما انتهى اقول وقع فيه تدارك دفع المحذور الاول من المحذورات الواردة على تقرير صاحب النهاية والعناية ولكن بقي المحذوران الاخيران فيهما واردين عليه ايضا كما ترى قال في غاية البيان لما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جناياتهما مع غصبهما وذكر المفرد قبل المركب ثم جرى كلامه الى بيان حكم غصب الصبي انتهى وتوجيه يعني اقول هذا اشبه الوجوه المذكورة وان امكن التقرير باحسن منه بتدبر قوله

والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية الى اخره واعترض الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير على هذا التعليل بعد ان نقله عن بعض المشايخ ثم علل المسئلة بوجه آخر حيث قال بعد نقل ذلك لا ان هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضا او رضا لان السراية انما تنقطع به باعتبار تبدل الملك انما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على الغاصب واما قبله فلا كما نص عليه في آخر رهن الجامع والباب الثاني من جناياته الا انه انما ضمن الغاصب ههنا قيمة العبد اقطع لان السراية وان لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه او مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السراية تثبت عليه حكما لا حقيقة لان يد الغاصب لم يثبت يده على العبد حقيقة حكما او الثابت حكما دون الثابت حقيقة حكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فتقرر عليه الضمان بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغصب لان الغصب يرتفع بها الى ههنا كلام قاضيخان وقد نقله جماعة من الشراح ولم يتعرضوا له بشيء واما صاحب العناية فبعد ان نقل ما قاله قاضيخان اورد على ما اختاره من التعليل نظرا حيث قال وفيه نظر لانا لا نسلم ان يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشيء الواحد يدان حكميتان بكمالها واليد الحقيقية واجبة الدفع لكونها عدوانا لا يصلح معارضا ولا مرجحا انتهى اقول نظره ساقط اذ لا وجه لمنع ثبوت يد الغاصب عليه حكما فان معنى ثبوت اليد على الشيء حكما ان يترتب على تلك اليد حكم من الاحكام وقد يترتب على يد الغاصب فيما نحن فيه وجوب الضمان بالاجماع واما سند منعه فليس بتام ايضا اذ لا محذور في ان يثبت على الشيء الواحد يدان حكميتان بكمالهما من جهتين مختلفتين وههنا كذلك فان ثبوت يد المولى على العبد المغصوب منه حكما باعتبار سراية القطع الذي صدر منه في يده وثبوت يد الغاصب عليه حكما باعتبار سراية القطع الذي صدر منه في يده وثبوت يد الغاصب عليه حكما باعتبار ثبوت يده عليه حقيقة فاختلفت الجهتان **قوله** وقال محمد يرجع بنصف قيمته ويسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد قال تاج الشريعة جوابا عنه من قبل الامامين وهما يقولان ليس هذا عوض ما اخذه ولي الجناية الاولى حتى يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد انتهى اقول فيه نظر لان الذي يرجع به المولى على الغاصب كيف يصلح ان يكون عوض ما اخذه

وهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى فحقه لا يزاحمه احد وانما انتقض باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فازاحه ليتم
حقه فاذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق مرة بسبب كان في يد الغاصب قال وان جنى عبد المولى فغصبه رجل فجنى عنده
جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان فيرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الاول غير ان استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية اذ كانت هي
في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالاجماع ثم وضع المسئلة في العبد فقال ومن غصب عبدا فجنى في يده فدفعه الى
ولي الجناية ثم جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى الى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب
في المدبر وقد ذكرنا الان وجه هذا الفصل ان دفع المولى العبد في الاول يدفع القيمة قال ومن غصب عبدا فجنى عنده جناية فدفعه الى المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية
فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لانه صنع فيه صنعا واحدا بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها الى
الاول لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما انتقض حكم المزاحمة من بعد قال فيرجع به على الغاصب لان الاستحقاق بسبب كان في يده
ويسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى لان ولي الجناية الثانية لا حق له في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف الاول وقيل على
الاتفاق والفرق محمد ان في الاولى لك ان يرجع به عوضا عما سلم لولي الجناية الاولى لان الجناية الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا كان استحقاقا
ولي الجناية الثانية والجناية الثانية في مسئلتنا هذه وقعت عند المولى لا عند الغاصب فالى يصح ان يقال المولى من الغاصب عوضا عما دفعه الى ولي الجناية الثانية
صدرت من مدبره حال كونه في يده والعهدة في مثل ذلك على ذي اليد دون غيره كما لا ريب فيه وعن هذا فرق محمد رح بين هذه المسئلة وبين المسئلة الاتية
التي هي عكس هذه المسئلة حيث وافق الامامين هناك كما ستطلع عليه وقال صاحب الغاية والجواب ان المولى ملك ما قبض من الغاصب ودفعه الى ولي الجناية عوضا عما اخذه ولي الجناية
الاولى عوضا عما اخذه ولي الجناية الثانية دون الاولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد انتهى اقول هذا قريب مما ذكره تاج الشريعة الا ان في
تقريره مساغ التخلص عما اوردناه على تقرير تاج الشريعة حيث اعتبر التعارض في جانب الدفع الى ولي الجناية الاولى لا في جانب الرجوع على الغاصب بل تفهم
ثم ان الاظهر في الجواب عما ذكره محمد من الجمع بين البدل والمبدل ما ذكره جمهور الشراح وعزاه صاحب الغاية الى الامام قاضيخان حيث قال وجوابه ما قال فخر الدين
قاضيخان ان ما اخذه المولى من الغاصب هو بدل عن المدفوع الى ولي الجناية الاولى من العبد فيما بين المولى والغاصب واما في حق ولي الجناية الاولى
لا يعتبر بدلا عن العبد بل يعتبر بدلا عن الميت ويكون الشيء الواحد بدلا عن شيء في حق انسان ويكون بدلا عن شيء آخر في حق غيره كالنصراني اذا باع الخمر وقبض
منه دين المسلم يجوز ويكون الماخوذ بدل الخمر في حق النصراني وفي حق المسلم بدل دينه كذا هنا انتهى **قوله** ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى
في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقض باعتبار مزاحمة الثاني الى آخره قال في الغاية واعترض بان الثانية مقارنة للاولى حكما فكيف يكون حق الاول في جميع
القيمة والجواب ان المقارنة جعلت للاولى حكما فكيف يكون حق التضمين لا غير والاول متقدم حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وامكن توفير موجبها فلا يمتنع بالمانع
انتهى اقول في الجواب بحث لانا لا نسلم ان المقارنة جعلت حكما في حق التضمين لا غير بل جعلت حكما ايضا في حق مشاركة ولي الجناية الثانية لولي الجناية
الاولى كما ارشد اليه قول المصنف رح في الفصل السابق لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الثانية الاولى انتهى فاذا جعلت المقارنة حكما في
حق مشاركة ولي الجناية الثانية ايضا كان ولي الجناية الثانية مزاحما لولي الجناية الاولى في استحقاقه جميع القيمة فكيف ياخذ ولي الجناية الاولى وحده كل القيمة
مع مزاحمة ولي الثانية له في استحقاقه اياه وان كان الاعتبار لتقدم الاولى حقيقة دون المقارنة الحكمية ينبغي ان لا يستحق ولي الثانية شيئا من قيمة المدبر و
ليس الامر كذلك بالاجماع فليتامل في الجواب الثاني **قوله** ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له الا في النصف يستوجب الاول اقول تامل ان
يقول ان كان حق ولي الجناية الثانية يتعلق راسا بنصف القيمة لا بكلها كما هو الظاهر من قوله لانه لا حق له الا في النصف ينبغي ان لا يكون القيمة التي
وجبت على المولى بين ولي الجنايتين نصفين كما هو المذكور في وضع المسئلة بل ينبغي ان يكون بينهما اثلاثا ثلثاه لولي الجناية الاولى وثلثه لولي الجناية الثانية
لان حق ولي الجناية الاولى قد تعلق بكل القيمة كما صرح به المصنف رح فيما قبل حيث قال لانه استحق كل القيمة وعلى تقدير ان تعلق حق ولي الجناية الثانية بنصف
القيمة يكون حقه في القيمة نصف حق ولي الجناية الاولى فينبغي ان يتضاربا في القيمة بقدر حقهما ثم اذ قد مر في الفصل السابق ان جنايات المدبر اذا تولت
لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع من المولى الا في رقبة واحدة واوليا الجنايات يتضاربون بالحصص فيها وان كان حق ولي الجناية الثانية متعلق
ايضا بكل القيمة ولكن يسقط نصفها بالتزاحم فيكون حقه الباقي له نصفها وكان هذا هو المراد بقول المصنف رح لا حق له الا في النصف ينبغي ان يرجع المولى ما رجع
به على الغاصب ثانيا الى ولي الجناية الثانية لان حقه كان في كل القيمة كولي الجناية الاولى الا انه سقط نصفها بالتزاحم فلما اندفع التزاحم بوصول حق ولي الجناية الاولى اليه
بتمامه كان ينبغي ان يعود حق ولي الجناية الثانية في النصف الساقط بالتزاحم اليه لحق ولي الجناية الاولى ثم اقول يمكن ان يجاب بان يختار الشق الثاني
ويقال في الفرق بين ولي الجنايتين ان حق الاول متعلق بكل القيمة ثم ينتقض نصفها بتزاحم الثاني من بعد ذلك لكن لا يسقط بالكلية وحق الثاني ايضا

امان هذا نسا فعلى ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرناه **قال** ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فعليه قيمته
ودية نفسه وكسوته حتى يعلم انه كان مكاتبا لانه بموته حرا عاد الى الاصل الصغير حر مرتد ويلا ان يجعله الا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا الاتلاف تسبيب لانه نقل الى ارض سبعة
كالحفر في الطريق فلا يورث ولا يحتمل الاسقاط لانه لا يحتمل الا ما كان حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحي ولا مرض نقول بانه يضمن فتجب الدية على العاقلة
لكونه قتلا تسبيبا **قال** واذا ادعى صبي عبيا فقتله فعلى عاقلته الدية وان ادعى ضياعا فالكل لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي يضمن
في الوجهين جميعا وعلى هذا اذا ادعى العبد المجروح عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ومحمد ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف
والشافعي يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقرار على الاعاقة في العبد والصبي قال محمد في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل رمى في الجامع الكبير وضع المسألة في
صبي ابن اثني عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان المتلف غير معتبر وقد اتلف معتبر لكنه اتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه
الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا كما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد انه اتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما اذا اتلفه
بلا تسبيب وهذا لان العصمة ثبتت حقا لله تعالى تقديرا لبقاء صاحبه ثم الله تعالى لا يستوفي حقه الا بالنظر لا اذا لم يكن مقام منفعة الحفظ لا اقامة حقه لا لانه لا يتقلب على الصبي ولا يعد
عادة فيخالف البالغ والمأذون لان اهلية التصرف لا تنافي العصمة بخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته ثابتة على اصل الحرية فيخالف ما اذا اتلفه غير الصبي
في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وضع في يده الا ان يريد به من غير ايداع لان الحق حينئذ لا يتحقق الا بالتعدي فيحقق الفعل لا تقريرا لحقوق الله تعالى ولا يتصور
باب القسامة **قال** واذا وجد القتيل في محلة ولا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم تخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا ولا قاتل الشافعي
اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليهم اذا كانت الدعوى خطأ وقال مالك لا يقضى بالقود اذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو احد قولي
الشافعي له ان اللوث عندهما ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه او طائفة يشهد المدعي من علامة القاتل او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه

يتعلق بكلها ولكن يسقط نصفها بالكلية بتزاحم الاول وذلك لانه لاحق لغير الاول عند وجود الجناية الاولى فانعقدت سببا موجبا الاستحقاق كل القيمة و
انتقاص قيمته انما كان لعارض حدوث المزاحمة بعد ذلك بخلاف الجناية فانها وجدت والمزاحم مقارن فلم ينعقد سببا موجبا لاستحقاق الزائد على النصف
فسقط ما وراء النصف والساقط متلاش فلا يعود كما تقرر عندهم ومر في مواضع شتى من الكتاب هذا غاية ما تيسر من الكلام في توجيه المقام **قوله** انما في
هذه المسألة يمكن ان يجعل عوضا من الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرنا قال صاحب العناية فيه نظر فان الجناية الثانية وان
حصلت في يد الغاصب لكن اخذ المولى منه حقها اول مرة ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل الماخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما اخذه انتهى اقول
هذا النظر ناش من غلط في استخراج مراد المصنف رح فان الشارح المذكور زعم ان مراد المصنف رح بما يجعل عوضا عن الجناية الثانية في قوله يمكن ان
يجعل عوضا عن الجناية الثانية هو الذي يرجع به المولى على الغاصب ثانيا فبنى نظره المزبور عليه ولا شك ان مراد المصنف رح بذلك هو الذي
يرجع به المولى على الغاصب اول مرة وهو النصف الذي كان حقا لولي الجناية الثانية ورجع به المولى على الغاصب اول مرة في ضمن جوعه عليه في الكل فلا انجاه اصلا لما قال واذا بعد تحقق الفصل

باب القسامة لما كان امر القتيل يؤول الى القسامة فيما اذا لم يعلم قاتله ذكرها في باب على حدة في آخر الديات ثم ان القسامة في اللغة اسم وضع
موضع الاقسام كذا في حاشية الشروح اخذا من المغرب وقال في معراج الدراية القسامة لغة مصدر قسم فسامة او اسم وضع موضع الاقسام انتهى اقول
لا يرى وجه صحة لكون القسامة مصدرا قسم كما لا يخفى على من له ادنى تعلم الادب واما في الشريعة فهي ايمان تقسم بها اهل محلة او دار وجد فيها قتيل به اثر
يقول كل منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا كذا في النهاية اقول فيه قصور فانه يخرج منه ما اذا وجد القتيل لا في محلة ولا في دار بل في موضع خارج من مصر
وقرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه مع انه يجب في هذه الصورة ايضا قسامة شرعية كما صرحوا به ويجيء في الكتاب ولا يقال عنه بني الكلام على الاكثر
وقوعا لان المقام مقام تعريف لمعنى القسامة في الشريعة فلا بد من ان يكون جامعا ومانعا كما لا يخفى فالاولى ان يراد عليه قيود ويقال هي في الشريعة
ايمان تقسم بها اهل محلة او دار او موضع خارج من مصر او قرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه اذا وجد في شيء منها قتيل به اثر ليعلم من قتله يقول
كل واحد بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا وقال في النهاية فاما تفسيرها شرعا فما روى ابو يوسف رح عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال في القتيل يوجد
في المحلة او دار رجل من المصر ان كان به جراحة او اثر ضرب او اثر خنق ولا يعلم من قتله تقسم خمسون رجلا من اهل المحلة كل منهم بالله ما قتلته ولا علمت
له قاتلا انتهى اقول فيه سماجة لا تخفى فان ما روى ابو يوسف رح عن ابي حنيفة رح على ما ذكر في النهاية انما هو مسألة القسامة لا تفسير القسامة شرعا فان
التفسير من قبيل التصورات وما ذكر فيها تصديق من قبيل الشرطيات كما ترى نعم يمكن ان يؤخذ منه تفسير القسامة شرعا بتدقيق النظر لكنه في موضع بيان
معنى القسامة شرعا في اول الباب ليعرف بها عن معنى الصواب ثم قال في النهاية واما شرطها فهو ان يكون القسم رجلا بالغا عاقلا حرا فلذلك لم يدخل
في القسامة المرأة والصبي والمجنون والعبد ولا بد ان يكون في الميت الموجود اثر القتل اما لو وجد ميتا لا اثر به فلا قسامة ولا دية ومن شروطها ايضا تكميل الايمان
بالخمسين انتهى وفي غاية البيان ايضا كذلك اقول فيه كلام اما اولا فلان شروطها غير منحصرة بما ذكر فان منها ايضا ان لا يعلم قاتله فان علم فلا قسامة فيه

وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا لانه لا يكرر اليمين بل يردها على اولياء المقتول ولا دية عليهم عند الشافعي لان البينة بينة المدعي
قوله عليه السلام للاولياء فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه لان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر
شاهدا للولي يجب يمينه ورد اليمين على المدعي اصل له كما في الكل غير ان هذه الدلالة فيه نوع شبهة والقصاص لا يجب مع الشبهة والمال يجب معها
فلهذا وجبت الدية ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر وفي رواية على المدعى عليه وروى سعيد بن المسيب
ان النبي عليه السلام بدأ بيمينهم لقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتل بين ظهرانيهم ولان اليمين حجة الدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي
الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى ان لا يستحق به النفس المحترمة وقوله بخيرهم الولي اشارة الى ان خيار تعيين
المحسنين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل واهل المحلة لما لزمهم اليمين الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر القاتل

ولكن يجب القصاص او الدية كما تقدم ومنها ان يكون القتيل من بني آدم فلا قسامة في بهيمة وجدت في محلة قوم ولا غرم فيها ومنها الدعوى من اولياء القتيل
لان القسامة يمين واليمين لا يجب بدون الدعوى كما في سائر الدعاوى ومنها انكار المدعى عليه لان اليمين وظيفة المنكر ومنها المطالبة بالقسامة لان اليمين
حق المدعي وحق الانسان لو في عند طلبه كما في سائر الايمان ومنها ان يكون الموضع الذي وجد فيه القتيل ملكا لاحد او في يد احد فان لم يكن ملكا لاحد ولا في يد احد
اصلا فلا قسامة فيه ولا دية ومنها ان يكون القتيل ملكا لصاحب الملك الذي وجد فيه فلا قسامة ولا دية في قن او مدبر او ام ولد او مكاتب او ماذون وجد قتيلا
في دار مولاه نص في البدائع على ما يتبين الشروط كلها بالوجه الذي ذكرناه مع زيادة تفصيل فما وجه ذكر بعض الشروط وترك اكثرها واما ثانيا فلانه اذا وجد قتيل في
دار مكاتب فعليه القسامة واذا حلف يجب عليه الاقل من قيمته ومن الدية نص عليه في البدائع وقال ذكره القاضي في شرحه لمختصر الطحاوي فما معنى جعل كون
المقسم حرا من شروطها اللهم الا ان يقال المكاتب حر يدا وان لم يكن حرا رقبة كما صرحوا به ومر في الباب السابق فوجد فيه الحرية في الجملة فجاز اشتراط الحرية في
القسامة مطلقا بناء على ذلك لكن لا يخفى ما فيه وقال في العناية وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود اثر القتل في البيت وتكميل اليمين خمسين انتهى اقول
فيه شيء من الاخلال زائد على ما في النهاية وغاية البيان وهو انه لم يتعرض فيه لاشتراط المذكورة في المقسم مع كونها شرطا ايضا ثم اقول في امكان توجيه ذلك
احتمالان احدهما انه اكتفى في افادة ذلك الشرط ايضا بتذكير لفظ المقسم في قوله بلوغ المقسم وبتذكير الضمير في قوله وعقله وحريته وان كان تغليب المذكر على المؤنث
شائعا في احكام الشرع وثانيهما انه ترك ذكر اشتراط المذكورة بناء على وجوب القسامة على المرأة في مسئلة عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وهي ما سيجيء
في آخر هذا الباب من انه لو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة رح ومحمد رح عليها القسامة تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها وقال ابو يوسف رح القسامة
على العاقلة ايضا وكانت المرأة اهلا للقسامة في الجملة عندهما **قوله** وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا اقول في تحرير المصنف رح هنا قصور بل اخلال
اما اولا فلان مذهب الخصم مثل مذهبنا اذا لم يكن هناك لوث اي قرينة حال توقع في القلب صدق المدعي سواء كان ذلك اللوث من قبيل علامة القتل على
واحد بعينه كالدم او من قبيل ظاهر يشهد للمدعي كعداوة ظاهرة ونحوها فلا وجه لتخصيصه بالثاني كما هو الظاهر من قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له بعد عطف قوله او
ظاهر يشهد للمدعي فيما قبل على قوله علامة القتل على واحد بعينه فحق العبارة ان يقال وان لم يكن هناك لوث واما ثانيا فلان ايراد الضمير المفرد في قوله فمذهبه
بعد ان ذكر فيما قبل مذهب كل واحد من الشافعي رح ومالك رح وان قال واللوث عندهما الى آخره من قبيل الاغلاق حيث لا يفهم ان مرجعه اي منهما وعن هذا
حمله بعض الشراح على الشافعي رح وبعضهم على مالك فحق المقام الاظهار دون الاضمار كما لا يخفى **قوله** ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر
اقول لقائل ان يقول ان قوله عليه السلام واليمين على المدعى عليه ان افاد قصر اليمين على المدعى عليه بناء على ما صرحوا به في علم الادب من ان المعرف
بلام الجنس اذا جعل مبتدأ فهو مقصور على الخبر نحو الكرم التقوى والتوكل على الله والائمة من قريش وقد اشار اليه المصنف رح في باب اليمين من كتاب الدعوى
حيث استدل فيه على ان لا يرد اليمين على المدعي عندنا بقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر وقال في وجه جعل جنس الايمان على المنكرين دليل والجنس شيء انتهى لزم ان لا يصح تحليف غير المدعى
من اهل المحلة في ما اذا ادعى الولي القتيل على بعض منهم بعينه مع انه يستحلف خمسون رجلا من اهل المحلة في هذه الصورة ايضا كما صرح المصنف رح فيما سيجيء كونه جعل اطلاق جواب الكتاب
دليلا عليه وقال وهكذا الجواب في المبسوط وان لم يفد قوله عليه السلام واليمين على المدعى عليه قصر اليمين على المدعى عليه لا يثبت المدعي هنا بالحديث
المذكور فلا يصح التعليل به اللهم الا ان يقال يجوز ان يثبت به المدعي هنا بوجه آخر وهو انه عليه السلام ذكر قوله المزبور بطريق القسمة بين الخصمين والقسمة
تنافي الشركة وقد اشار المصنف رح اليه ايضا في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث قال ولا يرد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على

[illegible]

من انكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء انتهى ولا يخفى ان منافاة القسمة الشركة انما تقتضي ان لا يكلف المدعي لا ان لا يكلف غير المدعي والمدعى عليه كما فيما نحن فيه في صورة ان ادعى الولي القتل على بعض معين من اهل المحلة فلم يلزم ان تتحقق هذه الصورة قول المصنف في باب اليمين وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء تامل تقف **قوله** وفائدة اليمين النكول فاذا كانوا لا يباشرون ويحلفون يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما يفيد يمين الطالب اقول لا فائدة ههنا لذكر المقدمة القائلة وفائدة اليمين النكول بل فيه خلل لان موجب النكول في هذه المسئلة جنس التكل حتى يكلف لا القضاء بما ادعاه الولي بما سياتي في الكتاب فانما يظهر فائدة اليمين على الصالح في اظهار القاتل تحرزا عن اليمين الكاذبة لا في مجرد نكوله حتى يلزم العصبة الى ذكر المقدمة المذكورة ثم ان كون فائدة اليمين النكول انما هو في الاموال لا في باب القسامة لان اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لامر الدم ولهذا جمع بينها وبين الدية بخلاف النكول في الاموال كما سياتي بيانه في الكتاب فلا معنى لذكر تلك المقدمة ههنا ولقد اصلح صاحب الكافي تقرير هذا المحل حيث قال ولان مختار المشائخ واصلحاء منهم لانهم يتحرزون عن اليمين الكاذبة اكثر مما يتحرز الفسقة فاذا علموا القاتل فيهم اظهروه ولم يحلفوا انتهى بقي في هذا المقام اشكال على كل حال وهو انه لو اخبر بعض من اهل المحلة بانه يعلم ان القاتل احد من اهل المحلة بعينه او احد من غيرها لا يقبل قوله ولا يعمل به لكونهم متهمين بدفع التهمة عن انفسهم كما صرحوا به وسيجيء في الكتاب تفصيله فما الفائدة في استحلافهم على العلم راسا ولم ار احدا من الثقات حام حول حل هذا الاشكال سوى صاحب البدائع فانه قال فان قيل اية فائدة في الاستحلاف على العلم وهم لو علموا القاتل فاخبروا به لكان لا يقبل قولهم لانهم يسقطون به الضمان عن انفسهم فكانوا متهمين رافعين الغرم عن انفسهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شهادة للمتهم وقال صلى الله عليه وسلم لا شهادة لجار المغنم ولا لدافع المغرم قيل انما استحلفوا على العلم اتباعا للسنة لان السنة هكذا وردت لما روي من الاخبار فاتبعت السنة من غير ان يعقل فيه المعنى ثم فيه فائدة من وجهين احدهما ان من الجائز ان يكون القاتل عبدا لواحد منهم فيقر عليه بالقتل فيقبل اقراره لان اقرار المولى على عبده بالقتل الخطاء صحيح فيقال له ادفعه او افده ويسقط الحكم عن غيره فكان التحليف على العلم مفيدا وجائز ان يقر على عبد غيره فتقدمه مولاه فيومر بالدفع او الفداء ويسقط الحكم عن غيره وكان مفيدا فجاز ان يكون التحليف على العلم لهذا المعنى في الاصل ثم بقي هذا الحكم وان لم يكن لواحد من الجانبين عبد كالرمل في الطواف فان النبي صلى الله عليه وسلم كان رمل في الطواف اظهارا للجلادة والقوة للكفرة ويقول حرم الله امرءا اظهر اليوم الجلادة من نفسه ثم زال ذلك اليوم وبقي الرمل في الطواف كذا هذا والثاني انه لا يمتنع ان يكون واحد منهم امرءا صبيا او مجنونا او عبدا محجورا عليه بالقتل فلو اقر به يلزمه في ماله فيحلف بالله ما علمت له قاتلا لانه لو قال علمت له قاتلا وهو الصبي الذي امره بقتله كان حاصل الضمان عليه ويسقط الحكم عن غيره وكان مفيدا الى هنا لفظ البدائع فليكن هذا على ذكر منك **قوله** ولنا انه عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل قال بعض الفضلاء فيه بحث فانه لم يجز القسامة بينهم بالكلية فانما وداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده وفي رواية من ابل الصدقة على ما ذكر في الصحيحين وغيرهما ونقله الشراح ههنا انتهى اقول اشارة رسول الله صلى الله عليه وسلم الى وجوب القسامة على اليهود بقوله يبرئكم يهود بايمانها وانما لم يجز القسامة بينهم لعدم طلب اولياء القتيل اياها حيث قالوا لا نرضى بايمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه ومطالبة ولي القتيل بالقسامة شرط لاجرائها على الخصوم كما عرفته فيما مر انشاء ان ذكرنا شروط القسامة على التفصيل نقلا عن البدائع وانما وداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده او بماية من ابل الصدقة على سبيل الحالة منهم بناء على ان اهل الذمة من اهل البر اليهم وقد افصح عنه صاحب النهاية ومعراج الدراية ههنا حيث قالا بعد نقل الحديث ثم قيل انما وداه رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه يجوز الحالة عن اهل الذمة فان قضاء دين الغير يجوز واهل الذمة من اهل البر اليهم حتى جاز عندنا

ولكن اليمين مبرئة عما وجب له باليمين والقسامة فاشرعت لتجب الدية اذا نكلوا ثم شرعت لينظر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهر الوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم او وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطاء ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين فيه مستحقة لاظهار الدية ولهذا تجمع اليمين بين الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط ببذل الدية هذا الذي ورد فالاذا الدعوى القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد او الخطاء لانهم لا يتميزون عن الباقي وكذا ادعى على البعض باعيانهم انه قتل وليه عمدا او خطاء كذلك لان البينة لا تدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب كذا الجواب للبسوط وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول ان القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من اهل المحلة وهو قول الشافعي لان البينة فان قيل لا يتحالف المدعي عليه واحدا وجه ان القياس باباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف بالنص فيما اذا كان في مكان ينسب الى المدعى عليهم المدعي القتل عليهم وفيما وراءه يبقى على اصل القياس وصار كما اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم

صرف الكفارات اليهم ولا يجوز من مال الزكوة الا على سبيل الاستقراض على بيت المال انتهى ثم ان بدا القدر من التوجيه انما يحتاج اليه على ما روى حديث عبد الله بن سهل بن ابي حثمة كما وقع في الصحيحين واما ما رواه سعيد بن المسيب كما وقع في شرح الآثار للطحاوي قصرا على الزهري واخرجه كثير من المحدثين عن الزهري عن سعيد بن المسيب منهم عبد الرزاق رواه في مصنفه ومنهم ابن ابي شيبة رواه ايضا في مصنفه ومنهم الواقدي رواه في مغازيه في غزوة خيبر فايجاب النبي صلى الله عليه وسلم القسامة والدية على اليهود صريح بين وقد ذكره المص اجمالا من قبل حيث قال وروى ابن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم بدا باليهود في القسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم وفصله الشراح حيث قالوا روى الزهري عن سعيد المسيب ان القسامة كانت من احكام الجاهلية فقررها رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتيل من الانصار وجد في جب اليهود بخيبر وذكر الحديث الى ان قال فالزم رسول الله صلى الله عليه وسلم الدية والقسامة انتهى وكذا امر ايجاب القسامة والدية معا على اليهود ظاهر على ما روى ابن عباس رض ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى اهل خيبر ان بذ قتيل وجد بين اظهركم فما الذي يخرجه عنكم فكتبوا اليه ان مثل هذه الحادثة وقعت في بني اسرائيل فانزل الله تعالى على موسى عليه السلام امرا فان كتب نبيا فاسال الله تعالى مثل ذلك فكتب اليهم ان الله تعالى انزل ان اختار منكم خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا ثم يغرمون الدية قالوا لقد قضيت فينا بالناموس اي بالوحي كذا ذكر الحديث في الكافي والبدائع وغيرهما فظهر ان منشاء البحث المزبور عدم الاحاطة بجوانب المقام تخير **قوله** وكذا اليمين تبرئ عما وجب له القصاص والقسامة اشرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت لينظر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص اقول الظاهر ان المراد بهذا هو الجواب عن قول الشافعي رح ولان اليمين عهد بالشرع مبرئ للمدعى عليه لكن يرد عليه انه انما يتم فيما اذا ادعى ولي القتل العمد فان الموجب حينئذ هو القصاص على تقدير ان يقروا بذلك فاذا حلفوا حصلت البراءة عنه واما فيما اذا ادعى القتل الخطاء فلا يتم ذلك لان الموجب حينئذ هو الدية على تقدير ان يقروا به فاذا حلفوا لا تحصل البراءة عنها بل تجب الدية عليهم ايضا عندنا ويمكن ان يقال ولي القتيل وان ادعى القتل الخطاء يحلف اهل المحلة بانا ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا باطلاق القتل عن قيد العمد والخطاء فيجوز ان وقع القتل منهم عمدا ولم يعلم الولي بل ظن انهم قتلوا قريبه خطاء فلو قروا في مثل ذلك بالقتل العمد تحرزا عن الايمان الكاذبة بناء على اطلاق القتل في تحليفهم لنظر القصاص فاذا حلفوا حصلت البراءة عنه قطعا فان قلت اذا كانت دعوى الولي مخصوصة بالقتل الخطاء كيف يصح اطلاق القتل عند التحليف وهل له نظير في الشرع قلت لا غرو في ذلك وله نظير في الشرع الا يرى انه لو ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه قتل قريبه عمدا او خطاء استحلف خمسون منهم بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا كما استحلف كذلك لو ادعاه على جميعهم على ما سيجيء في الكتاب فتامل وان حل هذا المحل بهذا الوجه مما يضطر اليه في تصحيح كلام المصنف رح هنا وان كان يرى تفسقا في بادي الرأي **قوله** ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهر الوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم اقول الوجه لذكر قوله لا بنكولهم هنا بل الحق ان يذكر بدله لا بايمانهم لانا الآن بصدد بيان موجب ايمانهم واما موجب نكولهم فانما ياتي بيانه من بعد بقوله ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف فلا ارتباط لقوله لا بنكولهم بما نحن بصدده ولان الظاهر ان قوله ثم الدية تجب بالقتل الموجود ومنهم ظاهر الخ جواب عن قول الشافعي رح لا ملزما كما في سائر الدعاوي يعني ما عهد اليمين في الشرع ملزما كما في سائر الدعاوي فالدافع له ان يقال الدية انما تجب بالقتل الموجود منهم ظاهر الا بايمانهم فلم يكن اليمين ملزما هنا كما في سائر الدعاوي فقوله لا بنكولهم حشو محض في دفع ذلك وانما اللازم ان يقال بدله لا بايمانهم كما لا يخفى **قوله** ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف قال تاج الشريعة هذا اذا ادعى الولي القتل عمدا اما اذا ادعاه خطاء فكل اهل المحلة فانه يقضي بالدية على عاقلته ولا يحبسون ليحلفوا انتهى واما سائر الشراح فلم يقيد احد منهم هنا مثل ما قيده تاج الشريعة

وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس اقول فيه بحث لانه ان اراد باطلاق النصوص اطلاقها بحسب لفظها فهو مسلم لكن لا يجدي هنا نفعا اذ من القواعد المقررة عندهم ان النص الوارد على خلاف القياس يختص بمورده والنصوص فيما نحن فيه واردة على خلاف القياس كما صرح به فلا بد وان يكون مخصوصة بموردها وهو ما اذا وجد القتيل في مكان نسب الى المدعى عليهم والمدعى يدعي القتل عليهم كما ذكر في وجه القياس وان اراد باطلاقها اطلاقها بحسب الورود ايضا فهو ممنوع اذ لم يسمع في حق القسامة نص ورد فيما ادعى الولي القتل على البعض من اهل المحلة بعينه كما لا يخفى على من تتبع النصوص الواردة في هذا الباب قوله ولا امرأة ولا عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على اهلها اقول يشكل اطلاق هذا القول ابي حنيفة رح ومحمد رح في مسئلة تجيء في آخر هذا الباب وهي انه لو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة رح ومحمد رح عليها القسامة يكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها واما عند ابي يوسف رح فالقسامة ايضا على العاقلة انتهت وسيجيء في كتاب المعاقل ما يتعلق بهذا

الا ان صاحبي النهاية والغاية قالا في صدر هذا الباب حكم القسامة القضاء بوجوب الدية ان حلفوا والحبس حتى يحلفوا ان ابوا المراد عن الولي العمد ولو ادعى الخطأ فالقضاء بالدية عند النكول انتهى ولا يخفى ان ظاهر ما ذكره هناك يطابق ما ذكره تاج الشريعة ههنا اقول لا يذهب عليك ان الظاهر من اطلاق جواب مسئلة الكتاب هنا ومن اقتضاء دليلها الذي ذكره المصنف ره ومن دلالة قوله فيما بعد هذا الذي ذكرناه اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد او الخطأ وان يكون الحبس الى ان يحلف الناكل موجب النكول في كل واحدة من صورتي دعوى الخطأ ومن هذا ترى اصحاب المتون قاطبة اطلقوا جواب هذه المسئلة وكذا اطلقه الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال فان امتنعوا عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا انتهى وكذا حال سائر ثقات الائمة في تصانيفهم وكان صاحب الغاية بينه لهذا حيث قال في صدر الباب حكم القسامة القضاء بوجوب الدية على العاقلة في ثلث سنين عندنا وعند الشافعي رح اذا حلفوا يبرؤا واما اذا ابوا القسامة فيحبسون حتى يحلفوا او يقروا انتهى فانه جرى في بيان حكمها ايضا على الاطلاق كما ترى ثم اقول التحقيق ههنا هو ان في جواب هذه المسئلة روايتين احدهما انهم ان نكلوا حبسوا حتى يحلفوا على الاطلاق وهو ظاهر الرواية عن ائمتنا الثلثة والاخرى انهم ان نكلوا لا يحبسون بل يقضى بالدية على عاقلتهم في ثلث سنين بلا تقييد بدعوى الخطأ وهو رواية الحسن بن زياد عن ابي يوسف ره وقد افصح عنه في المحيط البرهاني حيث قال ثم في كل موضع وجبت القسامة وحلف القاضي خمسين رجلا فنكلوا عن الحلف حبسوا حتى يحلفوا هكذا ذكر في الكتاب وروى الحسن بن زياد عن ابي يوسف رحمه الله انه قال لا يحبسون ولكن يقضي بالدية على عاقلتهم في ثلث سنين وقال ابن ابي مالك هذا قول الآخر وكان ما ذكر في ظاهر الرواية قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول ابي يوسف ره الاول الى هنا لفظ المحيط ثم اقول بقي ههنا اشكال وهو انه قد مر في باب اليمين من كتاب الدعوى ان من ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر عند ابي حنيفة ره وقال ابو يوسف ومحمد ره لزمه الارش في النفس وفيما دونها انتهى فمقتضى اطلاق ذلك ان يكون موجب النكول في القسامة ايضا هو القضاء بالدية دون الحبس عند ابي حنيفة ره ومحمد ره وان ادعى ولي القتيل القصاص مع ان المذكور في عامة الكتب ان يكون موجب النكول في القسامة هو الحبس الى الحلف بلا خلاف فيه من ابي يوسف ره ومحمد ره كما هو ظاهر الرواية نعم قد ذكر ايضا في المحيط والذخيرة انه روى الحسن بن زياد عن ابي يوسف ره انه يقضي بالدية في القسامة ايضا عند النكول لكن يبقى اشكال التنافي بين ما ذكر في المقامين على قول ابي يوسف ره في ظاهر الرواية وفي قول محمد مطلقا فتامل في الدفع

قوله وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس اقول فيه بحث لانه ان اراد باطلاق النصوص اطلاقها بحسب لفظها فهو مسلم لكن لا يجدي هنا نفعا اذ من القواعد المقررة عندهم ان النص الوارد على خلاف القياس يختص بمورده والنصوص فيما نحن فيه واردة على خلاف القياس كما صرح به فلا بد وان يكون مخصوصة بموردها وهو ما اذا وجد القتيل في مكان نسب الى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم كما ذكر في وجه القياس وان اراد باطلاقها اطلاقها بحسب الورود ايضا فهو ممنوع اذ لم يسمع في حق القسامة نص ورد فيما ادعى الولي القتل على البعض من اهل المحلة بعينه كما لا يخفى على من تتبع النصوص الواردة في هذا الباب قوله ولا امرأة ولا عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على اهلها اقول يشكل اطلاق هذا القول ابي حنيفة رح ومحمد ره في مسئلة تجيء في آخر هذا الباب وهي انه لو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة رح ومحمد رح عليها القسامة يكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها واما عند ابي يوسف رح فالقسامة ايضا على العاقلة انتهت وسيجيء في كتاب المعاقل ما يتعلق بهذا

[illegible]

من الجواب وما فيه من التأمل **قوله** لان هذا الحكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة يعني ان وجوب القسامة على اهل المحلة ووجوب الدية على عواقلهم ثبت بالنص على خلاف القياس والنص ورد في كل البدن واكثر البدن كل حكما وان لم يكن كلا حقيقة فالحق اكثر البدن بالبدن في وجوب القسامة والدية تعظيما لامر الدم وما سواه ليس بكل اصلا لا حقيقة ولا حكما فبقي على اصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية كذا في غاية البيان اقول في هذا التعليل شيء وهو انه قد ذكر في وضع المسئلة انه لو وجد بدون القتل او اكثر من نصف البدن او النصف ومعه الراس في محله فعلى اهله القسامة والدية والتعليل المذكور انما يفيد وجوب القسامة والدية على اهل المحلة فيما اذا وجد بدون القتيل او اكثر من نصف البدن ومعه رأسه في محله لا فيما اذا وجد النصف ومعه الراس فيها فان الموجود فيها في هذه الصورة ليس كل البدن ولا اكثره فلم يكن ما ورد فيه النص ولا ملحقا به فلم يتم التقريب اللهم الا ان يقال بالنصف اذا كان معه الراس يصير في حكم اكثر البدن بناء على شرف الراس وكونه اصلا كما صرحوا به فيصير قول المصنف ره الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي شاملا لما هو الاكثر حقيقة او حكما فيتم التقريب بهذا التأويل ثم بقي شيء آخر وهو ان قول المصنف ره بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة قاصر عن افادة تمام المقصود اذ قد ذكر من قبل انه ان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الراس او معه يده او رجله او راسه فلا شيء عليهم ولا يخفى ان قوله بخلاف الاقل الى آخره لا يشمل ما وجد نصفه مشقوقا بالطول فلا يحصل تمام التقريب فالاولى ان يقال بخلاف الاقل والنصف الذي ليس معه الراس الى آخره وكان صاحب الغاية ذاق هذه الشبهة حيث قال في شرحه بدل قول المصنف ره بخلاف الاقل الى آخره وما سواه ليس بكل اصلا لا حقيقة ولا حكما فبقي على اصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية انتهى واورد بعض الفضلاء على قول المصنف ره الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي حيث قال فيه بحث لان هذا قياس انتهى اقول ليس ذاك بوارد فان هذا الذي ذكره المصنف ره ليس بقياس بل هو الحاق بدلالة النص كما يرشد اليه قوله والملحق به في قوله بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به والذي لا يجوز في هذا الباب هو القياس لا دلالة النص كما لا يخفى **قوله** ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتوالى البيان يعني لو وجبت بالاقل لوجبت بالاكثر ايضا اذا وجد وكذلك لو وجبت بالنصف لوجبت بالنصف الآخر ايضا اذا وجد فيلزم ان تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة وذلك لا يجوز اذ لم تشرع عامة مكررتين قط قال في غاية البيان كان ينبغي ان يقول تتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد ولا يذكرهما بلفظ التثنية لانه حينئذ يكون الكثير من القسامتين والديتين وليس كذلك وقصد صاحب العناية توجيه عبارة المصنف ره حيث قال بعد نقل ما في غاية البيان ويجوز ان يكون مراد القسامتان والديتان على القطعتين تتكرران في خمسين نفسا انتهى اقول ليس هذا بشيء لان القسامة في الشرع اسم لمجموع ايمان يقسم بها خمسون من اهل المحلة وكذا الدية اسم لمجموع واجب من المال بمقابلة دم الانسان فكيف يتصور ان تتحقق في كل واحد من خمسين نفسا حتى يصح توجيه تكرر القسامتين والديتين على القطعتين بتكررهما في خمسين نفسا وانما الموجود في احاد خمسين نفسا بعض القسامة والدية لا نفسها والكلام في اسناد التكرر الى نفس القسامتين والديتين فلا مساغ لذلك التوجيه **قوله** والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة لا تجب اقول فيه نظر لانه اذا كان الباقي نصف القتيل مشقوقا بالطول مثلا يصدق عليه انه بحال لو وجد لا تجري فيه القسامة اذ قد صرح فيما قبل بانه ان وجد نصفه مشقوقا بالطول فلا شيء عليهم مع انه لا تجب القسامة حينئذ في الموجود الاول ايضا بناء على ذلك المصرح به فيما قبل فانتقض بمثل هذه الصورة قوله وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب كما لا يخفى **قوله** ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة اقول في تحرير هذه المسئلة مبهما الاداء فتوهم وجوه الاول

[illegible]

وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا فان قيل الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي ولسانه وذكره اذا لم يعلم صحة حكومته عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها اجيب بانه انما لم يجب في الاطراف قيل ان يعلم صحتها ما يجب في السليم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص او دية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه عضو من وجه فاذا انفصل تام الخلق وبه اثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر انه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذا الظاهر من حال تام الخلق ان ينفصل حيا واما اذا وجد ميتا ولا اثر به فلا يجب فيه شيء لان حاله لا تفرق حال الكبير واذا وجد الكبير ميتا ولا اثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا كذا قال جمهور الشراح وروصاحب العناية جوابهم المزبور حيث قال بعد ذكر السوال والجواب هذا كما ترى مع تطويله لم يرد السوال وربما تراه ولان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق الاموال وما يسلك بها مسلكها فلان لا يكون فيما هو اعظم خطرا اولى انتهى اقول ليس الامر كما زعمه فان حاصل جوابهم منع عدم كون الظاهر حجة للاستحقاق في باب القسامة فانه يكون حجة للاستحقاق فيه تعظيما لامر النفوس وصيانة لها عن الاهدار ولهذا قالوا يجب الدية بالقتل الموجود منهم ظاهر لوجود القتيل بين اظهرهم فقوله لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلك بها مسلكها فلان لا يكون فيما هو اعظم خطرا اولى ممنوع فان ما لزم من عدم كون الظاهر حجة في الاموال وما يسلك بها مسلكها اهدار امر حقير وما لزم من عدم كونه حجة في النفوس اهدار امر خطير ولا شك ان اهدار الحقير اهون واولى من اهدار الخطير ثم قال صاحب العناية والصواب ان يقال الظاهر هنا اعتبر دافعا لما عسى يدعي القاتل عدم حيوته واما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك وهو قوله صلى الله عليه وسلم اسجع كسجع الكهان قوموا فدوه انتهى اقول يرد عليه ان حديث حمل بن مالك ورد في جنين انفصل ميتا وموجبه الغرة وهي نصف عشر الدية وانما سماها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية حيث قال فدوه لكونها بدل النفس كما تقرر في باب الجنين والكلام هنا في جنين انفصل حيا بناء على ان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا والموجب فيه القسامة والدية كما ذكر في الكتاب فاين هذا من ذلك وقد كان صاحب العناية ذكر حديث حمل بن مالك في باب الجنين على التفصيل حيث قال وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين قال كنت بين جاريتين لي فضربت احداهما الاخرى بطن صاحبتها بعمود فسطاط او بمسطح خيمة فالقت جنينا ميتا فاختصموا اوليا فرفعوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقال اخوها اندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ومثل ذلك بطل فقال عليه السلام اسجع كسجع الكهان وفي رواية وعني وارا جير العرب قوموا فدوه الحديث وكانه نسي ما قدمت يداه **قوله** واذا وجد قتيل في

ان الجنين على ما صرح به في عامة كتب اللغة الولد ما دام في البطن فكيف يتصور ان يوجد فيهم جنين وحده وهو في بطن امه اما وجوده مع امه فهو بمعزل عما نحن فيه كذا في الكرماني ثلاثة اوجه دون الجنين والثاني ان ذكر الجنين يغني عن ذكر السقط لان السقط على ما صرح به في كتب اللغة الولد الذي سقط قبل تمامه والجنين يعم تمام الخلق وغير تمامه والثالث ان قوله ليس به اثر الضرب غير كاف في جواب المسئلة اذ لا بد فيه من ان لا يكون به اثر الجراحة والخنق ايضا كما تقرر فيما سبق فالاقتصار هنا على نفي اثر الضرب تقصير والاظهر ان يقال ولو وجد فيهم ولد صغير ساقط ليس به اثر القتل فلا شيء عليهم تدبر **قوله** وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق

وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا فان قيل الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي ولسانه وذكره اذا لم يعلم صحة حكومته عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها اجيب بانه انما لم يجب في الاطراف قبل ان يعلم صحتها ما يجب في السليم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص او دية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه عضو من وجه فاذا انفصل تام الخلق وبه اثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر انه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذ الظاهر من حال تام الخلق ان ينفصل حيا واما اذا وجد ميتا ولا اثر به فلا يجب فيه شيء لان حاله لا تفرق حال الكبير واذا وجد الكبير ميتا ولا اثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا كذا قال جمهور الشراح وروصاحب العناية جوابهم المزبور حيث قال بعد ذكر السوال والجواب هذا كما ترى مع تطويله لم يرد السوال وربما تراه ولان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق الاموال وما يسلك بها مسلكها فلان لا يكون فيما هو اعظم خطرا اولى انتهى اقول ليس الامر كما زعمه فان حاصل جوابهم منع عدم كون الظاهر حجة للاستحقاق في باب القسامة فانه يكون حجة للاستحقاق فيه تعظيما لامر النفوس وصيانة لها عن الاهدار ولهذا قالوا يجب الدية بالقتل الموجود منهم ظاهر لوجود القتيل بين اظهرهم فقوله لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلك بها مسلكها فلان لا يكون فيما هو اعظم خطرا اولى ممنوع فان ما لزم من عدم كون الظاهر حجة في الاموال وما يسلك بها مسلكها اهدار امر حقير وما لزم من عدم كونه حجة في النفوس اهدار امر خطير ولا شك ان اهدار الحقير اهون واولى من اهدار الخطير ثم قال صاحب العناية والصواب ان يقال الظاهر هنا اعتبر دافعا لما عسى يدعي القاتل عدم حيوته واما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك وهو قوله صلى الله عليه وسلم اسجع كسجع الكهان قوموا فدوه انتهى اقول يرد عليه ان حديث حمل بن مالك ورد في جنين انفصل ميتا وموجبه الغرة وهي نصف عشر الدية وانما سماها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية حيث قال فدوه لكونها بدل النفس كما تقرر في باب الجنين والكلام هنا في جنين انفصل حيا بناء على ان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا والموجب فيه القسامة والدية كما ذكر في الكتاب فاين هذا من ذلك وقد كان صاحب العناية ذكر حديث حمل بن مالك في باب الجنين على التفصيل حيث قال وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين قال كنت بين جاريتين لي فضربت احداهما الاخرى بطن صاحبتها بعمود فسطاط او بمسطح خيمة فالقت جنينا ميتا فاختصموا اوليا فرفعوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقال اخوها اندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ومثل ذلك بطل فقال عليه السلام اسجع كسجع الكهان وفي رواية وعني وارا جير العرب قوموا فدوه الحديث وكانه نسي ما قدمت يداه **قوله** واذا وجد قتيل في

لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع والمالك المشتري قبل القبض في البيع البات دون المقبوض فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في زيادة الغلة وله ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الا ترى انه يقدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقدر بالملك بدون اليد في البات اليد للبائع قبل القبض وكذا في الخيار لاحد العاقدين اختص لانه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو اختص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو في يده بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده لا ايديهما يقدر على الحفظ قال ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى يشهد الشهود انها الذي في يده لانه لا يدمن الملك فصاحب اليد حتى تنتقل العواقل عنه واليد وان كانت دليلا على الملك ولكنها محتملة فلا تلقى لايجاب الدية على العاقلة كالاتلاف لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من اقامة البينة قال وان وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب الا الاحيين لانهما في يدهم والحفظ يشملهم اذ يدهم لحق يجب على الارباب الدور فيما وعلى الساكن وكذا على من بيده الملك في ارض وغيره لما قلنا وهذا على قول ابي يوسف ظاهر وكذا على قولهما ان السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل قال وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على اهلها اذا كان الدم يوجد فيه اليوم وان وجد في المسجد الجامع او الشارع الاعظم فلا قسامة فيه والدية في بيت المال لانه لا تهمة فيه فيحتمل ان يكون واحد منهم وكذا الكسور المتلفة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد في الشوارع ان كان مملوكا فعند ابي يوسف تجب على الساكن وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بينها فهو في بيت المال لانه ميراث المسلمين ولو وجد في السجن فالدية في بيت المال وعلى قول ابي يوسف الدية والقسامة على اهل السجن لانهم سكان ولانه يد اليهم الظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن مقهورون فلا يتمكنون بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بنى لاستيفاء حقوق المسلمين فلا يلحق ضمنه يتوجه اليهم فيرجع عليهم قالوا وهذا لا تحريكه المالك والساكن وهي مختلف فيه بين ابي حنيفة وابي يوسف رح قال وان وجد في بئر ماء تنبع فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة يلحقه الفوت من غير فعل احد بالتقصير وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد اما اذا كانت فالدية والقسامة على عاقلته وان وجد بين قريتين كان على اقربهما وقد بيناه وان وجد في وسط الفرات بحيث الماء فيه مباح لانه يشترك فيه الواحد والاثنان كحبل يشد بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم لانه احق بحفظ الموضع فهو كالموضع على الشط والشط في يد من هو بقربه منه الا ترى انهم يستقون منه الماء ويرمون دونهم الماء ثم فيه خلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص اهلها بالمقام فيه فتكون القسامة والدية عليهم قال وان اعلى الرجل على واحد من اهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان قال

دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة اذا كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان قال صاحب العناية في شرح هذا المقام يعني اذا وجد القتيل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان ففي احدهما تجب على صاحب الدار في الاخرى على عاقلته وهذا يندفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه فيحمل ذلك على رواية وهذا على اخرى انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان قول المصنف رح فيما قبل وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه وان جاز ان يحمل على احدى الروايتين اللتين ذكرهما صاحب العناية الا ان قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه لا يجوز ان يحمل على الاخرى منهما فان القسامة فيها على عاقلة صاحب الدار لا على صاحب الدار وعلى عاقلته جميعا وفيما ذكره المصنف رح ههنا على رب الدار وعلى قومه جميعا فتغاير واما ثانيا فلان قول المصنف رح فتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان صريح في التوفيق بين المسئلة التي ذكرها ههنا وبين المسئلة المذكورة فيما قبل حيث كان وجوب القسامة على رب الدار وعلى قومه فيما اذا كان قومه حضورا ووجوبها على رب الدار وحده فيما اذا كانوا غيبا والمصير الى الحمل على الروايتين انما يكون فيما لا يمكن التوفيق وهو خلاف مدلول كلام المصنف رح صراحة فكيف يصح ان يكون شرحا لمراده **قوله** لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك اقول هذا التعليل على قول ابي يوسف رح مشكل لانه ان اراد بقوله الولاية تستفاد بالملك الحصر بمعنى ان الولاية لا تستفاد بالملك لا بغيره ينتقض ذلك بما مر من ان السكان يدخلون في القسامة والدية مع الملاك عنده بناء على ان ولاية التدبير كما يكون بالملك تكون بالسكنى وان لم يرد بذلك معنى الحصر لا يتم التقريب في اثبات مدعاه في هذه المسئلة كما لا يخفى **قوله** ولان القدرة على الحفظ باليد دون الملك الا ترى انه يقدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقدر بالملك دون اليد اقول هذا التنوير غير واضح لانه ان اراد باليد مطلقا اي سواء كانت يدا اصالة او يدا نيابة فليس بصحيح اذ لا يجب شيء من القسامة والدية على المودع ونحوه بالاتفاق لكون يده يدا نيابة لا يدا اصالة كما صرحوا به قاطبة فلو امكن الاقتدار على الحفظ بيد النيابة ايضا لما صح ذلك وان اراد بها يد الاصالة فقط كما هو الظاهر فالخصم وهو صاحباه لا يسلم انه يقدر على الحفظ بيد الاصالة فقط بدون الملك ولا انه لا يقدر عليه بالملك بدون تلك اليد بل نقول ولاية الحفظ انما يستفاد بالملك دون اليد كما في مسئلتنا المتنازع فيها وبالجملة ما ذكر في هذا التنوير ليس باجلى من اصل المسئلة **قوله** ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى يشهد الشهود انها للذي في يده قال صاحب العناية ولا يختلجن في وهمك صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم ان الاعتبار عند ابي حنيفة رح لليد لان اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالاصالة والعاقلة تنكر ذلك انتهى اقول لقائل ان يقول ان اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالاصالة لكن كيف يتم على اصله التعليل الذي ذكره المصنف رح بقوله لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى يعقل العواقل عنه وهذا ناقض هذا مر من ان الاعتبار عند ابي حنيفة اليد دون الملك كما في المسئلة المتقدمة ايضا فان الملك هناك للمشتري مع ان الدية عنده لعاقلة البائع لكونه صاحب اليد قبل القبض كما صرح تفصيله

قال وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم ووجه الفرق قد بيناه من قبل وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم بخلاف ما اذا عين من غيرهم لان ذلك بيان ان القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم وكان اهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم لا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه قال واذا التقى قوم بالسيوف فاقتتلوا عن قتيل فدعوه على اهل المحلة لان القتيل بين اظهرهم والحفظ عليهم الا ان يدعي الاولياء على اولئك او على رجل منهم بعينه فلم يكن على اهل المحلة شيء لان هذه الدعوى تضمنت براءة اهل المحلة عن القسامة قال ولا على اولئك حتى يقيموا البينة لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه اما يسقط به الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه ولو وجد قتيل في معسكر اقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد في خباء او فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك

وقال صاحب الغاية هنا ولا يلزم ابا حنيفة رح انه يعتبر اليد في استحقاق الدية حتى قال في الدار المبيعة في يد البائع يوجد فيها قتيل ان الدية تجب على عاقلة البائع لانه اعتبر يد الملك لا مجرد اليد فلم يثبت هنا يد الملك الا بالبينة انتهى وذكر في معراج الدراية ما يوافقه حيث قال وفي جامع الكراسي اعتبر ابو حنيفة هنا يد الملك لا مجرد اليد في المسألة المتقدمة وهنا لا يثبت ذلك الا بالبينة ظاهر وتقتضا عليه انتهى اقول هذا التوجيه مشكل لان الملك في المسألة المتقدمة كان للمشتري لا محالة ولهذا انشأ النزاع بين ابي حنيفة رح وصاحبيه في تلك المسألة اذ لو كان الملك ايضا للبائع لما صار محل الخلاف واقامة الحجة من الجانبين على ما مر بيانه فاذا كان الملك هناك للمشتري فكيف يتحقق للبائع اذ ذاك يد الملك اذ ثبوت يد الملك له يقتضي ثبوت نفس الملك ايضا له فيلزم ان يجتمع على الدار المبيعة في حالة واحدة ملكان وهما ملك البائع وملك المشتري وهو محال وان اريد بيد الملك غير معناه الظاهر اي اليد التي كان لصاحبها ملك في الاصل وان زال ذلك الملك في الحال بالبيع فما معنى اعتباره مثل ذلك الملك في الزائل في ترتيب الحكم الشرعي عليه في الحال وهل يليق ان يعد ذلك اصلا لاما منا الا اظن انك باطل الصادق قوله وان ادعى على واحد منهم غيرهم سقط وقد بيناه من قبل قال صاحب الغاية يريد به قوله هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة انتهى وقد تبعه الشارح العيني اقول الظاهر ان المراد به قوله اما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو اوجبنا لاوجبنا بالقياس وهو ممتنع فانه هو المطابق لهذه المسألة التي ذكرها المصنف رح هنا دون ما حمل عليه الشارحان المزبوران كما لا يخفى قوله ووجه الفرق هو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم اقول لقائل ان يقول ان اريد ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم بدون ان يتعين خصوصه فهو مسلم لكن لا نسلم ان تعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر حينئذ فان ابتداء الامر اذ ذاك كون القاتل منهم بدون ان يتعين خصوصه وتعيينه واحدا منهم يلزم ان يتعين خصوصه وان كان منهم ولا شك ان تعيين خصوص القاتل ينافي عدم تعيينه وان اريد ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم سواء تعين خصوصه او لم يتعين فهو ايضا ممنوع اذ لا يظهر وجه كون الجناية الصادرة عن واحد منهم عند تعيين خصوصه سببا لوجوب الغرم عليهم جميعا الا يرى اذا اقر واحد منهم بعينه بقتل القتيل الموجود بين اظهرهم او ثبت ذلك بالبينة لا يجب شيء على غيره اصلا فان قيل يجوز ان يكون سبب وجوب الغرم عليهم جميعا عند تعيين خصوص القاتل منهم كونهم قتلة ايضا تقديرا بتركهم النصرة لعدم اخذهم من يد ذلك القاتل الظالم كما يشعر به قول المصنف رح فيما بعد وهم انما يغرمون اذا كان القاتل فيهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم قلنا ذلك انما يظهر اذا علموا قتل ذاك الظالم فتركوا النصرة واما اذا لم يعلموا ذلك بان كان قتيله خفية فلا يسلم ذلك مطلقا لعدم احتياطهم في حفظ المحلة ليشكل بما اذا اقر واحد منهم بعينه بالقتل او ثبت ذلك بالبينة فانه لا يجب على غيره شيء هناك مع تحقق ذلك السبب فيه ايضا فتأمل في التوجيه وذكر في الشروح نقلا عن المبسوط انه روى ابن المبارك عن ابي حنيفة رح انه يسقط القسامة والدية عن اهل المحلة لان دعوى الولي على واحد منهم بعينه يكون اقرارا لاهل المحلة عن القسامة فان القسامة في قتيل لا يعرف قاتله فاذا زعم الولي انه يعرف القاتل منهم بعينه صار مبريا لهم عن القسامة وذلك صحيح منه انتهى قلت هذه الرواية اظهر عندي درايه والله اعلم بالصواب قوله ولان اهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه اقول لتشكيل هذا التعليل بما اذا ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه فانهم اذا لم يغرموا بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى الولي على واحد منهم بعينه دون غيره لزم ان يسقط الغرامة عن غيره منهم لفقد شرط الغرامة وهو دعوى الولي عليهم فتأمل في الفرق ولعله لا يتيسر بدون التعسف قال العيني واعلم ان قوله ووجه الفرق الى قوله قال واذا التقى قوم بالسيوف لم يوجد في كثير من النسخ ولهذا لم يتعرض اكثر الشروح انتهى قلت ومن هذا ترى ما فيه من الوهن كما نبهت عليه انفا في الموضعين قوله واذا التقى قوم

وان كان القوم الفوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا وفعل ما بيناه وان كان الذي رمى مالك فالعسكر كالمسكن فيجب على المالك عند ابي حنيفة رح خلافا لابي يوسف رح وقد ذكرناه **قال** واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف فلان بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا ولا دية لان الدية لا تثبت بيد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا تقبل فيحلف على ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه **قال** واذا شهد اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتل لم تقبل شهادتهما وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا تقبل لانهم كانوا بمنزلة ان يصيروا خصماء وقد بطلت العرضة بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء بانهم قاتلون للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصوم كالوصي اذا اخرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد قال رضي الله عنه وعلى الاصلين هذين تخرج كثير من المسائل من هذا الجنس **قال** ولو ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من اهلها عليه لم تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما وعن ابي يوسف رح ان الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا ندري من قتله ولا نعلم له قاتلا ولا نعلم له قاتلا ولا نعلم له قاتلا **قال** ومن جرح في قبيلة فقيل الى اهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا قسامة ولا دية لان الذي حصل في القبيلة او المحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش ولان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش اضيف اليه وان لم يكن احتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو ان رجلا مفعد جرح به رجل حمله انسان الى اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله الى اهله في قول ابي يوسف رح وفي قياس قول ابي حنيفة رح يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جرحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد وزفر لا شيء فيه لان الدار في يده حين وجد الجرح فيجعل كانه قتل نفسه فيكون هدرا

بالسيوف فاجلوا عن قتيل فعلى اهل المحلة لان القتيل بين اظهرهم اي وجد بين اظهرهم يعني بينهم والظهر والاظهر بمعنى بين كما في قوله عليه الصلوة والسلام لا صدقة الا عن ظهر غنى اي صادرة عن غنى فالظهر فيه بمعنى كما في ظهر الغيب وظهر الغيب وكذا في الاظهر يقال اقام بين اظهرهم اي بينهم كذا في الشروح فان قيل الظاهر ان قاتله من غير اهل المحلة وانه من خصماته قلنا قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم كذا في العناية والعناية اقول يرد على هذا الجواب ان يقال ما بالكم تجعلون هذا الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم موجبا لاستحقاق القسامة والدية على اهل المحلة ولا تجعلون ذاك الظاهر وهو كون قاتله خصماء من غير اهل المحلة دافعا للقسامة والدية عن اهل المحلة مع ان الاصل الشائع ان يكون الظاهر حجة للدفع دون الاستحقاق فالاظهر في الجواب ان يقال الظاهر لا يكون حجة للاستحقاق فبقي حال القتل مشكلا فاوجبنا القسامة والدية على اهل المحلة لورود النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال وكان العمل بما ورد فيه النص وسياتي مثل هذا عن قريب **قوله** وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا قال في العناية قوله لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا يحوج الى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين اذا اقتتلوا عصبية في محلة فاجلوا عن قتيل فان عليهم القسامة والدية كما مر انفا وقالوا في الفرق ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركين في مكان في دار الاسلام ولا يدري ان القاتل من ايهما يرجح احتمال قتل المشركين حملا لامر المسلمين على الصلاح في انهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين واما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلا فاوجبنا القسامة والدية على اهل ذلك المكان لورود النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال وكان العمل بما ورد فيه النص اولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك انتهى وقال بعض الفضلاء طعنا في المصير الى الفرق المذكور الفرق ظاهر فان الظاهر هنا حجة للدفع عن المسلمين فيصلح حجة وثمة لو كان حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على اهل المحلة للنص انتهى اقول ليس هذا الفرق بتام فضلا عن كونه ظاهرا اذ لا نسلم ان الظاهر ثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق بل يجوز ان يكون حجة لدفع القسامة والدية عن اهل المحلة ولا يكون حجة للاستحقاق على المسلمين الذين اقتتلوا عصبية في ذلك المحل فيلزم ان يكون هدرا فلا بد في تمام الفرق بين المسلمين من المصير الى ما ذكره المشائخ من البيان ونقله صاحب العناية كما تحققته **قوله** ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة رح قال صاحب العناية اعلم ان المصنف رح قال فديته على عاقلة لورثته عند ابي حنيفة رح ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل والمدلول ودفع ذلك بان يقال عاقلة الميت اما ان يكون عاقلة الورثة او غيرهم فان كان الاول كان الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم وان كان الثاني كان الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما ممكنا اشار الى الاول في حكم المسئلة والى الثاني في دليلها وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف اي على عاقلة ورثته الى هنا كلامه اقول ما ذكره في الدفع كلام مشوش خال عن التحصيل سيما قوله وعلى التقدير الثاني يقدر قوله فالدية على عاقلته مضاف الى عاقلة ورثته فان حكم المسئلة المذكورة وهو وجوب الدية على العاقلة عند ابي حنيفة يعم الصورتين قطعا اي صورة ان كان عاقلة الميت عاقلة الورثة وصورة ان كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فما معنى تخصيص حكمها بالصورة الاولى بمجرد الاشارة الى امكانها ثم ان تقدير المضاف وعدم تقديره متناقضان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد حتى يقدر المضاف في قول المصنف رح فالدية على عاقلته على التقدير الثاني ولم يقدر على التقدير الاول كما يشعر به قوله وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف اي على عاقلة ورثته فالوجه في الدفع ان يقال المضاف مقدر البتة في قوله فالدية على عاقلته اي على عاقلة ورثته فيوافق الدليل ويتناول

وله ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل وهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فصار كانه قتل نفسه فيهدر دمه ولان رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف رحمه الله يضمن الآخر الدية وقال محمد لا يضمنه لانه يحتمل ان الله قتله الآخر فلا يضمنه بالشك وكان ابو يوسف رحمه الله يقول ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة عليها لا تلزم عليها الايمان والدية على عاقلتها اقرب القبائل اليها في النسب وقال ابو يوسف رحمه الله القسامة على العاقلة ايضا لان القسامة انما تجب على من كان من اهل النصرة والمرأة ليست من اهلها فاشبهت الصبي ولهما ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة قال المتاخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لانا اذا لنا هي قاتلة والقاتل يشارك العاقلة ولو وجد رجل قتيلا في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهلها قال هو على صاحب الارض لانه احق بنصرته ايرضه من اهل القرية

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل الدماء من ان تسفك اي تسيل

الصورتين معا اما تناوله الصورة الثانية وهي ان كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فظاهر واما تناوله الصورة الاولى وهي ان كان عاقلة الميت عين عاقلة الورثة فلان عاقلته وعاقلتهم اذا اتحدتا يصح نسبتهم الى الورثة كما يصح نسبتهم الى الميت بل يكون نسبتهم الى الورثة اولى هنا لان الدار لما كانت حال ظهور القتل للورثة لا للميت وكان وجوب القسامة والدية بناء على ظهور القتل كما ذكره المصنف رحمه الله في الدليل كانت الدية على عاقلة الورثة لا على عاقلة الميت وقال صاحب النهاية في شرح قول المصنف رحمه الله فدية على عاقلته لورثته اي على عاقلة ورثته لورثته لانه لما وجد قتيلا في الدار المملوكة لورثته لا له لانه ميت والميت ليس من اهل الملك كانت الدية عليهم وانما قال الدية على عاقلته بناء على الظاهر وهو ان عاقلة الوارث والمورث متحدة وان كان في موضع تختلف العاقلة ينبغي على قياس هذه الطريقة وهي ان الدار مملوكة للورثة لا للميت ان تكون الدية على عاقلة الورثة وهي الاصح وعلى قياس طريقة ان غيره لو وجد قتيلا فيها كانت القسامة عليه دون عاقلته يجب ان يكون الدية على عاقلة القتيل كذا في المبسوط انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان هذا اولى مما ذكره صاحب العناية الا ان في تقريره ايضا شيئا من الركاكة فالارجح ما قررناه من قبل تامل ترشد **قوله** ولان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم اعترض عليه ان الدية انما وجبت على عاقلة الورثة فانما وجبت للورثة فكيف يستقيم ان يقتلوا عنهم بانها يجب للمقتول حتى يقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه اذا قتل آباءه تجب الدية على عاقلته وتكون ميراثا له كذا في العناية وعليه اكثر الشراح اقول يرد على ظاهر هذا الجواب انه ينافي ما ذكر في وضع جواب المسئلة فان المذكور فيه فدية على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة رحمه الله ومقتضى جواب الاعتراض ان تكون دية له لا لورثته ويمكن دفعه بان المراد بالمذكور في وضع جواب المسئلة ان دية المقتول على عاقلته لورثته في ثاني الحال اي تصير لهم بالخلافة عن المقتول بعد ان كانت له اولا ومثل هذا التسامح في العبارة ليس بغريب في كلمات الثقات ثم اقول بقي ههنا اشكال قوي وهو انه قد مر ان دعوى ولي القتيل شرط لوجوب القسامة والدية وولي القتيل فيما نحن فيه هو الورثة فلا بد من دعواهم فيلزم ان يكون دعواهم على انفسهم لان الدار كانت لهم حال ظهور القتل ولا يخفى ما فيه ويمكن دفعه ايضا بتحمل فليتامل واجاب صاحب الغاية عن اصل الاعتراض بوجه آخر حيث قال قلت العاقلة اعم من ان تكون ورثة او غير ورثة فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم اقول ليس بشيء اما اولا فلان الدية اسم لما قدر شرعا من الانواع المخصوصة من المال كما تقرر في اول الهدايات وبعض ذلك لا يسمى دية كما صرحوا به فلو كان ما يجب للورثة من العاقلة ما وجب على غير الورثة منهم فقط لما تم جواب هذه المسئلة وهو قوله فدية على عاقلته لورثته لان دية المقتول مجموع ما يجب على العاقلة كلهم لا ما يجب على بعض منهم واما ثانيا فلان المحذور المذكور في الاعتراض المزبور انما هو ان يكون الذين عقلوا عنهم هم الذين عقلوا لهم وهم الورثة كما ينادي عليه قول المعترض فكيف يستقيم ان يقتلوا عنهم لهم لا ان يكون من وجبت الدية عليهم عين من وجبت لهم حتى يقال ان من وجبت الدية عليهم غير الورثة ومن اوجبت لهم هم الورثة فلا اتحاد على ان العاقلة اذا كانت اعم من ان تكون ورثة او غير ورثة كما صرحوا به فلا ذلك المحذور يكون الورثة ايضا من وجبت لهم الدية لان الدية انما تجب على العاقلة كلهم لا على بعض منهم فيلزم اتحاد من وجبت الدية عليهم ومن وجبت لهم بالنظر الى الورثة لا محالة فلا يصح الجواب المزبور على كل حال كما لا يخفى

كتاب المعاقل

اقول هكذا وقع العنوان في عامة المعتبرات لكن كان ينبغي ان يذكر العواقل بدل المعاقل لان المعاقل جمع المعقلة وهي الدية كما صرح به المص وغيره فيصير المعنى كتاب الديات وبداعي كونه منوبا الى التكرار ليس بتام في نفسه لان بيان اقسام الديات واحكامها قد مر مستوفى في كتاب الديات وانما المقصود بالبيان

قال والدية في شبه العمد والخطأ وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون يعني يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات ولا اصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث حمل بن مالك رضي الله عنه لا ودياه فهو مؤاخذ وكان النفس محترمة لا وجه الى الاهدار والجاني معذور وكذا الذي توفي شبه العمد نظرا الى الآلة فلا وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم اجحاف واستيصال فيصير عقوبة فيضم اليه العاقلة تخفيفا للتخفيف وانما خصوا بالغنم لانه انما تقرر لقوة قبيلة تلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم وانما خصوا به قال والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلث سنين واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي الدية على اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعده ولانه صلة ولا صلة بينه وبين الاقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل العقل على اهل الدواوين وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فكان كالاجماع وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت بالقرابة وكانت الولاء والحلف وقد غيره عمر رضي الله عنه فصارت بالديوان لجعلها اياه على ديوان اتباعا للمعنى وهذا لانا قلنا اليوم قوم قاصرهم بالحرف فعلى هذا لو كان له الحلف فاهله والدية صلة كما قال الشافعي رحمه الله وهو العطاء اولى منه في اصول الفروع والتقدير بثلث سنين ثبت عن النبي عليه السلام وعن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف استيفاء بخرج في كل سنة دفعة واحدة فان خرجت العطايا في اقل من ثلثة او اقل اخذ منها المصرف المقدر وتاويله اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الاخراج بالقضاء على ما بينا ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل

بيان من يجب عليه الدية بتفاصيل انواعهم واحكامهم وهم العاقلة فالمناسب في العنوان ذكر العواقل لانها جمع العاقلة قال صاحب النهاية لما كان موجب القتل الخطاء وانما سماه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها ومعرفة احكامها فذكرها في هذا الباب انتهى واقتفى اثره صاحب العناية اقول ليس ذلك بسديد لان مداره ان يكون المقصود بالذات في هذا الفصل معرفة الديات نفسها ومعرفة احكامها وليس كذلك فان محلها كتاب الديات واستوفيت هناك على التفصيل وانما المقصود بالذات ههنا معرفة العواقل واحكامها وذكر الدية على سبيل الاستطراد ولولا ذلك لما ذكر الكتاب ههنا بل كان ينبغي ان يذكر الباب او الفصل لكون المذكور ههنا اذ ذاك شبيه من الديات بخلاف العواقل فانها امر مغاير للديات ذاتا وحكما فكانت محلا لذكر الكتاب وكان ذينك انما اعتبر اذ ذكر المعاقل في عنوان هذا الكتاب بدل العواقل كما فصلناه انفا والوجه السديد ههنا ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال لما بين احكام القتل الخطاء وتوابعه شرع في بيان من يجب عليه الدية اذ لا بد من معرفتها قوله والدية في شبه العمد والخطاء وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة قال جمهور الشراح قوله وكل دية مبتدأ وقوله على العاقلة خبره اقول فيه خلل اذ لو كان الامر كما قالوه لكان قوله كل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة كلاما مستقلا وكان ما قبله وهو قوله والدية في شبه العمد والخطاء كلاما تاما مستقلا ايضا فيلزم ان يكون قوله والدية مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطاء خبره فيصير المعنى والدية كائنة او واجبة في شبه العمد والخطاء وهذا مع استلزامه ان يكون قوله والدية في شبه العمد والخطاء مستدركا لا طائل تحته ههنا اذ كون الدية واجبة في شبه العمد والخطاء قد ذكر مفصلا في كتاب الجنايات وكتاب الديات وليس له تعلق بكتاب المعاقل ولا يفوت به المعنى المقصود ههنا وهو بيان كون الدية في شبه العمد والخطاء على العاقلة اذ بهذه الحيثية تصير هذه المسئلة من مسائل كتاب المعاقل والحق الصريح عندي ان قوله والدية مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطاء سنة اي الدية الكائنة او الواجبة في شبه العمد والخطاء وقوله وكل دية وجبت بنفس القتل عطف على قوله والدية في شبه العمد والخطاء وقوله على العاقلة خبر المبتدأ وهو قوله والدية فيصير الحكم بكونها على العاقلة مستحبا على المعطوف والمعطوف عليه جميعا فلا يلزم المحذور اصلا ويحصل المعنى المقصود بلا ريب

قوله ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة اقول في تمام هذا التعليل كلام لانه يجوز ان يكون العطاء الخارج في سنة واحدة او في سنتين وافيا بتمام الدية لكثرة احاد العاقلة فيمكن اخذها بالتمام من العطاء الخارج في سنة او سنتين فلا يفيد هذا التعليل المذكور للمدعى وهو التقدير بثلث سنين والعمد يجوز ان لا يكون العطايا الخارجة في ثلث سنين وافية بتمام الدية لقلة احاد العاقلة فلا بد ان تؤخذ اذ ذاك من العطايا الخارجة في اكثر من ثلث سنين فلا يفيد التعليل المذكور المدعى من هذه الحيثية ايضا كما ترى نعم يفيد التاجيل مطلقا لكن المدعى ههنا هو التاجيل بثلث سنين لا التاجيل مطلقا قوله فان خرجت العطايا في اكثر من ثلث سنين او اقل اخذ منها بحصول المقصود اقول فيه بحث وهو ان القياس كان يابى ايجاب المال بمقابلة النفس المحترمة لعدم الجناية بينهما الا ان الشرع ورد بذلك كما صرح به والشرع انما ورد بايجابه موجلا بثلث سنين فانه هو المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو المحكي عن عمر رضي الله تعالى عنه كما مر انفا فينبغي ان يخص التاجيل بما ورد به وسيجيء نظير هذا في الكتاب في تعليل ان ما وجب على القاتل في ماله كما اذا قتل الاب ابنه عمدا بحال عندنا يكون موجلا بثلث سنين فتامل بل يمكن دفعه قوله ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة قال صاحب معراج الدراية وفي بعض النسخ ولو خرج للمقابل اي للعام القابل وهو الاصح انتهى وتابعه الشارح العيني اقول كيف يكون ذاك هو الاصح وحينئذ يلزم ان يكون قول المصنف رحمه الله في المستقبل لغوا محضا لان ما يخرج في العام القابل اي المقبل لا يكون الا في المستقبل قطعا فما معنى تفسير المراد بقوله معناه في المستقبل اللهم الا ان يفرق بين خرج في العام القابل

يوخذ منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع الدية في ثلث سنين فكل ثلث منها في سنة وان كان الواجب بالفعل ثلث دية النفس
او اقل كان في سنة واحدة وما زاد على ثلث الى تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة
وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رحمه الله ما وجب على القاتل في ماله فهو حال
لان التاجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان القياس يأباه والشرع ورد به
مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس

وبين خرج العام القابل ويدعي امكان كون الخروج للعام القابل في الماضي بان خرج العطاء في الماضي للعام القابل اي لاجل العام القابل لطريق تعجيل عطاء
عطية العام الاتي ايضا لمصلحة لكنه تعسف لا يخفى نعم في النسخة الاولى ايضا كلام وهو انه قال في جواب هذه المسئلة يوخذ منها كل الدية ولا شك ان كل المتقدمات
توخذ من العطايا والتي خرجت للعاقلة جميعها لما خرجت للقاتل فقط الا انه يمكن ان يقدر المضاف في قوله ولو خرج للقاتل اي لو خرج لعاقلة القاتل وتقدير المضاف
طريقة معهودة فحينئذ ينتظم جواب المسئلة كما لا يخفى **قوله** يوخذ منها كل الدية لما ذكرنا قال الشارح قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء اقول اورد
خرجوا بهذا عن سنن الصواب اذ الظاهر ان قوله لما ذكرنا تاويل على قوله يوخذ منها كل الدية فحينئذ لا مجال لكون قوله المذكور اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء
اذ لا تاثير لكون الوجوب بالقضاء في ان يوخذ كل الدية من العطايا الخارجة في سنة واحدة في مسئلتنا هذه بل انما يكون قوله المذكور حينئذ اشارة الى قوله لحصول
المقصود فانه يصلح ان يكون دليلا عليه اذ ذاك كما لا يخفى على ذي مسكة نعم لو جعل قوله المزبور دليلا على قوله معناه في المستقبل يصح جعل ذلك اشارة الى قوله لان
الوجوب بالقضاء لكن جعله دليلا على ما وقع ذكره من المصنف واستطرادا وبالتبع وهو قوله معناه في المستقبل وترك ما هو اصل المسئلة ومقصود بالذات هنا خالية
عن الدليل بالكلية مما لا يقبله النظرة السليمة على ان لو كان مراد المصنف ذلك لما اخر قوله لما ذكرنا عن جواب المسئلة بل كان عليه ان يذكره متصلا بقوله معناه
في المستقبل **قوله** وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله ثلث سنين اقول هذا التحرير مختل اذ الظاهر ان خبر ما في قوله
وما وجب على العاقلة انما هو قوله فهو في ماله اذ لو كان خبره في ثلث سنين لم يكن للفاء في قوله فهو في ماله معنى بل لم نظير الضمير هو في قوله فهو في ماله ارتباط بما قبله هذا
كله مما لا ستره به عند من له دربة باساليب الكلام والقواعد الادبية فان كان خبرا قبله فهو في ماله لم يصح معنى الكلام في المقام فان ما وجب على العاقلة من الدية
ليس من مال القاتل بلا ريب فالحق في تحرير المقام ان يقال وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل في ماله بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ثلث سنين **قوله**
ولنا ان القياس يأباه والشرع ورد به موجلا فلا يتعداه قال صاحب العناية في شرح قوله ان القياس يأباه اي القياس يأبا ايجاب المال بمقابلة النفس يعني
لا يقتضيه لان القياس من حجج الشرع وهي لا تتناقض انتهى اقول ليس هذا الشرح صحيحا اما اولا فلانه لو كان معنى قول المصنف ان القياس يأباه هو انه
لا يقتضيه لما ثبت دليلنا المذكور هنا مدعانا فان ايجاب المال بمقابلة النفس لا يكون حينئذ مخالفا للقياس لان عدم اقتضاء القياس اياه ليس باقتضاء
عدمه ومخالفته انما تحقق في الثاني دون الاول فاذا لم يكن ذلك مخالفا للقياس لم يلزم من ورود الشرع بايجاب المال في الخطاء موجلا ان يتعدى غيره
لان الذي لا يتعدى مورده انما هو ما يخالف القياس كما تقرر في علم الاصول واما ثانيا فلانه ان اراد بقوله وهي اي حجج الشرع لا تتناقض ان حجة المعمول بها
لا تتناقض فمسلم لكن القياس فيما نحن فيه ليس بمعمول به بل هو متروك بالنص الوارد بايجاب المال فلا محذور باقتضائه عدم ايجاب المال بمقابلة
النفس وان اراد به ان حجج الشرع لا تتناقض مطلقا اي سواء كانت معمولا بها او لا فممنوع كيف وضعوا في كتب الاصول بابا للمعارضة بين الادلة الشرعية
والترجيح وبينوا احكام ذلك على التفصيل والعجب من الشارح المزبور انه رفض هنا عدة من القواعد الفقهية بلا ضرورة اصلا ثم قال ذلك الشارح فان قيل انه
ليس في معنى الخطاء فلا يلحق به قلنا هو في معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء اقول ان قيد الابتداء في قوله وجب بالقتل ابتداء ينافي ما مر
في اول كتاب المعاقل فانه لما قال في الكتاب هناك وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة قال ذلك الشارح وغيره في شرح قوله وجبت بنفس
القتل اي ابتداء وقالوا تحرز به عن دية تجب بسبب الصلح او الابوة في القتل العمد فانها في مال القاتل لا على العاقلة انتهى ووجه المنافاة غير خاف على ذي مسكة
قوله ولو قتل عشرة رجلا خطاء فعلى كل واحد عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا للجزء بالكل اقول قد مر في كتاب الجنايات انه اذا قتل جماعة واحدا اقتص من

وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء بعد تبين فواتها من وقته كما في ولد المغرور **قال** ومن لم يكن
من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل **قال** وتقسم عليهم في ثلث سنين لانه زاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها
قال رضي الله عنه كذا ذكره القدوري وهذا شاذ قال انه زاد على اربعة من جميع الدية وقد نص محمد رحمه الله على انه لا زاد على كل واحد من جميع الدية في ثلث سنين
على ثلثة او اربعة دراهم يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهما او درهما وثلث درهم وهو الاصح **قال** وان لم يكن تنسب القبيلة كذلك عم الجميع اقرب القبائل معناه نسبا
كذلك بحذف التخفيف ويضم الاقرب الاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الاباء والابناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج
حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلثة او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والاباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الروايات اذا لم يتسع لذلك اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات
يعني اقرب نصرة اذا اخر جميع الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيستوي بين الكل لانه
صلة فيعتبر بالزكوة وادناها ذلك او خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هو اخطار بتة منها الا ترى انه لا يؤخذ من اصل المال فينتقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف
ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضى بالدية في ثلث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال
فينتظران كانت الرزاقهم تخرج في كل سنة فكما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج في كل ستة اشهر فخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج
في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر وان كانت لهم
ارزاق في كل شهر واعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لانه ليس كذلك لان الاعطية اكثر اولان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه والعطايا ليكونوا في الدنيا قائمين بالنصرة فيتسر اداؤها

جميعهم وقالوا في بيان وجهه ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال لان القتل لا يتجزى في التماثل بين الواحد والجماعة من هذه الحيثية فوجب القصاص على جميعهم
فلقائل ان يقول هنا فلم لا يجب على كل واحد من العشرة القاتلين واحد اخطاء دية كاملة باعتبار ان كل واحد من العشرة القاتلين واحد اخطاء دية كاملة كل واحد
منهم قاتل بوصف الكمال كما في العمد بناء على ان القتل لا يتجزى وقد صرح في كتاب الديات انه قد روي ان عمر رضي الله تعالى عنه قضى باربع ديات في ضربة واحدة
ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فلينتبه في الفرق **قوله** وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء
فيعتبر ابتداؤه من وقته قال الشارح في بيانه لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل النفس النفس الا انه اذا رفع الى القاضي وتحقق العجز عن استيفاء
النفس لما فيه من معنى التفويت وهو مرفوع عن الخاطئ تحول الحق بقضائه الى المال انتهى اقول فيه نظر لانهم ان ارادوا ان ضمان المتلفات مطلقا حتى النفس المتلفة
بالقتل خطاء انما يكون بالمثل بالنص فهو ممنوع كيف وقد قال الله تعالى ومن قتل مؤمنا خطاء فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الاية وهو نص صريح في كون جزاء
القتل خطاء تحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله لا قتل القاتل بمقابلة ذلك نعم ان قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم كان يقتضي باطلاقه ان يكون
الضمان في النفس المتلفة بالقتل خطاء ايضا بالمثل لو لم يكن حكم القتل خطاء مخصصا منه بنص آخر وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطاء فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة
الى اهله ولما خص به من ذلك كان وجوب الدية في القتل خطاء منصوصا عليه من قبل رب العزة ثابتا قبل القضاء بل قبل ان يخلق القاضي وان ارادوا ان ضمان
المتلفات ما عدا النفس انما يكون بالمثل بالنص فهو مسلم لا محالة ولكن لا يجدي شيئا فيما نحن فيه كما لا يخفى **قوله** وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى
لا يصيب كل واحد اكثر من ثلثة او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون اقول فيه كلام وهو ان عدم كثرة الآباء مسلم واما عدم كثرة الابناء
لكثرة الاخوة فممنوع كيف واخوته ابناء ابيه فاذا جاز ان يكثر ابناء ابيه فلم لا يجوز ان يكثر ابناء نفسه فتامل **قوله** وان كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضى
بالدية في ارزاقهم في ثلث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال قال تاج الشريعة الفرق
بين الرزق والعطاء ان الرزق ما يفرض للانسان في مال بيت المال بقدر الحاجة والكفاية يفرض له ما يكفيه كل شهر او كل يوم والعطاء ما يفرض كل سنة
لا بالحاجة انتهى اقول تفسير العطاء بما ذكره لا يلائم مسئلة مرت فيما قبل وهي قوله خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية فان المفهوم
منها جواز ان يفرض لرجل عطاء في كل ثلث من السنة فتخرج له من سنة واحدة ثلث عطايا والظاهر من التفسير المزبور ان يكون العطاء ما يفرض كل سنة
مرة واحدة نعم يلائم قول المصنف ره قبيل تلك المسئلة والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة فالذي يمكن في التوفيق ان يحمل قول المصنف ره والعطاء يخرج
في كل سنة مرة واحدة وكذا التفسير الذي ذكره تاج الشريعة للعطاء على ما هو الاكثر الاغلب وقوعا ومثل هذا ليس بعزيز في المتعارف وقال صاحب الغاية الفرق
بين الرزق والعطية ان الرزق ما يفرض لكفاية الوقت والعطية ما يفرض ليكونوا قائمين بالنصرة ثم قال قال صاحب المغرب العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق
ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة وفيه نظر لان محمدا قال اذا كان لهم ارزاق واعطيات فرضت الدية في اعطياتهم دون ارزاقهم فعلم بذلك ان الرزق
يفرض للمقاتلة ايضا انتهى اقول ان صاحب المغرب قد ذكر الفرق بين الرزق والعطاء في الموضعين من المغرب احدهما موضع بيان الرزق والثاني موضع بيان
العطاء فقال في الاول الرزق ما يخرج للجندي عند راس كل شهر وقيل يوما بيوم ثم قال وفي مختصر الكرخي العطاء ما يفرض للمقاتلة والرزق للفقراء وقال
في الثاني العطاء اسم ما يعطى والجمع عطية واعطيات فقوله لا يجوز بيع العطاء والرزق فرق بينهما ان العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال في السنة مرة

قال وادخل القاتل مع العاقلة مذكور فيما يؤدي كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه وهو اخذ غيره وقال الشافعي رح لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا بالجزء بجزء الكل في البقية عنده ذا انجامع كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولكن لك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبرء عنه اولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل القول الاخر لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مرتبة والنساء لا يناصرن بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل بهذا انه احد النصرة لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهم والغرض لهما من العطاء المعونة لا النصرة كفرض ازواج النبي عليه السلام رضي الله عنهن ولا يعقل اهل مصر عن مصر آخر بديوانه اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصر اقرب اليه من اهل مصر آخر ويعقل اهل كل مصر من اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر فانهم اذا خرجوا استنصروا بهم فيعقلهم اهل المصر باعتبار معنى القرب والنصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب الولاء وقرب السكنى وغيره ويعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له في الديوان عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة وقيل هو صحيح لان الذين يدبرون عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم اهل الديوان من اهل المصر ولا يختصون به اهل العطاء وقيل تاويله اذا كان قريبا لهم وفي الكتاب اشارة اليه حيث قال واهل البادية اقرب اليه من اهل المصر وهذا لان الوجوب عليهم بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسئلة الغنية المنقطعة ولو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله اهل المصر لان اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية لا يعقل عن اهل المصر النازل فيهم لانه لا ينصرهم وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم فيلزم فديته على عاقلته عند الشافعي رح لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاقل العاصمة عن الاهدار ومعنى التناصر موجود في حقهم وان لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلث سنين من يوم تقضى اياها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم توجد بقيت عليه في ماله بمنزلة تاخرين مسلمين في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بضرر لهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لبعد ما التناصر

او مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر ثم قال وفي شرح القدوري في العاقلة الدية في اعطياتهم ثلث سنين فان لم يكونوا اهل العطاء وكانت لهم ارزاق جعلت الدية في ارزاقهم وقال الفرق بينهما ان العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة انتهى فنظر صاحب الغاية لا يرد على ما ذكره في الموضع الاول فقط وكذا لا يرد على ما ذكره في الموضع الثاني اولا بقوله ففرق ما بينهما ان العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال في السنة مرة او مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر انما يرد على ما نقله عن شرح القدوري بقوله وقال الفرق بينهما ان العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة وهو ليس بمرضي عند صاحب المغرب فنسبة ذلك القول الى صاحب المغرب نفسه وايراد النظر عليه ليس بينبغي والعجب هنا من صاحب الغاية اذ خص بالذكر من بين ما ذكروا في الفرق بين العطية والرزق ذلك القول الذي رده صاحب الغاية ولم يتعرض لما فيه من المحذور ولم يذكر شيئا يدفعه مع ظهور ان المسئلة الاتية في الكتاب بقوله وان كانت لهم ارزاق في كل شهر او عطية في كل سنة فرضت الدية في العطية دون الارزاق يابى ذلك القول جدا **قوله** وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم قال صاحب النهاية اعلم ان القاتل انما يكون كاحد العواقل في اداء نصيبه من الدية اذا كان القاتل من اهل العطاء في الديوان واما اذا لم يكن هو من اهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا ايضا لان الدية يؤخذ من الاعطيات وقال وهو هكذا منصوص في المبسوط واقتفى اثره في تفسير هذه المسئلة بالوجه المذكور اكثر الشراح منهم صاحب الغاية فعلى هذا مشكل عندي وقد صرح الكتاب بان من لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان النصرة بهم وهي المعتبرة في التعاقل ولا شك ان قبيلته من لا يكون من اهل العطاء في الديوان فقد لا يكون ايضا من اهل العطاء في الديوان وقد صرح ايضا انهم قالوا لو كان اليهود قوم مناظرهم بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله وعلى مقتضى ما ذكر في النهاية من قوله لان الدية تؤخذ من الاعطيات في تعليل قوله واما اذا لم يكن من اهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا ايضا يلزم ان لا يجب الدية على العاقلة ايضا فيما اذا لم يكن القاتل ولا عاقلته من اهل العطاء لعدم امكان الاخذ من الاعطيات هناك لا في حق القاتل ولا في حق عاقلته واللازم باطل لاستحالة قتل الخطاء وشبه العمد مجمع عليه فاذا وجب عليهم الدية البتة ينبغي ان يجب على القاتل ايضا شيء منها وان لم يكن من اهل العطاء للعلة التي ذكرت في الكتاب وهي ان القاتل هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره فتدبر **قوله** وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليها قال صاحب النهاية ان قوله هنا لا يجب على المرأة شيء من الدية وان كانت هي القاتلة مخالف المسئلة التي ذكرها قبيل كتاب المعاقل فيما اذا وجد القتيل في دار امرأة حيث اوجب المتاخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقيل وليس بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذا لم يجب على المرأة شيء من الدية وهي قاتلة حقيقة فلان لا يجب عليها شيء منها وهي قاتلة تقديرا اولى لانا نقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال او بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقرار وقد تحقق الملزوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد لا يستلزم الدية انتهى اقول فيه نظر لان استلزام القسامة وجوب الدية على المقسم عندنا اما بالاستقلال او بالدخول في العاقلة بالاستقرار

والکفار یتعاقلون فیما بینہم وان اختلفت ملۃ ہم لان الکفر کلہ ملۃ واحدۃ قالوا ہذا اذا لم تکن المعاداۃ فیما بینہم ظاہرۃ اما اذا کانت ظاہرۃ کالیہود والنصاریٰ ینبغی ان لا یتعاقلون بعضہم عن بعض وہکذا عن ابی یوسف لانقطاع التناصر

ممنوع فانہ اذا وجد القتیل فی قریۃ امراۃ فعند ابی حنیفۃ رح ومحمد رح یجب علیہا القسامۃ ولا یجب علیہا شیء من الدیۃ علی ما ہو المنصوص علیہ من محمد رحمہ اللہ کما ذکر فی غایۃ البیان والکفایۃ وغیرہما والمتاخرون وان قالوا ان المراۃ تدخل مع العاقلۃ فی تحمل الدیۃ فی تلک المسئلۃ الا ان تعلیلہم ایاہا بقولہم لانہا انزلناہا قاتلۃ تشارک العاقلۃ کما فی الکتاب قبیل کتاب المعاقل یابی الفرق بین القاتلۃ حقیقۃ والقدرۃ قاتلۃ بل یقتضی قیاس المنزلۃ قاتلۃ علی القاتلۃ حقیقۃ والا لا یتم تعلیلہم المذکور لا علی قاعدۃ الحنفیۃ ولا علی قاعدۃ المیزان کما یظہر بالتامل الصادق فالحق فی التوفیق بین کلمتین المذکورتین فی المقامین ما ذکرہ سائر الشراح فانہ قال فی الکفایۃ ہذا یخالف ما ذکر قبیل المعاقل من اختیار المتاخرین ان المراۃ تدخل فی التحمل مع العاقلۃ الا ان ذلک لیس باصل الروایۃ وانما ہو اختیار بعض المتاخرین فما ذکر ہہنا ہو اختیار الطحاوی وہو الاصح وہو اصل روایۃ محمد رحمہ اللہ انتہی وقال فی معراج الدرایۃ ہذہ المسئلۃ مخالفۃ لما مر قبیل کتاب المعاقل انہ لو وجد قتیل فی دار الرجل ان القاتلۃ تشارک العاقلۃ عند المتاخرین الا انہ یمکن ان یکون ہذا علی روایۃ المتقدمین ان المراۃ لا تدخل فی العواقل فی صورۃ من الصور انتہی وقال فی غایۃ البیان فان قلت قد مر قبیل کتاب المعاقل ان القتیل اذا وجد فی قریۃ امراۃ تجب القسامۃ علیہا والدیۃ عند ابی حنیفۃ رح ومحمد رح وذہب المشائخ المتاخرون الی انہا تشارک العاقلۃ فی الدیۃ فکیف لم تشارکہم ہہنا قلت ثمۃ ایضا لا تشارکہم فی الدیۃ علی ما ہو المنصوص من محمد رح وانما استحسن المتاخرون فی تلک المسئلۃ خاصۃ انتہی ثم قال صاحب العنایۃ فان قلت ہذا الجواب مبنی علی ایجاب القسامۃ علیہا وفی ذلک تناقض لانہ قال قبل ہذا ولا قسامۃ علی صبی الی ان قال ولا امراۃ ولا عبد وقال ہہنا لو وجد قتیل فی قریۃ لامراۃ فعند ابی حنیفۃ رح ومحمد رح القسامۃ علیہا یکرر الایمان وذلک تناقض قلت الجواب ان ذلک مذکور فی سیاق قولہ وان لم یکمل اہل المحلۃ خمسین کررت الایمان فمعناہ لا یکمل اہل المحلۃ خمسین من الصبی والمراۃ والعبد لانہم لیسوا من اہل النصرۃ والیمین علی اہلہا واما ہہنا فالقتیل وجد فی قریتہا فتجب علیہا نفیا لتہمۃ القتل فانہا متحقق منہا وبین من ہذا ان القسامۃ اذا وجبت علی الجماعۃ تعلل بالنصرۃ فمن کان اہلا لہا یدخل ومن لا فلا یدخل الصبی والعبد والمراۃ واذا وجبت علی واحد تعلل بتہمۃ القتل فمن کان من اہلہا وجبت علیہ ومن لا فلا فیدخل المراۃ الی ہنا کلامہ اقول فیہ ایضا نظر اما اولا فلان کون ذلک مذکورا فی سیاق قولہ وان لم یکمل اہل المحلۃ خمسین کررت الایمان ممنوع بل ذلک مسئلۃ مبتدأۃ مقصودۃ بالبیان علی الاستقلال اذ لو کان معناہ لا یکمل اہل المحلۃ خمسین من الصبی والمجنون والمراۃ والعبد لانفی صلاحیتہم للقسامۃ مطلقا ای سواء کانوا منضمین الی الغیر لتکمیل الخمسین او کانوا منفردین وحینئذ لزم ان یکون بیان حال الصبی والمجنون والعبید فی امر القسامۃ عند کونہم منفردین غیر منضمین الی الغیر متروکا بالکلیۃ فی ہذا الکتاب وکثیر من الکتب المعتبرۃ اذ الفرض ان عدم الصلاحیۃ للقسامۃ حال الانضمام الی الغیر لتکمیل الخمسین لا یستلزم عدم الصلاحیۃ للقسامۃ حال الانفراد او ہو حاصل الجواب الذی ذکرہ لدفع التناقض بین المقامین فی حق المراۃ کما تری واما ثانیا فلان ما ذکرہ من ان القسامۃ اذا وجبت علی الجماعۃ تعلل بالنصرۃ واذا وجبت علی الواحد تعلل بتہمۃ القتل من عندیاتہ لا یساعدہ النقل ولا العقل اما عدم مساعدۃ العقل فلان کل واحد من ترک النصرۃ واحتمال القتل متحقق فی کل واحدۃ من صورتی وجوب القسامۃ علی الجماعۃ ووجوبہا علی الواحد فتعلیل احدہما بالاولی والاخری بالثانی دون العکس او الجمع تحکم بحت واما عدم مساعدۃ النقل فلانہم کانوا یعللون وجوب القسامۃ والدیۃ مطلقا بکل واحد من العلتین المذکورتین کما لا یخفی علی من راجع المعتبرات وقد مر الاشارۃ الی ذلک فی مواضع من نفس الکتاب فتذکر **قولہ** والکفار یتعاقلون فیما بینہم وان اختلفت ملۃ ہم لان الکفر کلہ ملۃ واحدۃ قال بعض الفضلاء ہذا مخالف لما سبق فی اول باب حیاۃ المملوک ان اہل الذمۃ لا یتعاقلون فیما بینہم وجوابہ ان ذلک مبنی علی الغالب انتہی اقول یابی ہذا الجواب قول المصنف رہ ہہنا کلا عاقلۃ لہ بقولہ انہم لا یتعاقلون فیما بینہم لان النکرۃ المنفیۃ تفید العموم علی اعرف فالاولی فی الجواب ان یقال المراد ہہنا نفی الوقوع ای لم یقع التعاقل فیما بینہم والمراد

ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر يقضي على عاقلته من اهل الكوفة وهو
رواية عن ابي حنيفة لان المسبب هو الجناية وقد تحققت مع عاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا ان المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضاء
ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل تنتقل عنه عاقلته واذا كان كذلك يتحول عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعده
لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب لان في
النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى صار
البصرة قضي بالدية على اهل البصرة ولو كان قضي بها على اهل الكوفة لم ينتقل عنهم وكذا البدوي اذا التحق بالديوان بعد النقل قبل القضاء يقضي بالدية على اهل الديوان بعد القضاء على عاقلته بالبادية
لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية قضي بالدية عليهم في امر الغنم في ثلث سنين ثم جاء المصدق الامام في العطاء حيث تصير الدية في عطائهم وان كان قضي بها اول مرة
في اموالهم لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضي بها في اموالهم وعطاياهم اموالهم غير ان الدية تقضي من ايسر الاموال اداء والاداء من العطاء ايسر اذا صادوا من اهل العطاء
لا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضي به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا تحول الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضي ذلك من مال العطاء
لانه ايسر قال عاقلة المعتق قبيلة مولاه لان النصرة بهم ويؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم قال في مولى الولاء يعقل عنه مولاه وقبيلته لانه ولاء يتناصر به فاشبه ولاء
العتاقة وفيه خلاف الشافعي رحمه الله في الولاء قال ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتعقل نصف العشر فصاعدا

هنا بيان الجواز اي لو وقع التعامل فيما بينهم جاز ولا يضر اختلاف ملتهم تبصر **قوله** ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع
الى القاضي فانه يقضي على عاقلته من اهل البصرة اقول لقائل ان يقول قد مر في اوائل كتاب المعاقل ان العاقلة انما خصوا بالضم الى القاتل في اداء الدية لان
القاتل انما قصر لقوة فيه وتلك القوة بانصاره وهم العاقلة فكانوا اتم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به ولا ريب ان مقتضى ذلك ان يكون القضاء بالدية في
هذه المسئلة على عاقلة القاتل من اهل الكوفة كما ذهب اليه زفر لان الجناية انما صدرت عنه حال كون عاقلته اهل الكوفة فالقوة فيه وقت صدورها عنه انما كانت
بانصارهم الذين هم اهل الكوفة فالتقصير في مراقبته وقت انما وقع منهم فلا شك ان عمدة المراقبة في ذلك الوقت كانت عليهم لا على اهل البصرة فكان ينبغي
ان يقضي بالدية عليهم لا على اهل البصرة ويمكن الجواب عنه بان ما ذكر هناك حكمه ان خصت العاقلة بالضم الى القاتل في تحمل الدية لا علته وقد تقرر عندهم ان الحكمة
تراعى في الجنس لا في كل فرد كما في الاستبراء في البكر فلا يقدح عدم تمشية ما ذكر هناك في مسئلتنا هذه فان ملاك الامر في تمام جواب المسئلة هو الدليل وقد ذكره المصنف
بقوله ولنا ان المال انما يجب عند القضاء الى آخره ولا محالة ان يقضي بالدية على اهل البصرة لا على اهل الكوفة لان وجوب الدية لما كان عند القضاء
لا قبله وكان ديوان القاتل متحولا الى البصرة قبل القضاء لم يبق مجال ان يقضي بالدية على اهل البصرة فانهم لم يكونوا عاقلة القاتل وقت القضاء ولم يجب
الدية عليهم حال كونهم عاقلته لعدم سبق وجوبها القضاء فلا بد ان يقضي بها على من هو عاقلته وقت الوجوب تحقيقا للتخفيف عن القاتل المعذور كما تقرر فيما
قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء عليهم بحيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب الى آخره قالت جماعة من
الشراح منهم صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضي بالدية على عاقلته من اهل
البصرة اذا كان القاضي قضى بدية على عاقلته من اهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب وان كان بعد القضاء
مع ان فيه ايضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى اقرب القبائل وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي
الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم وكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله انتهى اقول النقل متهم القائلة مع ان فيه ايضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء
الى اقرب القبائل مع كونها مستدركة في بيان معنى المقام غير صحيحة في نفسها اذ ليس فيما اذا قلت العاقلة بعد القضاء نقل الدية من احد الى احد وطبل
انما فيه تكثير المتحملين لما قضي به عليهم ولا شك ان التكثير لغاية النقل بل ينافيه وعن هذا قال المصنف ره في الفرق بين الصورتين ان في النقل ابطال حكم الاول
وفي الضم تقرير حكم الاول لا ابطاله ولو كانت تلك المقدمة الكاذبة معتبرة في معنى المقام لقال المصنف ره في الفرق بين الصورتين المذكورتين ان امر
النقل في صورة القلة كذا وفي صورة التحول بعد القضاء كذا تامل تقف **قوله** ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتحمل نصف عشر الدية فصاعدا قال
في النهاية والدليل على انها لا تحمل ما دون نصف عشر الدية ان القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر ارشه فصار كضمان الاموال كذا في شرح الاقطع انتهى واقتفى
اثره صاحب العناية اقول يرد عليه ان لكل مفصل من اصبع فيها ثلثة مفاصل ثلث عشر الدية كما مر في كتاب الديات حيث قال وفي كل اصبع من اصابع اليدين
او الرجلين عشر الدية ثم قال وفي كل اصبع فيها ثلثة مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع فكان لكل مفصل من اصبع فيها
ثلثة مفاصل ارش مقدر هو اقل من نصف عشر الدية ويجب القصاص في عمده ولا محالة لامكان غاية المماثلة التي هي مبنى القصاص كما تقرر في باب القصاص فيما دون النفس من كتاب الجنايات فانتقض بكل واحد
قوله ان القصاص لا يجب في عمده وقوله ولا يتقدر ارشه كما ترى نعم قد تدارك صاحب العناية اصلاح المقدمة الثانية اعني قوله ولا يتقدر ارشه حيث قال يدل عليه من جهة النظر انا دون الفصل الارش مقدر في نفسه

والاصل بهذا ان ما يمكن نفي مقدره وتوقيته وما لا يمكن نفي مقدره وتوقيته لا يتحمله العاقلة كالعبد والصلح والاعتراف وما دون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل نفس لان النفس للتقدير بالاجزاء لا بالاجزاء في تقليل الاموال الكثيرة استقر الفاضل عرف بالسمع قال وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني لتفاوت فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على الواحد كما يجب الدية في الاموال الكثيرة والتسوية في ان لا يجب على العاقلة شيء الا انا تركنا بها بما روي انه عليه السلام اوجب الخمس على العاقلة وهو نصف عشر بدل الموضحة على ما عرف في الروايات فاردنا به مسلك الاموال لانه يجب التحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني اعتبارا بالقيمة قال وتتحمل العاقلة جناية العبد والاقرار بالصلح او باعتراف الجاني لما رويناه ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لتقصير الجاني عندهم قال الا ان يصدقوه لانه ثبت بتصادقهم الاملتزم كان حقهم ولم يكن بقي لتقصيرهم معنى فيرجع الى الفاضل لا بعد سنين قضاء عليه بالدية في ماله ثلث سنين من يوم يقضي لان تاجيل وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى ولتصادق القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة لزمه الدية فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم يكن عليه شيء لان الدية كان بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول لان لكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لانه في حق حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم قال واذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته قيمته لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا وفي اخذ قولي الشافعي يجب في ماله لانه بدل المال عنده وهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف

فيه الاموال ثم قال فان قيل ارش الانملة مقدر وهو ثلث دية الاصبع في ان العاقلة قيل له ليس ارشها مقدرا بنفسها بل هو مقدر بغيره وهو الاصبع ونحن انما شبهنا ما دون الموضحة بالاموال من حيث انه لم يكن له ارش مقدر بنفسه انتهى لكن بقيت المقدمة الاولى وهي قولنا ان القصاص لا يجب في عمد بجروحة تدبر **قوله** والاصل فيه قول ابن عباس رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة قال ابو عبيد اختلفوا في تاويل قول عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا فقال محمد بن الحسن انما معناه ان يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاه شيء من جناية عبده انما جنايته في رقبته ان يدفعه الى مجني عليه او يفديه ثم قال وهذا قول ابي حنيفة رح وقال ابن ابي ليلى انما معناه ان يكون العبد يجني عليه فيقتله حرا ويخرجه بقوله فليس على عاقلة الجاني شيء انما ثمنه في ماله خاصة قال ابو عبيدة فذاكرت الاصمعي في ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن ابي ليلى على كلام العرب ولا يرى قول ابي حنيفة رح جائزا ويذهب الى انه لو كان المعنى على ما قاله لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبدا ومعنى قول الاصمعي ان في كلام العرب يقال عقلت القتيل اذا اعطيت ديته وعقلت عن فلان اذا الزمته دية فاعطيتها عنه قال الاصمعي كلمت ابا يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته واجيب بان عقلته يستعمل في معنى عقلت عنه وسياق الحديث وهو قوله لا تعقل العاقلة عمدا وسياقه وهو قوله ولا صلحا ولا اعترافا يدل على ذلك لان معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف كذا في العناية اقول الجواب محل الكلام اذ للخصم ان يمنع كون معناه ما ذكرتم ويقول بل معناه لا تعقل العاقلة من قتل عمدا بصيغة المجهول ومن صولح عن دمه ومن اعترف بقتله على صيغة المجهول ايضا فيؤول المعنى في الكل الى معنى عقلت القتيل لا الى معنى عقلت عن فلان فلا يتم الجواب الزاما **قوله** لان التاجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى قال صاحب العناية يريد ان الثابت بالبينة اقوى منه بالاقرار لان الثابت بها كالثابت معاينة وفي القتل معاينة الدية انما تجب بقضاء القاضي فهذا اولى انتهى اورد عليه بعض الفضلاء حيث قال ليس كلام المصنف رح في الدية بل في التاجيل كما لا يخفى وقال ولعل الاولى ان يقال اذا ثبت القتل الخطاء بالبينة يلزم الدية العاقلة ومع هذا يؤجل الى ثلث سنين تحقيقا للتخفيف ففي الثابت بالاقرار اولى ان يؤجل للتخفيف لان الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فليتامل انتهى اقول ليس ما قاله بسديد اذ ليس كلام المصنف رح هنا اصالة في الدية ولا في التاجيل نفسه لان وجوب الدية بطريق التاجيل في القتل الخطاء اذ قد علم في كتاب الجنايات وفي كتاب الديات وفي ما مر غير مرة في كتاب المعاقل وانما الكلام هنا اصالة في كون التاجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار ولهذا قصر المص رح البيان عليه في تعليل هذه المسئلة وما ذكره ذلك البعض بقوله ولعل الاولى ان يقال الى آخره انما يفيد كون الدية موجلة الى ثلث سنين في هذه المسئلة لا كون التاجيل فيها من وقت القضاء دون وقت الاقرار والمقصود بالبيان هنا هو الثاني دون الاولى واما ما ذكره صاحب العناية فيفيد الثاني لانه قال وفي القتل معاينة انما تجب الدية بقضاء القاضي فهذا اولى وهذا يثبت كون التاجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار لان وجوب الدية اذا كان بقضاء القاضي فلا جرم لا تحقق وجوبها قبل قضاء القاضي وتاجيل الدية فرع وجوبها لا محالة انما يتصور التاجيل من وقت القضاء لا قبله وعن هذا قال في المبسوط كما نقل عنه في النهاية والتاجيل فيه من وقت القضاء لا من وقت الاقرار لان الثابت بالاقرار بالقتل لا يكون اقوى من الثابت بالمعاينة وفي القتل المعاين الدية انما تجب بقضاء القاضي فهذا اولى انتهى **قوله** وما دون النفس من العبد لا تحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف اقول فيه كلام وهو انه ان كان مراد المص رح بقوله على ما عرف ما ذكره في باب القصاص في ما دون النفس في تعليل ان لا قصاص بين الرجل والمراة فيما دون النفس واما بين الحر والعبد ولا بين العبدين عندنا بقوله ولنا ان

وفي احد قوليه تحمله العاقلة كما في الحر وقد مر من قبل قال اصحابنا لان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم اخص من بعض فيكون ذلك وهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة رحمه الله رواية شاذة ان الدية في ماله وجه ان الاصل ان تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف ولا تلف منه الا ان العاقلة تحملها تخفيفا للتخفيف على ما مر فاذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل اما البلاغة تحمله عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب لانه يقول عنه بعد ادعاء الاب رجعت عاقلة الام بما اقدمت على عاقلة الاب في ثلث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند الاب ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب متى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم ادت الكتابة لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت حرية الاب هو آخر جزء من اجزاء حبوته فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل ام صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الام ان كان الام ثبت بالبينة وفي مال الام ان كان ثبت باقراره ثلث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الام او على عاقلته لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضي الله عنه هنا عدة مسائل ذكرها محمد رحمه الله متفرقة والاصل الذي خرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب او حادث لم تنتقل جنايته عن الاولى فقضي بها او لم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة تحولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع ولو لم يختلف حال الجاني لكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضي بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضي بها على الاولى فانه يقضي بها على الثانية واذا كانت العاقلة واحدة فلا تغير زيادة او نقصان او اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه فمن احكم هذا الاصل متأملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد والله اعلم بالصواب

كتاب الوصايا

الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة كما صرح به صاحب الغاية حيث قال هناك ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال ولهذا لا يجري القصاص في العمد بين طرفي الحر والعبد فلا تحمله العاقلة كطرف البهيمة وقد مر ذلك في باب القصاص فيما دون النفس وهذا معنى قوله على ما عرف انتهى فينتقض حينئذ ما ذكره في تعليل مسئلتنا هذه تحمل العاقلة ما دون النفس من الحر الى ما دون نصف عشر الدية فان الدليل المذكور هنا يجري هناك ايضا مع تخلف الحكم ايضا وان كان مراده بما ذكره في فصل بعد باب جناية المملوك من ان المعتبر فيما دون النفس من العبد هي المالية دون الآدمية بخلاف النفس من العبد فان المعتبر في اتلافها هي الآدمية دون المالية عندنا جاز ان لا ينتقض ما ذكره هنا تحمل العاقلة ما دون النفس من الحر الى ما دون نصف عشر الدية او لم يصرح احد بسقوط اعتبار الآدمية في اطراف الحر بالكلية الا انه لا يتم الدليل المذكور هنا حينئذ على اصل ابي حنيفة رحمه الله فانه يعتبر المالية والآدمية معا في اطراف العبد وانما يتم بناء على اصل ابي يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله فانهما لا يعتبران الآدمية فيها بالكلية وقد مر ذلك كله في الفصل المزبور في بيان مسئلة من فقأ عيني عبد انسان والمسئلة التي نحن فيها متفق عليها بين ائمتنا فلا معنى لا يبتني دليلها على اصل بعض منهم دون بعض وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن نوع من الاضطراب كما ترى **قوله** وفي احد قوليه تحمله كما في الحر وقد مر من قبل قال صاحب الغاية اي في اول فصل باب جناية المملوك واقتفى اثره في هذا التفسير صاحب العناية والشارح العيني ولم يتعرض لتفسير ذلك اصلا سائر الشراح اقول لو كان مراد المص بقوله وقد مر من قبل ما فسر به هؤلاء الشراح الثلثة كانت حوالته هنا غير رائجة قطعا اذ لم يذكر في ذلك الفصل تحمل العاقلة ما دون النفس ولا تحملها دية النفس لا عند الشافعي رحمه الله ولا عندنا كما لا يخفى على من تتبع مسائل ذلك الفصل بدقة

كتاب الوصايا

قال الشراح ايراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة لان آخر احوال الآدمي الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت اقول يرد عليه ان كتاب الوصايا ليس بمورود في آخر هذا الكتاب وانما المورود في آخره كتاب الخنثى كما ترى نعم ان كثيرا من اصحاب التصانيف اوردوه في آخر كتبهم لكن الكلام في شرح هذا الكتاب يمكن الجواب من قبل الشراح بحمل الآخر في قولهم في آخر الكتاب على الاضافي فان آخره الحقيقي وان كان كتاب الخنثى الا ان كتاب الوصايا ايضا آخره بالاضافة الى ما قبله حيث كان في قرب آخره الحقيقي وعن هذا ترى القوم يقولون وقع هذا في اوائل كذا او اواخره فان صيغة الجمع لا تمشي في الاول الحقيقي والآخر الحقيقي وانما المخلص في ذلك تعميم الاول والآخر الحقيقي والاضافي ويمكن ان يقال ايضا لما كان ما ذكر في كتاب الخنثى نادرا من حيث الوقوع ومن حيث المسائل ايضا جعلوه في حكم العدم واعتبروا كتاب الوصايا آخر الكتاب ثم ان الوصية في اللغة اسم بمعنى المصدر الذي هو التوصية منه قوله تعالى حين الوصية ثم سمي الموصى به وصية ومنه قوله تعالى من بعد وصية توصون بها وفي الشريعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في الاعيان او في المنافع كذا في عامة الشروح قال بعض المتأخرين ثم الوصية والتوصية وكذا الايصاء في اللغة طلب فعل من غيره ليفعله في حياته حال حيوته او بعد وفاته وفي الشريعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت على سبيل التبرع عينا او منفعة هذا هو التعريف المذكور في عامة الكتب

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

والوصية بهذا المعنى هي المحكوم عليها بانها مستحبة غير واجبة وان القياس يابى جوازها فعلى هذا يكون بعض المسائل مثل مسئلة الوصية بحقوق الله و حقوق العباد و المسائل المتعلقة بالوصى مذكورة فى كتاب الوصايا بطريق التطفل لكن التحقيق ان هذه الالفاظ كما انها موضوعة فى الشرع للمعنى المذكور موضوعة فيه ايضا لطلب شئ من غيره ليفعله بعد مماته فقط نقل هذا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده لكن يشترط استعمال لفظ الايصاء باللام فى المعنى الاول وبالى فى المعنى الثانى فحينئذ يكون ذكر المسائل المذكورة على انها من فروع المعنى الثانى لا على سبيل التطفل الى هنا لفظه اقول ما عده تحقيقا ليس بشئ اما اولا فلان التى يكون من فروع المعنى الثانى من المسائل المذكورة انما هى المسائل المتعلقة بالوضع دون مسائل الوصية بحقوق الله تعالى وحقوق العباد فان استعمال لفظ الايصاء فيها باللام لا بالى يقال اوصى لحقوق الله تعالى او لحقوق العباد ولا يقال اوصى اليها كما لا يخفى فبقى امر التطفل فى حق تلك المسائل من المسائل التى ذكرها من قبل اذ لم يشملها شئ من المعنيين المذكورين قط واما ثانيا فلان مسائل التبرعات الواقعة من الانسان فى مرض موته بطريق التحقيق مذكورة ايضا فى كتاب الوصايا ومنها باب العتق فى المرض كما سيجئ فى الكتاب ولا ريب فى عدم شمول شئ من المعنيين المذكورين لشئ من تلك المسائل فبقى امر التطفل فى حق تلك المسائل كلها بالنظر الى ذينك المعنيين معا فمن اين كان ارتكاب جمعها فى لفظ واحد بتاويل بعيد مع عدم عموم المشترك عندنا تحقيقا بان يعد تحقيقا كما زعمه ذلك القائل ثم اقول الوجه فى التفصى عن امر التطفل فى حق المسائل التى ذكرها ذلك القائل حمل معنى الوصية شرعية على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال واما بيان معنى الوصية فالوصية اسم لما اوجبه الموصى فى ماله بعد موته ويقرب منه ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال هى ايجاب بعد الموت فانهما يشملان تلك المسائل جملة كما لا يخفى على المتامل والوجه فى التفصى عن امر التطفل فى حق مسائل كتاب الوصايا كلها من المعلقات و المنجزات حمل معنى الوصية شرعية على ما نقله صاحب النهاية عن الايضاح حيث قال ذكر فى الايضاح الوصية ما اوجبها الموصى فى ماله بعد موته او مرضه الذى مات فيه انتهى فانه يشمل كله جميع ما ذكر فى كتاب الوصايا كما لا يخفى على ذى مسكة ثم ان سبب الوصية سبب سائر التبرعات وهو ارادة تحصيل ذكر الخير فى الدنيا ووصول الدرجات العالية فى العقبى وشرائطها كون الموصى اهلا للتبرع وان لا يكون مديونا وكون الموصى له حيا وقت الوصية وان لم يكن مولودا حتى اذا اوصى للجنين اذا كان موجودا حيا عند الوصية يصح والا فلا وانما يعرف حيوته فى ذلك الوقت بان ولدت قبل ستة اشهر حيا وكونه اجنبيا حتى ان الوصية للوارث لا يجوز الا باجازة الورثة وان لا يكون قاتلا وكون الموصى به شيئا قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حيوة الموصى سواء كان موجودا فى الحال او معدوما وان يكون بمقدار الثلث حتى انها لا تصح فيما زاد على الثلث كذا فى النهاية وفى الغاية ايضا بطريق الاجمال اقول فيه قصور بل خلل اما اولا فلانه جعل من شرائطها ان لا يكون الموصى مديونا بدون التقييد بان يكون الدين مستغرقا للتركة و الشرط عدم هذا الدين المقيد دون عدم الدين المطلق كما صرح به فى البدائع وغيره واما ثانيا فلانه جعل من شرائطها كون الموصى له حيا وقت الوصية لا كونه حيا فيه الا ترى انهم جعلوا الدليل عليه الولادة قبل ستة اشهر حيا وتلك انما تدل على وجود الجنين وقت الوصية لا على حيوته فى ذلك الوقت كما لا يخفى على العارف باحوال الجنين فى الرحم واقل مدة الحمل وعن هذا كان المذكور فى عامة المعتبرات عند بيان هذا الشرط ان يكون الموصى له موجودا وقت الوصية بدون تقييد الحيوة اصلا واما ثالثا فلانه جعل من شرائطها ان يكون الموصى به بمقدار الثلث لا ريب انه ليس بسديد على اطلاقه فان الموصى اذا ترك ورثة فانما لا تصح وصيته بما زاد على الثلث ان لم يجزه الورثة وان اجازوه صحت وصيته به واما اذا لم يترك وارثا فيصح وصيته بما زاد على الثلث حتى جميع ماله عندنا كما تقرر فى موضعه فلا بد من التقييد مرتين مرة بان يكون له وارث واخرى بان لا يجيزه الوارث

باب فى صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا منه قال بعض المتاخرين فى حل هذا التركيب اى ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه

قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس يأبى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال ملكيته ولو أضيف الى حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بامله مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المالي ولو انقضى البرء يصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرح الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة بينا ه

وما لا يستحب وقال ثم ظاهر الابدال يفيدان المراد بيان صفة الوصية بيان ما يجوز منه وما يستحب منه لكن الظاهر كما صرحوا به ان المراد ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة فالاولى ايراده بالواو العاطفة انتهى اقول فيه خلل فاحش اما اولا فلانه سلك مسلك التقدير في قول المصنف ره ما يجوز من ذلك وما يستحب منه حيث قال اي ما يجوز منه وما لا يجوز منه وما يستحب منه وما لا يستحب ولا يذهب عليك ان ذلك التقدير ان صح في قوله ما يجوز من ذلك لا يصح في قوله وما يستحب منه اذ ليس في جنس الوصية ما يخلو عن الجواز وعدمه لكونهما نقيضين لا يرتفعان عن شيء فلم يبق من جنس الوصية شيء يغاير ما يجوز منه وما لا يجوز حتى يصلح ذلك لان يذكر بعدها فان قيد كل منهما بشيء يخرج ما يستحب منه لا يبقى في ذلك شيء يغاير ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه حتى يندرج فيما لا يستحب منه فيصح تقديره لا يقال المراد بالجواز تساوي الطرفين ويعدم الجواز عدم صحة طرف الفعل اصلا لا مجرد التساوي حتى يكونا من قبيل النقيضين فيبقى الاستحباب والوجوب واسطة بينهما فيجوز ان يكون المراد بما لا يستحب منه ما هو الواجب منه لانا نقول نفي الاستحباب يعم الجواز والوجوب وعدم صحة طرف الفعل اصلا فمن اين يدل ما لا يستحب منه على ما هو الواجب منه فقط حتى يجوز ان يراد به ذلك ولئن سلم جواز ارادة ذلك به تفسد معنى التقسيم اذ يلزم حينئذ ان يدرج في عنوان الباب ما هو الواجب من الوصية فيخالف ما ذكره في اول الباب من ان الوصية غير واجبة وهي مستحبة وبالجملة لم يوجد لما ارتكبه محل صحيح قط فالصواب ان لا تقدير في شيء من كلام المصنف ره هنا فان صفات الوصية الشرعية هي الجواز والاستحباب والرجوع عنها اي عن كونها مرجوعا عنها وهذه الصفات كلها حاصلة مما ذكره في عنوان الباب صراحة فلا حاجة الى تقدير شيء اصلا حتى عدم الجواز فانه صفة للوصية الغير الشرعية وعنوان الباب انما كان في صفة الوصية الشرعية نعم قد يذكر في اثناء مسائل الباب مما لا يجوز من الوصايا لكن لاجل ازالة ان يتوهم كونه من الوصايا الجائزة الشرعية لا لانه مقصود بالبيان بالذات كما هو الحال في مسائل سائر الكتب واما ثانيا فلان قوله لكن الظاهر كما صرحوا به ان المراد به ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة ليس بسديد اذ لا نسلم ان الظاهر ذلك ولا نسلم ان حداد صرح به وانما الذي صرحوا به ان صفة الوصية في الشرع ما ذكره المصنف ره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة لان مراد المصنف ره بالصفة في قوله باب في صفة الوصية هو الذي ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة الا يرى انهم انما ذكروا ما صرحوا به عند بيان متعلقات الوصية من سببها وشرائطها وركنها وحكمها وصفتها لا عند شرح قول المصنف ره باب في صفة الوصية الى آخره وكم بين المقامين واما ثالثا فلان قوله فالاولى ايراده بالواو العاطفة لا يكاد يصح اذ لو اورده المصنف ره بالواو العاطفة على فرض ان يكون المراد بالصفة في قوله باب في صفة الوصية ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة كما زعمه هذا القائل لصار معنى الكلام باب في صفة الوصية اي ما يستحب منه وفيما يجوز من ذلك وما يستحب منه فيصير قوله وما يستحب منه لغوا من الكلام لكونه تكرارا محضا فكان هذا القائل نسي قول المصنف ره وما يستحب منه عند كتبه قوله فالاولى ايراده بالواو العاطفة ولعمري انه عجيب من مثله **قوله** الوصية غير واجبة وهي مستحبة اقول الحكم بالاستحباب على الوصية مطلقا لا يناسب ما مر انفا في عنوان الباب من قوله ما يجوز من ذلك وما يستحب منه ولا ما سيأتي في الكتب من ان الوصية بالثلث لاجنبي جائزة وبدون الثلث مستحبة ان كانت الورثة اغنياء لا يستغنون بنصيبهم وان كانوا فقراء لا يستغنون بما يرثون فترك الوصية اولى فكان الظاهر ان يقال الوصية غير واجبة بل هي مستحبة او جائزة اللهم الا ان يوجه قوله وهي مستحبة بان المراد به ان غاية امرها الاستحباب دون الوجوب لانها مستحبة على الاطلاق فكانه قال انها لا تصل الى مرتبة الوجوب بل قصارى امرها الاستحباب لكن يرد عليه النقض بالوصية بحقوق الله تعالى كالصلوة والزكوة والصوم ونحو التي فرط فيها اذ الظاهر انها واجبة كما صرح به الامام الزيلعي في التبيين قال في العناية اخذا من النهاية قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل احد ممن له ثروة ويسار لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خير الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا فرض ولما لم يفهم الاستحباب من نفي الوجوب جوزا الاباحة قال وهي مستحبة انتهى اقول في قوله

وقد تبقی المالکیة بعد الموت باعتبار الحاجة کما فی قدر التجهیز والدین وقد نطق به الکتاب وهو قول الله تعالی من بعد وصیة یوصی بها او دین والسنة وهو قول النبی علیه السلام ان الله تعالی تصدق علیکم بثلث اموالکم فی آخر اعمالکم زیادة لکم فی اعمالکم تضعونها حیث شئتم او قال حیث احببتم وعلیه اجماع الامة ثم تصح للاجنبی والثلث من غیر اجازة الورثة لما روینا وسنبین ما هو الافضل فیه ان شاء الله تعالی

قوله غیر واجبة رد لقول من یقول ان الوصیة للوالدین والاقربین اذا کانوا ممن لا یرثون فرض نظرا لان الفرض غیر الواجب عندنا اذ الفرض ما ثبت بدلیل قطعی والواجب ما ثبت بدلیل ظنی کما تقرر فی علم الاصول فلا یلزم من کون الوصیة غیر واجبة کونها غیر فرض فکیف یحصل الرد بقوله الوصیة غیر واجبة لقول من یقول انها فرض فی حق الوالدین والاقربین بل الظاهر ان الرد بقوله لک ان تحصیل القول بها وهی مستحبة ثم ان فی اسلوب تحریره سماجة ظاهرة واذ الظاهر ان تاخیر قوله لقوله تعالی کتب علیکم الی آخره من مجموع القولین ان یکون الآیة المذکورة دلیلا علیهما بل المتبادر ان تکون دلیلا علی قولها ولا یخفی انها لا تصلح لان یکون دلیلا علی القول الثانی وصاحب النهایة وان شارکه فی تاخیر ذکر الدلیل المذکور عن مجموع القولین المزبورین الا انه ذکر دلیلا آخر بعده من السنة حیث قال وقال علیه السلام لا یحل لرجل ان یومن بالله والیوم الآخر اذا کان له مال یرید الوصیة فیه ان یبیت لیلتین الا ووصیته مکتوبة عند راسه انتهی فجاز ان یجعل الدلیل الاول دلیلا علی القول الاول والدلیل الثانی دلیلا علی القول الثانی بطریق التوزیع علی اللف والنشر المرتب اما صاحب العنایة فقد قصر الذکر علی دلیل واحد فقصر ثم اعلم ان الجواب عن کل واحد من دلیلی الخصمین مستقصی ومستوفی فی النهایة وغیرها فلا علینا ان نذکره ههنا **قوله** وقد تبقی المالکیة بعد الموت باعتبار الحاجة کما فی قدر التجهیز والدین قال صاحب العنایة قوله وقد تبقی المالکیة بعد الموت جواب عن وجه القیاس المذکور واقتفی اثره الشارح العینی اقول فیه بحث اذ لا یصلح الجواب عن وجه القیاس المذکور بمجرد بقاء المالکیة بعد الموت فانه قال فی وجه ولو اضیف الی حال قیامها بان قال ملکتک غدا کان باطلا فبعد اولی فاللازم من بقاء المالکیة بعد الموت انتفاء اولویة البطلان لا انتفاء نفس البطلان فلا یجدی نفعا اللهم الا ان یتمحل بان یقال معنی کونه جوابا عن وجه القیاس مجرد تضمنه قدح مقدمة مذکورة فیه وهی قوله لانه تملیک مضاف الی حال زوال المالکیة لا کونه جوابا قطعا لعرقه والاوجه ان یکون هذا الکلام مجرد تتمیم لوجه الاستحسان فانه لما کان فی تجویز تملیک مضاف الی حال زوال المالکیة نوع استبعاد لکون التملیک فرع بقاء الملک تدارک دفعه بان قال ان المالکیة لا تزول عن الانسان بالکلیة بعد الموت بل تبقی المالکیة بعده فی حق من یحتاج الیه کما فی قدر التجهیز والدین ومنه الوصیة بقدر الثلث **قوله** وقد نطق به الکتاب وهو قوله تعالی من بعد وصیة یوصی بها او دین قال صاحب العنایة وقد استدل ابو بکر الرازی علی نسخ قوله تعالی کتب علیکم اذا حضر احدکم الموت ان ترک خیرا الوصیة للوالدین والاقربین بهذه الآیة وقد ذکره الامام المحقق فخر الاسلام فی اصوله وقد قررناه فی التقریر بان الله تعالی رتب المواریث علی وصیة منکرة والوصیة الاولی کانت معهودة فانها الوصیة للوالدین فلو کانت تلک الوصیة باقیة مع المیراث لترتب هذه الوصیة علیها وبین هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان المحل محل بیان ما فرض للوالدین وحیث رتبها علی وصیة منکرة دل ان الوصیة المفروضة لم تبق لازمة بل بعد ای وصیة کانت نصیبها ذلک المقدار وذلک یستلزم انتفاء وجوب الوصیة المفروضة واذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا انتهی اقول یرد علیه ان هذا لا یدل علی ان الوصیة الاولی لم تبق لازمة فان المواریث وان لم ترتب فی هذه الآیة علی الوصیة الاولی المعهودة لکنها رتبت علی وصیة مطلقة حیث قیل من بعد وصیة یوصی بها فدخلت تلک الوصیة الاولی ایضا تحت اطلاق هذه الوصیة المنکرة فمن این یلزم انتفاء وجوب الوصیة الاولی حتی یلزم انتساخ الآیة الاولی بهذه الآیة وفائدة ترتیب المواریث علی الوصیة المطلقة دون الوصیة الاولی المعهودة فقط افادة تاخر المواریث عن الوصیة الشرعیة ایضا کما هو المذهب فی مقدار الثلث وعن هذا اورد القاضی البیضاوی فی تفسیره الآیة الاولی علی من قال کان هذا الحکم فی بدء الاسلام فنسخ بآیة المواریث بان قال فیه نظر لان آیة المواریث لا تعارضه بل تؤکده من حیث انها یدل علی تقدیم الوصیة مطلقا

قال ولا يجوز بما زاد على الثلث لقول النبي عليه السلام في حديث سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من الايثار على ما بينه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من اكبر الكبائر وفسره بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال الا ان يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم في حال حيوته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه

ثم ان بعض الفضلاء رد قول صاحب العناية لترتب هذه الوصية عليها في قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لترتب هذه الوصية عليها حيث قال ولعل هنا سهوا والعبارة الصحيحة لترتبه عليها انتهى اقول انما السهو في نفسه لان مراد صاحب العناية بهذه الوصية في قوله لترتب هذه الوصية هو الميراث ومراده بالوصية هنا وصية الله لا وصية العباد وكما في قوله تلك الوصية انما عبر عن الميراث بالوصية تأسيا بكلام الله تعالى فانه تعالى قال في اول آية المواريث يوصيكم الله في اولادكم وقال المفسرون اي يامركم ويعهد اليكم في شأن ميراثهم ثم قال تعالى في آخر تلك الآية وصية من الله فلم يكن في العبارة المذكورة سهو بل كان فيها لطافة وحسن **قوله** ولا يجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف قال بعض المتأخرين يعني ان هذا الحديث دل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث صراحة وقوله عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم الى آخره وان دل عليه ايضا لانه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقي ما فوقه على الاصل لكن لا بطريق الصراحة ولهذا استدل عليه بهذا دون ذاك انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ لا يخفى عليك ان قوله عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم الى آخره لا يدل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث لا صراحة وهو ظاهر ولا دلالة لان مفهوم المخالفة غير معتبر عندنا كما عرف وانما يدل على جواز الوصية بالثلث فجواز الوصية بما زاد على الثلث وعدم جوازها مسكوت عنهما بالنظر الى ذلك الحديث فلا معنى لقوله وقوله عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم الى آخره وان دل عليه ايضا ولا وجه لتعليل ذلك بقوله لانه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقي ما فوقه على الاصل فان بقاء ما فوقه على اصل القياس ليس بمدلول ذلك الحديث واصلا وانما هو مقتضى القياس فلا محال للاستدلال على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بذلك الحديث وقال ذلك البعض الا ان لقائل ان يقول نفي جواز الوصية بالكل والنصف واثبات جوازها بالثلث ان لم يدل صراحة على نفي جوازها بما بين النصف والثلث فالرجوع الى الاصل في هذا المقدار ضروري في الاستدلال بحديث سعد ايضا انتهى اقول هذا ايضا ليس بتام لان نفي جواز الوصية بالكل والنصف واثبات جوازها بالثلث وان لم يدل على نفي جوازها بما بين النصف والثلث الا ان قوله عليه السلام والثلث كثير بعد اثبات جوازها بالثلث بقوله الثلث بالنصب على تقدير اعط الثلث او الوصية الثلث او بالرفع على انه مبتدأ محذوف الخبر اي الثلث كان او على انه فاعل محذوف الفعل اي يكفيك الثلث يدل على نفي الزيادة على الثلث فان المراد به ان الثلث كثير لا يجوز التجاوز عنه اذ لا فائدة في ذكر قوله والثلث كثير بعد قوله الثلث سوى نفي جواز التجاوز عن الثلث فيحمل عليه لا محالة وقد اشار اليه المصنف في تقريره حيث قال لقوله عليه السلام في حديث سعد رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد نفي وصيته بالكل والنصف ولم يقل لحديث سعد رضي الله عنه فقول ذلك القائل فالرجوع الى الاصل في هذا المقدار ضروري في الاستدلال بحديث سعد رضي الله عنه ايضا ممنوع **قوله** ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم به واوضحه صاحب الكافي بان قال ولانه انعقد سبب زوال املاكه عنه الى غيره لان المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه ولو تحقق السبب لزال من كل وجه فاذا انعقد ثبت حق ورثته انتهى اقول في هذا التعليل قصور لانه انما يمشي فيما اذا وقعت وصيته حال مرضه لا فيما اذا وقعت حال صحته او لا ينعقد سبب الزوال اليهم في حال الصحة لعدم استغنائه عن ماله في حال صحته فلا توجب وصيته في تلك الحالة تعلق حقهم به فالاولى في تعليل هذه المسئلة ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الوصية وعند الموت حق الورثة متعلق بماله الا في قدر الثلث فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن ابطال حقهم وذلك لا يجوز من غير اجازتهم وسواء كانت وصيته في المرض او في الصحة لان الوصية ايجاب مضاف الى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام الى هنا نظر تدبر **قوله** الا ان يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث قال بعض المتأخرين في شرح قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث اراد لا يجوز في حق الفضل على الثلث بل في حق الثلث فقط لانه لا يجوز هذه الوصية اصلا وقال هنا فان قلت كيف جاز اعمال اللفظ الواحد في

لان الساقط متلاش كما اذا مات ابنه ليستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى

بعض رد له دون بعض وباي توجيه امكن ذلك حتى جازت في الثلث وبطلت في الفضل ان ردوا قلت يجعله في حكم وصايا متعددة بان يجعل مثلا قوله تعدد اوصيت لفلان بثلثي مالي في قوة اوصيت له بثلثه وثلثه الآخر ويجعل قوله اوصيت له بعشرة الاف درهم وقد كان ماله ثمانية الاف بمنزلة ان يقال اوصيت له بثمانية الاف وبالعين الى غير ذلك صيانة لكلام عاقل عن الغاية ما امكن وحذرا عن البطال حق يمكن اثباته بعقد صدر عن عاقل بلفظ يحتمله تصحيحه بضرب من التاويل فتدبر فان هذا مما يهم فهمه انتهى اقول حسب انه اتى بامر مبهم يتوقف عليه صحة معنى المقام ولم يدر انه انما ارتكب شططا فان صحة بعض اجزاء شيء واحد وفساد بعض آخر منه ليس بمستبعد لا بحسب العقل ولا بحسب الفقه الا يرى انهم صرحوا بانه اذا جمع بين عبد ومدبر في بيع بصفقة واحدة او جمع بين عبد ومكاتب او ام ولد فيه صح البيع في العبد بحصته من الثمن وفسد فيما ضم اليه من المدبر او المكاتب او ام الولد بناء على ان الفساد لقدر الفسد فلا يتعدى الى الآخر وكذا الحال فيما اذا جمع بين الاجنبية واخته في النكاح والمجوسية بحسب العقل انما يلزم ان لو كان محل الصحة والفساد واحدا واما اذا كان متعددا بان كان محل الصحة بعضا من شيء ذي اجزاء ومحل الفساد بعضا آخر منه كما في نحن فيه فلا محذور فيه عقلا اصلا فلا وجه لجعل وصية واحدة في حكم وصايا متعددة بلا امر داع اليه وصيانة كلام العاقل عن الالغاء ما امكن والحذر عن البطال حق يمكن اثباته بعقد صدر عن عاقل مما لا يدعو اليه اصلا فيما نحن فيه لان الغاء الوصية فيما فضل عن الثلث اذا رده الورثة واثباتها في مقدار الثلث ضروري على مقتضى الشرع سواء جعلت وصية بما زاد على الثلث بكلام واحد في حكم وصايا متعددة او ابقيت على حالها الظاهر من كلامه وبالجملة ما ذهب اليه ذلك البعض هنا امر وهمي لا اصل له كما ترى **قوله** لان الساقط متلاش قال الشارح قاطبة قول المصنف رح هذا تعليل لقوله فكان لهم ان يردوه بعد وفاته وتقريره لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية فكان لهم ان يردوا بعد الموت ما اجازوه في حال حيوة المورث انتهى اقول فيه اشكال اما اولا فلانه لا وجه لان يقال ان اجازتهم في حال حيوة المورث ساقطة لان اجازتهم في ذلك الوقت غير معتبرة اصلا كما صرح به فيما قبل وبينه والسقوط انما يستعمل فيما له ثبوت واعتبار في الاصل لكن زال ذلك لداع الا يرى انه لا يقال سقط حق غير الوارث عن مال المورث بل يقال لم يتعلق حقه اصلا واما ثانيا فلانه يلزم الفصل بين المدعى ودليله على تقدير كون قوله المذكور تعليلا لما ذكره بمسئلة اخرى مع دليلها وهي قوله بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه ولا يخفى ركاكته وبعده عن شان المصنف رح والحق عندي ان قول المصنف رح هذا تعليل لقوله قبله فليس لهم ان يرجعوا عنه يعني ان اجازتهم بعد الموت اسقاط لحقهم بعد ثبوته والساقط متلاش لما يعود فلم يتيسر لهم الرجوع عنه فحينئذ ينتظم اللفظ والمعنى كما لا يخفى **قوله** غاية الامر انه يستند عند الاجازة وفي بعض النسخ عند الاستناد لكن الاستناد يظهر في القائم وهذا قد مضى وتلاشى هذا جواب عن شبهة ترد على هذا التقدير وهي ان حق الورثة وان ثبت عند الموت الا انه يستند الى اول المرض فبالموت يظهر ان حقهم كان ثابتا قبل الموت فينبغي ان يصير اجازتهم في حال حيوة المورث بمنزلة اجازتهم بعد موته بسبب الاستناد فاجاب بان الاستناد انما يظهر في حق القائم كما في العقود الموقوفة اذا لحقها الاجازة فانها تصح اذا كان المعقود عليه قائما وكثبوت الملك في المغصوب عند اداء الضمان وهذا اي ما نحن فيه من الاجازة في حال حيوة المورث قد مضى وتلاشى لكونه لغوا وقته فلم يكن قائما فلا يظهر في حقه الاستناد هذا خلاصة ما في عامة الشروح والى هذا التقرير اشار فخر الاسلام في مبسوطه كما فصل في النهاية قال صاحب العناية في تقرير السؤال والجواب هنا فان قيل لا نسلم عدم مصادفة المحل فان حق الورثة ثبت في مال المورث من اول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين فلما مات ظهر انها صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد اجاب بقوله غاية الامر يعني ان حقهم وان استند الى اول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم يعني كما في العقود الموقوفة اذا لحقها الاجازة وكثبوت الملك في المغصوب عند اداء الضمان فان الملك يثبت فيهما مستندا الى اول العقد والغصب وهذا يعني ما نحن فيه من الاجازة

لان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا يبطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث واجازت البقية فحكمه ما ذكرناه

قد مضى وتلاشى حين وقع اذ لم يصادف محله فلم يلحقها الاستناد انتهى اقول فيه خلل فانه قال في اول تقرير السؤال لا نسلم عدم مصادفة المحل واستند الى منع ذلك بقوله فان حق الورثة ثبت في مال المورث من اول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين وقال في آخر تقرير الجواب تعليلا لقول المصنف وهذا قد مضى وتلاشى اذ لم يصادف محله وعدم مصادفة المحل هو الذي قد كان منع في اول السؤال فختم الجواب به مصادرة كما لا يخفى **قوله** ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق قال بعض الفضلاء ظاهره مخالف لما سبق آنفا من قوله اذ الحق يثبت عند الموت الا ان المراد هنا ثبوته بطريق الاستناد بخلاف ما سبق كما لا يخفى انتهى اقول منشأ توهم المخالفة الغفول عن قيد المجرد في قول المصنف ره وقبله يثبت مجرد الحق فان المراد به الحق الذي لا يجامع الحقيقة وهو الحق الذي لا يمنع تصرف المورث في الثلثين قبل موته كما تقرر من قبل في تعليل عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بدون اجازة الورثة الى آخره والمراد بالحق في قوله فيما سبق آنفا اذ الحق يثبت عند الموت هو الحق المجامع للحقيقة فلا مخالفة اصلا وانما الحق الثابت بطريق الاستناد فانما يتصور عند الموت لكون الاستناد فرع تحقق حقيقة الملك التي يثبت عند الموت فلا حاجة الى ان يحمل على ذلك قول المصنف ره وقبله يثبت مجرد الحق بل لا وجه له بالنظر الى ربطه بما بعده به كما نظر بالتأمل الصادق **قوله** فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله يعني فلو استند ملك الورثة الى اول المرض من كل وجه لانقلب الحق حقيقة قبل الموت وذلك باطل لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت قال صاحب العناية وانما قيد بقوله من كل وجه دفعا لتوهم من يقول حق الورثة متعلق بمال المورث من اول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب ان يظهر اثر ذلك التعلق في حق استقاطهم بالاجازة ايضا وجه الدفع انه لو ظهر اثر ذلك التعلق في ذلك ايضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر انتهى اقول لمانع ان يمنع استلزام ان يظهر اثر ذلك التعلق في حق استقاطهم بالاجازة ايضا انقلاب الحق حقيقة اصلا فضلا عن استلزامه انقلابا ما من كل وجه بجواز ان يظهر مجرد تعلق حقهم بمال المورث من اول المرض في كلا الامرين معا بدون ان ينقلب الحق حقيقة اصلا اذ لا ريب ان لزوم ذلك الانقلاب ليس ببديهي ولم يقم عليه برهان ولهذا وقع على اعتبار اجازتهم قبل الموت ايضا اجتهاد مالك وابن ابي ليلى والزهري والاوزاعي وعطاء وغيرهم كما ذكره ثم قال صاحب العناية فان قيل الوارث اذا عفا عن جارح ابيه قبل موت ابيه فانه يصح ويلزم من ذلك احد الامرين اما ان لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة واما ان لا يكون هذا القلب مانعا اجيب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمه لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فنحن بين امرين اما ان يبطل العفو عن الجارح نظرا الى عدم تحقق السبب واما ان تجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق وفي ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا يجوز الاجازة نظرا الى انتفاء التحقيقة وجاز العفو نظرا الى وجود الحق ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول انتهى اقول فيه خلل لان قوله فنحن بين امرين الى آخره مفرع على ما قبله ليس بسديد اما اولا فلان قوله واما ان تجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق مما لا مجال له بعد ان قرر فيما قبل ان ذلك يستلزم انقلاب الحق حقيقة وان انقلاب الحق حقيقة مانع اذا لم يتحقق السبب لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وان السبب لم يتحقق في صورة الاجازة قبل الموت بناء على ان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت واما ثانيا فلان قوله ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول غير تام لاقتضائه جواز العكس لو لا كون العفو مطلوب الحصول مع ان ما قرره فيما قبل وما ذكر في الكتاب يمنعان جواز ذلك اصلا وبالجملة لا مجال لربط قوله فنحن بين امرين الى آخره بما ذكره نفسه فيما قبله بل بما ذكر في الكتاب ايضا فالوجه ترك ذلك والاكتفاء في الجواب عن النقض بصحة عفو الوارث عن جارح ابيه قبل موت ابيه بما ذكره قبله كما فعله صاحب النهاية ومعراج الدراية ثم ان بعض الفضلاء اورد على قوله لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت بان قال وكذا السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق وقال ولذلك قال فنحن بين امرين الى آخره انتهى اقول ليس شيء من كلامه بمستقيم

وكل ما جاز بإجازة الورثة يملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي من قبل الورثة والصحيح قولنا لأن السبب صدر من الموصي والإجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض وصار كالمرتهن إذا أجاز بيع الراهن **قال** ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي رحمه الله تجوز للقاتل على هذه الخلافات أما الوصي والوصل لقوله قتل الموصي يبطل الوصية عند الشافعي لا تبطل وحجة عليه في فصلين مسألتنا وما إذا رمى إلى حربي فأسلم وقال أبو يوسف رحمه الله تجوز كالخطأ بالقتل الامتناع كالجنون

أما التسبب بالجرح فلأن الجرح فعل واحد صادر من الجاني لا تكرر فيه إلى أن يموت الجريح حتى قيل إن التسبب بالجرح يتصل بالموت بل إنما السبب الجرح الواحد الصادر عن الجاني المذكور إلا أنه يحتمل أن يكون قاتلا وغير قاتل وبالموت يظهر أنه قاتل بخلاف المرض فإن حاله القاتلية تتكرر وتتجدد إلى الموت فالقاتل منها هي التي تتصل بالموت فلم يكن سببا للموت فافترقا وأما قوله ولذلك قال فنحن بين أمرين آخرين فلأن التفريع ينافي ذلك كما لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام **قوله** وكل ما جاز بإجازة الورثة يملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي رحمه الله من قبل الوارث قال صاحب النهاية والغاية وجه قول الشافعي رحمه الله أن بقبل الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث لأن الميراث يثبت للوارث من غير قبوله ولا يرتد برده فإجازته تكون إخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا يتم إلا بالقبض انتهى وهكذا ذكر في الكافي أيضا أقول لقد قصروا في تقرير وجه قول الشافعي رحمه الله في مسألتنا هذه حيث قيد المال الذي صار مملوكا للوارث بقبل الموت بقدر الثلثين فلزم أن يتمشى فيما إذا كان بإجازة الوارث أقل من قدر الثلث أو كان قدر الثلث كما في صورة إجازة الوصية لوارث أو قاتل بأقل من الثلث أو بالثلث فإن الحكم في تلك الصورة أيضا داخل في كلية مسألتنا هذه مع عدم جريان ما ذكروا من الدليل الشافعي رحمه الله فيها كما ترى فالأولى في بيان وجه قول الشافعي رحمه الله ههنا ما ذكر في معراج الدراية من أن الشارع أبطل الوصية بما زاد على الثلث وللوارث وللقاتل والإجازة لا تعمل في الباطل فتكون هبة مبتدأة لأنها تمليك بلا عوض انتهى فإنه يعم الكل ثم إن الصحيح في هذه المسألة قولنا لما ذكر في الكتاب **قوله** ولا يجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل أقول لقائل أن يقول إن هذا الحديث مما يعارضه إطلاق قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين وعموم قوله عليه السلام إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تصدق بها حيث شئتم أو قال حيث شئتم كما مر ثم إن هذا الحديث من قبيل أخبار الآحاد فلا يصلح أن يكون مقيدا لإطلاق الكتاب قطعا على ما عرف في أصول الفقه وإن صلح صح أن يكون مخصصا لعموم ذلك الحديث الآخر فإنما يتصور ذلك عند ثبوت تأخر ورود هذا الحديث عن ورود ذلك الحديث وهو ليس بثابت قطعا فإذا لم يعلم التاريخ حمل على المقارنة فيلزم أن يتعارضا ويتساقطا في حق الوصية للقاتل كما هو مقتضى قاعدة الأصول على ما عرف في محله فمن أين يتم هذا الاستدلال بهذا الحديث على عدم جواز الوصية للقاتل قال في البدائع قال مالك تصح الوصية للقاتل واحتج بما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية في أول الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره ثم قال ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا وصية لقاتل وهذا نص ويروى أنه قال ليس لقاتل شيء ذكر الشيء نكرة في محل النفي فيعم الميراث والوصية جميعا وبه تبين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية انتهى أقول ليت شعري من أين تبين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية ومن شرط التخصيص أن يكون المخصص متأخرا عن العام في الورود وهو لم يثبت قطعا ولو ثبت تأخر هذا الحديث لم يصلح لأن يكون مخصصا لكتاب الله تعالى لكونه خبر الواحد ومن الدلائل المذكورة في أول الكتاب لجواز الوصية من غير فصل بين القاتل وغيره كتاب الله تعالى كما عرفته فكيف يكون القاتل مخصوصا منه **قوله** ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث قال في العناية ورد بأن حرمان الوارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب معاكسة الورثة مقاسمة قاتل مورثهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى فجاز القياس عليه والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم انتهى أقول لا الرد شيء ولا الجواب أما الأول فلأن التعليل المذكور في الكتاب لا يدل على قياس الحرمان عن الوصية مطلقا على الحرمان من الميراث حتى يرد بأن حرمان الميراث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الصورتين المزبورتين بل إنما يدل على قياس حرمان القاتل عن الوصية على حرمانه عن الميراث لعلة الاستعجال بفعل محظور وهو القتل ولا شك أن هذه العلة غير متحققة في صورتي الرق واختلاف الدين فلا يجري هذا القياس فيهما وأما الثاني فلأن كون حرمان القاتل عن الميراث بسبب معاكسة الورثة مقاسمة قاتل مورثهم في تركته ممنوع كيف ولو كان الأمر كذلك لجاز أن يرث القاتل عند إجازة سائر الورثة إياه وتركهم المعاكسة كما جازت الوصية له عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله

ولهما ان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث وانه لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال ولا تجوز
لوارثه لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية للوارث ولانه يتاذى البعض بايثار البعض ففي تجويزه
قطيعة الرحم ولانه خيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك
مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية لانها وصية حكما حتى تنفذ من الثلث

اذا اجازها الورثة وليس كذلك كما صرحوا به وايضا لو كان الامر كذلك لزم ان لا يحرم القاتل عن الميراث اذا لم يكن للمقتول وارث غير القاتل وليس كذلك قطعا والحق ان
سبب حرمان القاتل عن الميراث صدور جناية عظيمة عنه وهي القتل بغير حق فانه يستدعي العقوبة له بابلغ الوجوه وقد جعلها الشرع حرمانه عن الميراث والقاتل الموصى له اشارة
في هذا المعنى فجاز قياس حرمانه عن الميراث واليه اشار المصنف بقوله ولانه استعجل ما اخره الله تعالى يعني استعجله بارتكاب جناية عظيمة فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقد صرح بهما صاحب الهداية
حيث قال ولان القتل بغير حق جناية عظيمة فيستدعي الزجر بابلغ الوجوه وحرمان الوصية يصلح زاجرا كحرمان الميراث فيثبت انتهى ثم قال صاحب العناية ولعل التغني عن عهدة
كونه قياسا على طريقتنا اعسر جدا وسلوك طريق الدلالة اسهل انتهى اقول فيه بحث لان من شرط طريق الدلالة ان يكون المعنى الذي كان الحكم لاجله في المنطوق متحققا في
الملحق بالدلالة بطريق الاولوية او بالتساوي وتحقق ذلك فيما نحن فيه بالطريق المذكور ممنوع على اصل ابي حنيفة رح ومحمد رح فان المعنى المقتضي لحرمان القاتل على الميراث
لا يتغير ولا ينكسر باجازة الورثة اصلا ولهذا لا يرث القاتل سواء اجازته الورثة او لم يجيزوه بخلاف المعنى المقتضي لحرمانه عن الوصية فانه يتغير وينكسر باجازة الورثة عند
ابي حنيفة رح ومحمد رح ولهذا يصح الوصية له عندهما اجازتها الورثة كما استطلع عليه عن قريب فكان ذلك المعنى في حق الميراث اقوى منه في حق الوصية عندهما فلم يوجد شرط
طريق الدلالة في شان الوصية على اصلهما ثم اقول ههنا احتمال آخر وهو ان لا يكون مراد المصنف رح بقوله كما يحرم الميراث القياس الفقهي ولا الالحاق بطريق الدلالة
بل كان مراده به مجرد التنظير والتشبيه ويدل عليه انه لو لم يذكر قوله كما يحرم الميراث ليهم دلالة العقل بالاحتياج اليه فان استعجال القاتل ما آخره الله حرمه عظيم يستدعي حرمانه
عن الوصية مع قطع النظر عن استدعائه حرمانه عن الميراث وعلى هذا المعنى لا يتوهم الرد المذكور اصلا ويسقط الكلمات المتعلقة به بجد افيرها كما لا يخفى **قوله** ولهما ان الامتناع
لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث اقول اري دليلهما هذا ضعيفا جدا فان قوله ان الامتناع لحق الورثة ليس بظاهر على الاطلاق اذ قد تقرر
فيما مر ان الشرع لم يعتبر تعلق حقهم بقدر الثلث ولهذا اجازت الوصية بهذا القدر للاجانب وان لم يجزها الورثة وفيما نحن فيه لم تجز الوصية للقاتل بدون اجازة
الورثة فكيف يتصور ان يكون الامتناع في قدر الثلث ايضا لحقهم ثم ان تعليل ذلك بقوله لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ليس بتام لان
مجرد عود نفع بطلانها اليهم لو اقتضى كون الامتناع في الوصية لحقهم لاقتضى كونه في الارث ايضا لحقهم فلزم ان يجوز ارث القاتل ايضا باجازتهم عندهما ولم يقل
به احد قال في العناية فان قيل ما الفرق بينها وبين الميراث اذا اجازت الورثة حيث صحت في الوصية دون الميراث اجيب بان الاجازة تصرف من العبد
فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة الشرع لا صنع العبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد انتهى اقول فيه نظر
لان الكلام هنا ليس في نفس الوصية والميراث حتى يتم الفرق بينهما بان احدهما من جهة العبد والآخر من جهة الشرع بل انما الكلام هنا في ان حرمان القاتل
عن الوصية كحرمانه عن الميراث ام لا ولا شك انه لا فرق بين حرمانه عن الوصية وحرمانه عن الميراث في كونهما من جهة الشرع نظرا الى دليلهما وفي كونهما من جهة
العبد نظرا الى صدور سببهما وهو القتل عن العبد فما معنى ان تعمل الاجازة التي هي تصرف من العبد في ارتفاع احدهما دون الآخر وبعبارة اخرى ان الميراث
وان كان من جهة الشرع بدون صنع العبد الا ان حرمان القاتل عنه كان من جهة العبد حيث باشر القتل فكان فعله هذا مانعا عن ميراثه من المقتول فلم لا يجوز
ان تعمل الاجازة في رفع هذا المانع الذي كان من جهته ونصبه **قوله** ولانه خيف بالحديث الذي رويناه قال صاحب العناية قوله بالحديث الذي رويناه
اشارة الى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خص بعض اولاده في العطية انتهى اقول هذا خبط ظاهر من الشارح المزبور اذ لم تقدم المص رح في كتاب الهبة ذكر حديث فيمن خص بعض اولاده في العطية بل لم يتقدم
منه شيء ذكر تلك المسئلة قط فكيف يتصور احالة العلم هنا والصواب ان مراد المصنف رح هنا بقوله بالحديث الذي رويناه هو الاشارة الى ما ذكره في هذا الكتاب فيما يمضي عن قريب بقوله وقد جاء في
الحديث الحق في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث والوصية للوارث انتهى **قوله** واقرار المريض للوارث على عكسه قال صاحب النهاية ومعراج الدراية

واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار قال الا ان يجيزها الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما زاد كان لا منتاع لحقهم فيجوز باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض جاز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد

على عكس الوصية بتاويل الايصاء وقال صاحب النهاية اي على عكس الوصية بتاويل الايصاء المذكور ورد عليه التاويل الثاني بعض الفضلاء بان قال الوصية هي المذكورة بانها الا المذكور فالاولى او ما ذكر انتهى اقول رده ساقط لان الوصية انما يكون هي المذكورة فالاولى بتاء التانيث لا المذكور ان لو كان الالف واللام في اسم المفعول حرف التعريف وقد تقرر في علم الادب ان الالف واللام في اسم الفاعل واسم المفعول عند غير المازني من عامة ائمة العربية اسم موصول لا حرف تعريف وصلته اسم فاعل او مفعول فحينئذ يصير لفظ المذكور في معنى ما ذكر فيعود الضمير المستتر في اسم المفعول الى الموصول الذي هو الالف واللام ولا يلزم الحاق تاء التانيث بصلته لعدم علامة التانيث في لفظ ذلك الموصول فانه في اللفظ مفرد مذكر صالح للمثنى والمجموع والمونث ايضا كلمة ما وكلمة من كما صرح به نعم يجوز الحاقها باعتبار المعنى المراد بذلك هنا وهو الوصية لكن الامر في كلمة ما ايضا كذلك فلا فرق بين المذكور وما ذكر في جواز تذكير الصلة نظرا الى لفظ الموصول وجواز تانيثها نظرا الى المعنى المراد بالموصول وعن هذا ترى ثقات اهل العربية يؤولون المونث التي عبر عنها بضمير المذكر او باسم الاشارة المذكر في مواضع شتى من كتب علم البلاغة بل في التفاسير ايضا بالمذكور كما يؤولونها بما ذكر من غير فرق ثم ان كان المراد بقولهم تاويل المذكور في امثال هذا المقام ان يقال تاويل الشيء المذكور على ان يقدر الموصوف المذكر كان الامر اسهل وارتفع الاشتباه بالكلية ثم ان الشراح قاطبة قالوا في تفسير قول المصنف واقرار المريض للوارث على عكسه اي يعتبر في الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت قال صاحب النهاية بعد ذلك ان اعتبار وقت الاقرار دون الموت ليس على اطلاقه بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث واما اذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت ايضا ثم بين ذلك في مريض اقر لابنه العبد فاعتق فمات الاب حيث صح الاقرار لان وراثته تثبت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا وكسب العبد لمولاه بهذا الاقرار في المعنى حصل للمولى وهو اجنبي فلا يبطل لصيرورة الابن وارثا بسبب حادث واقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الاقرار تبين ان اقراره حصل لوارثه وذلك بطل هذا حاصل ما ذكره وقال صاحب العناية بعد نقل ما ذكر في النهاية على الوجه المزبور واري ان اطلاق المصنف ره يغني عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر في اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند الاقرار لكونه محرزا فلا يكون اقرار الوارث وكلا منافية والاخ ليس بمحروم فيكون وارثا عند الاقرار وان كان محجوبا والاقرار للوارث باطل انتهى اقول فيه نظر لان ارادة التوجيه ان يكون مراد المصنف ره بالوارث ما يعم المحجوب بقابل المحروم وليس بسديد اذ لو كان مراده بالوارث هنا ذلك لكان مراده بنفي قوله ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية ايضا ذلك ذا لا لم يتم قوله واقرار المريض للوارث عكسه فان باب الانعكاس انما تحقق عند اتحاد المراد بالوارث في الموضعين ولو كان مراده بالوارث هناك ايضا ذلك لفسد المعنى اذ لا يخفى ان الموصى له اذا كان محجوبا عن الميراث عند موت الموصي يجوز الوصية له كما يدل عليه قطعا ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه ونقله الشراح باسرهم عنه من قبل وهو انه لو اوصى لاخوته الثلثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية اثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن فان كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب وللاخ لام وبطلت للاخ لاب وام لانه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية للاخ لاب لانه لا يرثه وبطلت للاخ لاب وام وللاخ لام لانهما يرثانه انتهى فظهر ان المراد بالوارث هنا ما ثبت له الارث بالفعل بان لا يكون محروما ولا محجوبا فاحتيج الى التقييد في صورة الاقرار بما ذكره صاحب النهاية ثم ان صاحب العناية رد على صاحب النهاية هنا بوجه آخر حيث قال وذكر في وصايا الجامع الصغير لو ان المريض اقر لابنه بدين وهو نصراني او عبد ثم اسلم الابن او اعتق العبد ثم مات الرجل فالاقرار باطل لانه حين اقر كان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التي صار بها وارثا في ثاني الحال ثم قال فمن هذا عرفت ان ما ذكره بعضهم في شرحه منهو منه لا يصح نقله وهو انه قال اقر لابنه بدين وابنه عبد ثم اعتق ثم مات الاب هو من ورثته فاقراره بالدين جائز لان كسب العبد لمولاه فهذا الاقرار حصل من المريض في المعنى للمولى والمولى اجنبي منه انتهى اقول الساهي هنا صاحب العناية نفسه لان

قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية والثاني لانهم بعقد الذمة صاروا
المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحيوة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية

ذلك البعض الذي يسبب السهو اليه فان المص ره ذكر ما ذكره ذلك البعض نقلا عن كتاب الاقرار في فصل اعتبار حالة الوصية من باب الوصية بالثلث فيما سيأتي وعرف
صاحب الغاية ثمه بان الصدر الشهيد وغيره ذكروا ما ذكره المصنف ره هناك نقلا عن كتاب الاقرار فما قاله هنا من انه سهو منه لا يصح نقله غفول عن ذلك وسهو
من نفسه كما لا يخفى نعم ما ذكره ذلك البعض هنا يخالف ما في الجامع الصغير لكن لا يلزم منه السهو فانه مبني كلامه هنا على رواية كتاب الاقرار ومثل هذا لا يعبر
بغير في كلمات الثقات ثم ان تاج الشريعة بعد ان فسر قول المصنف ره واقرار المريض للوارث على عكسه بقوله اي يعتبر كونه وارثا وغير وارث وقت
الاقرار لا زمان الموت قال فلو كان وقت الاقرار وارثا لا يصح الاقرار وان صار وارثا زمان الموت
لان الاقرار ايجاب في الحال ولهذا يملك المقر له في الحال ويصح رده في الحال انتهى اقول فيه بحث فان قوله فلو كان وقت الاقرار وارثا
لا يصح الاقرار ان لم يكن وارثا زمان الموت مما ينافيه النص عليه الامام قاضيخان في فتاواه في فصل اقرار المريض من كتاب الاقرار حيث قال لو اقر
لوارث ثم خرج من ان يكون وارثا بان اقر لاخ له ثم ولد له ابن ثم مات المريض صح اقراره انتهى ثم ان البعض المتاخرين هنا كلمات مفصلة غير خالية عن الاختلال
في بعض مواضعها كما ذكرنا وبيان اختلالها مخافة الاطناب المل **قوله** قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر قال في الكفاية اراد به الذمي بدليل التعليل ورواية
الجامع الصغير ان الوصية لاهل الحرب باطلة انتهى اقول فيه ان قوله ويجوز ان يوصي المسلم للكافر لفظ القدوري والتعليل ورواية الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة هما من كلام
المصنف ره فكيف يصح جعل كلام المصنف ره دليلا على ارادة القدوري بالكافر الذمي دون مطلق الكافر كما هو الظاهر من لفظه على ان المراد باهل الحرب في
رواية الجامع الصغير هو الحربي الغير المستامن لان لفظ الجامع الصغير هكذا الوصية لحربي هو في دارهم باطلة كما ذكر في الكافي وغيره فيبقى الحربي المستامن خارجا عن
مسئلة الجامع الصغير فكيف يكون رواية الجامع الصغير دليلا على كون المراد بالكافر في لفظ الكتاب هو الذمي دون ما يعم الحربي المستامن وقد صرح في المحيط وغيره
بانه يجوز ان يوصي المسلم للحربي المستامن في ظاهر الرواية كما يجوز ان يوصي للذمي نعم يجوز ان يكون اختصاص التعليل الذي ذكره المصنف بالذمي دليلا على
حمل المصنف ره مراد القدوري بالكافر على الذمي وان لم يكن دليلا على ان يكون مراد القدوري بذلك في نفسه هو الذمي واما ذكر المصنف ره رواية الجامع
الصغير التي تختص بالحربي الغير المستامن فلا يكون دليلا على حمل المص ايضا اياه على الذمي فقط كما لا يخفى **قوله** وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة
قال شراح الجامع الصغير ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم فوجه التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغي ان يفعل وان فعل جاز ويثبت الملك لانهم
من اهل الملك انتهى واتفق اثرهم صاحب الكافي وشراح هذا الكتاب اقول والانصاف ان نقله باطلة في عبارة الجامع الصغير مما يأبى
التوفيق المذكور جدا اذ قد تقرر عندهم ان الباطل من العقود لا يفيد الملك بخلاف الفاسد منها فانه يفيد الملك عند تحقق القبض فلو كان المذكور في
الجامع الصغير نقله فاسدة بل نقله باطلة لكان لذلك التوفيق وجه وليس فليس ثم اقول لعل الرأي هنا رأي صاحب المحيط فانه لم يقيد قولهم
ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربي بل نقل ما ذكر في السير الكبير واستنبط منه بطلان الوصية للحربي حيث قال وفي شرح الطحاوي قالوا وذكر في
السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربي واختلف المشائخ فيه منهم من وفق بينهما ذكر في الاصل وبينما ذكر في السير فقال لا ينبغي للمسلم ان يوصي للحربي كما ذكر
في الاصل ولكن لو فعل جاز ويثبت الملك للموصى له كما ذكر في السير الكبير ومنهم من قال في المسئلة روايتان هكذا قالوا والمذكور في السير الكبير الى الوصية
للحربي باطلة وصورة المذكور ثمه لو اوصى مسلم لحربي والحربي في دار الحرب لا يجوز فان خرج الحربي الموصى له الى دار الاسلام بامان واراد اخذ وصيته لم يكن
له من ذلك بشيء وان اجازت الورثة لان الوصية وقعت بصفة البطلان فلا تعمل اجازة الورثة فيها فقد نص على عدم الجواز في اصل المسئلة ونص على البطلان

بالقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال حيوته او ردها فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا

في الفرع وانه دليل على بطلانها الى هنا لفظ المحيط قائل ثم ان صاحب الدرر والغرر بعد ان ذكر التوفيق ان المذكور في عامة الكتب وعزاه الى الكافي والنهاية قال اقول لا يخفى بعده بل وجه التوفيق ما يدل عليه قول الجامع الصغير وهو في دارهم فانه احتراز عن حربي ليس في دارهم وهو المستامن فان الحربي ما دام في دار الحرب ممن يقاتلنا بخلاف المستامن فانه ليس كذلك وهو المراد مما ذكر في السير الكبير انتهى كلامه اقول هذا كلام عجيب فان لفظ السير الكبير على ما نقله صاحب المحيط والوصي مسلم حربي والحربي في دار الحرب لا يجوز انتهى فكيف يمكن ان يكون المستامن هو المراد مما ذكر في السير الكبير **قوله** وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال الحيوة او ردها فذلك باطل قال بعض المتاخرين لا يخفى ان بيان وقت القبول حقه ان يقدم على بيان وجوب القبول فينبغي ان يقدم قوله والموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت فضلا عن ان يتوسط بينهما مسئلة استحباب الوصية بما دون الثلث انتهى اقول خبط ذلك القائل في تحريره هذا خبط عشواء لان بيان وقت القبول اذا كان حقه ان يقدم على بيان وجوب القبول فكيف يصح قوله فينبغي ان يقدم قوله والموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت لان الذي ينبغي ان يقدم انما هو ما حقه ان يقدم وهو بيان وقت القبول على مقتضى صريح كلامه المذكور فيلزم ان يكون الذي ينبغي عكس ما ذكره وذلك عين ما وقع في كلام المص فكانه اراد ان يقول لا يخفى ان بيان وجوب القبول حقه ان يقدم على بيان وقت القبول فخبط في تحريره حيث عكس الامر **قوله** ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم اقول لقائل ان يقول كما ان في التنقيص صلة القريب كذلك في التكميل صدقة على الاجنبي وفيما اذا كانت الورثة اغنياء كانت الصلة لهم هبة منهم والصدقة اولى من الهبة كما سيجيء التصريح به في تعليل كون الوصية بدون الثلث اولى من تركها فيما اذا كانت الورثة اغنياء او يستغنون بنصيبهم فينبغي ان يكون التكميل ايضا اولى من التنقيص فيما اذا كانت الورثة اغنياء لتلك العلة فما وجه التعميم هنا والجواب ان في التنقيص اصل صلة القريب لا زيادتها وفي التكميل زيادة الصدقة لا اصلها لتحقق اصلها بما دون الثلث بدون التكميل ففي اختيار التكميل تفويت صلة القريب عن اصلها اي بالكلية وليس في اختيار التنقيص تفويت الصدقة بالكلية بل فيه تفويت بعضها فكان في اختيار التنقيص العمل بالفضيلتين من فضيلة الصدقة وفضيلة صلة القريب وفي اختيار التكميل العمل بالفضيلة الواحدة فقط هي فضيلة الصدقة ولا ريب ان العمل بهما اولى من العمل باحدهما فقط **قوله** ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها اقول ولقائل ان يقول قد حكم فيما مر انفا بان الوصية بدون الثلث مستحبة سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء ولا شك ان المستحب هو الذي كان فعله اولى من تركه فما معنى الترديد هنا بان الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها والتفصيل بقوله قالوا ان كانت الورثة فقراء الى آخره والجواب ان الاستحباب في قوله سابقا ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث ليس بناظر الى قوله ان يوصي الانسان بدون الثلث اي بسبب الافادة في ذلك الكلام قيده لا نفسه كما دل معناه ان التنقيص عن الثلث في الوصية مستحب مطلقا وهذا انما يقتضي ان يكون التنقيص من الثلث في الوصية اولى من التكميل مطلقا ولهذا قال المصنف ره في تعليله لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم وهذا المعنى لا ينافي ان يكون ترك الوصية بالكلية اولى من التنقيص عن الثلث ايضا في بعض الصور فبين المصنف ره ذلك بما قالوا ان كانت الورثة فقراء او لا يستغنون بما يرثون فتركها بالكلية اولى وان كانوا اغنياء ويستغنون بنصيبهم فالوصية اولى فلم يكن ترديده تفصيلا بهذا مخالفا لما سبق انفا بل كان يلاحظ ذلك ورعايته على حاله هكذا ينبغي ان يفهم هذا المقام **قوله** لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح والكاشح العدو الذي ولى كشحه وهو ما بين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح هو الذي اضمر العداوة في كشحه وانما جعل هذا الشخص افضل الصدقة عليه مخالفة النفس وقهرها كذا في العناية وغيرها اقول فيه شيء وهو ان الحديث حينئذ انما يدل على افضلية الصدقة على ذي الرحم

وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه تكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى اولى لانه يتيقن بها وجه الله تعالى وترك نصف الوحدة الخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة او الصلة فيتقدر بين الخيرين قال والموصى له يملك بالقبول خلافا لزفر وهو احد قولي الشافعي وهو يقول الوصية اخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما انه انتقال تقرر بالارث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا ملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة خلافة حتى يثبت فيها هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول قال الا في مسئلة واحدة وهو ان يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بينا ان الملك موقوف على القبول كما لو كبوت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ برجعته وانما توقفت لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة قال ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع والابتداء بالاهم فالاهم الا ان يتبرع الغرماء لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحال المشروع لحقهم اليها قال ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية يفلح اذا بلغ وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له بطرفه الى نفسه في قبل الزلفى ولو لم تنفذ يبقى على غيره ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كانت وصيته في تجهيزه واقرار دفنه وذلك جائز عندنا

الكاشح لا على افضلية الصدقة على القريب مطلقا كما هو المطلوب فلا يتم التقريب وقد تنبه البعض الفضلاء حيث قال هذا الحديث لا يفي تمام المدعى ولذلك لا يصدره باداة التعليل انتهى الا ان قوله ولذلك لم يصدره باداة التعليل لا يجدي نفعا لان ذلك الحديث في مقام التعليل ههنا سواء صدرناه باداة التعليل او لم يصدره بها ولهذا صدره صاحب الكافي باللام حيث قال لقوله عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ثم ان بعض المتاخرين كانه قصد رفع ذلك القصور واصلاح المقام فقال في شرح قول المصنف ولما فيه من الصدقة على القريب هذا قياس من الشكل الاول كبراه مطوية وهي كل صدقة على القريب اولى من الصدقة على غيره اقيم دليلها مقامها وهو قوله وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح فانه بصريحه يدل على افضلية الصدقة على ذي رحم كاشح من الصدقة على ذي رحم غير كاشح وتخصيص الكاشح بذي الرحم يدل على افضلية الصدقة على ذي الرحم منها على غير ذي الرحم انتهى اقول ليس ذلك ايضا تاما فانا ان اغمضنا عن منع قوله فانه بصريحه يدل على افضلية الصدقة على ذي رحم كاشح من الصدقة على ذي رحم غير كاشح بمنع جدا قوله وتخصيص الكاشح بذي الرحم يدل على افضلية الصدقة على ذي الرحم منها على غير ذي الرحم فان تخصيص الكاشح بذي الرحم انما يدل على ان لكون المتصدق عليه ذا الرحم تاثيرا في افضلية الصدقة كما ان لكونه كاشحا تاثيرا فيها ولا يلزم منه ان يكون التصدق على ذي الرحم الغير الكاشح افضل من التصدق على ذي الرحم الكاشح لان في كل منهما انتفاء احد سببي الافضلية المستفادين من الحديث المزبور فمن اين يعلم افضلية احدهما من الآخر تامل تفت **قوله** وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى اولى اقول لمانع ان يمنع كون الوصية صدقة على الاجنبي مطلقا والاجنبي الموصى له قد يكون غنيا ايضا فلم يثبت اولوية الوصية من تركها على الاطلاق فيما اذا كانت الورثة اغنياء او يستغنون بنصيبهم فتدبر **قوله** ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية صورة الاول ان يشتري المريض شيئا ويوصي به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فانه لا يرده على بائعه وصورة الثاني ان يوصي بجميع ماله لانسان ثم باع شيئا من التركة ووجد المشتري به عيبا لا يرده على الموصى له انتهى اقول في تصوير الثاني بما ذكروا نظر لان الموصي اذا باع شيئا من الموصى له يصير راجعا عن وصيته كما سيجيء تفصيله عن قريب ففي الصورة المذكورة يكون عدم ثبوته ولاية رد المشتري ما اشتراه من الموصي على الموصى له بالعيب لرجوع الموصي عن وصيته بما باعه من التركة ببيعه وعدم تعلق حق الموصى له بذلك بعد تحقق الرجوع عن الوصية لا لكون الوصية اثبات ملك جديد فلا يتم التقريب **قوله** ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع اقول هذا التعليل منقوض بالوصية بحج والزكوة والكفارات فانها واجبة على ما صرحوا به فالاولى في التعليل المبسوط بان يقال بانه حق العبد واداؤه فرض والوصية تكون لطريق التبرع في الغالب وقد يكون لطريق الوجوب وذلك فيما اذا كانت لاداء حقوق الله تعالى كالحج والزكوة ونحوهما واياما كان يقدم الدين عليها اما في الشق الاول فظاهر لان اداء الدين فرض والفرض مقدم على التبرع لا محالة واما في الشق الثاني فلان الدين حق العبد وحق العبد يقدم على حق الله اذا اجتمعا لاحتياج العبد دون الله تعالى كما عرف في محله **قوله** والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم يعني كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازا لتسمية الشيء باسم ما كان عليه كذا في العناية وغيرها او كانت وصيته في تجهيزه واقرار دفنه وذلك جائز عندنا قال صاحب العناية وفيما نظر عندي لانه صرح الراوي لانه اوصى لانه عم له بمال فكيف يسمى ذلك وصية تجهيز نفسه وكيف يتخيل ان يقال انه كان ادرك لكن يسمى غلاما مجازا الا ان صح في رواية الحديث انه كان غلاما لم يحتلم انتهى وذكر صاحب العناية حاصل نظره والجواب عنه حيث قال ورد انه صح في رواية الحديث انه كان غلاما لم يحتلم وانه اوصى لانه عم له بمال فكيف يصح التاويل بكونه يافعا مجازا او بكون الوصية في تجهيز واقرار الدفن واجيب بان قوله كان غلاما لم يحتلم معنى انه لم يحتلم حقيقة فيجوز ان يكون

وهو يجيز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بطلاق فانه لا يملكه ولا وصيه وان كان يتفق نافذا في بعض الاحوال وكذا الوصي هو مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا ادركت فثلث مالي لفلان وصية لقصور اهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما مستتمة والبالغ حق المولى فصح اضافته الى حال سقوطه قال ولا تصح وصية المكاتب ان ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول ابي حنيفة رح لا تصح عندهما تصح رح قال مكاتب يقول كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيهما معروف عرف في موضعه

الراوي نقله بمعناه وقوله انه اوصى لانه عم له بمال لا ينافي ان يكون مما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه انتهى اقول ليس ذاك الجواب بسديد اما اولا فلانه اذا كان لفظ البكر في الاثر المزبور مجازا عمن كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير كان معنى النافع حقيقة غير مراد في ذلك الاثر بل غير واقع في اصل القصة فلو كان الراوي نقله بمعناه الحقيقي لزم ان يكذب في مسئلة ولا يخفى ما فيه واما ثانيا فلان قوله وقوله انه اذا اوصى لانه عم له بمال اياه لا ينافي ان يكون مما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه ممنوع جدا لان معنى اوصى له بمال ملكه اياه وما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه لا يكاد ان يكون ملكا لغيره كما لا يخفى نعم لو كان المروي في الاثر انه اوصى الى ابنه عم له الكلمة الى يدل كلمة اللام لم يلزم التنافي لان معنى اوصى اليه جعله وصيه فيجوز ان يكون ابنه عمه وصيه في تجهيزه وامر دفنه ولما كان المروي في ذلك انه اوصى لانه عم له بمال لم يبق للتاويل المذكور مجال قوله وهو يجيز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه قال في العناية قوله وهو يجيز الثواب جواب عن قوله ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى وقوله كما بيناه اشارة الى قوله فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب الى آخره فانه يفيد اما افضلية الترك في الثواب او تساويهما فيه انتهى اقول فيه اشكال لانه ان اراد ان قوله كما بيناه اشارة الى قوله فالترك اولى لما فيه من الصدقة الى آخره اي الى آخر تعليل تلك المسئلة وهو ما منتهى عند قوله وان كانوا اغنيا يلزم ان لا يتم كلام المصنف ره ههنا فانه انما يتمشى في صورة ان كانت الورثة فقراء فلا يحصل الجواب عن قول الشافعي رح ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى في صورة ان كانوا اغنيا ويلزم ان لا يصح قول الشارح فانه يفيد اما افضلية الترك في الثواب او تساويهما فيه اذ الافضلية متعينة حينئذ فلا معنى للترديد وان اراد بقوله الى آخره الى قوله والموصى به يملك القبول ليتناول صورة ان كانوا اغنيا ايضا يلزم ان لا يجري كلام المصنف ره ههنا وكلام الشارح ايضا في صورة ان كانوا اغنيا الا على القول الضعيف المذكور هناك يقبل وهو التخيير بين الوصية وتركها لا على القول المختار المذكور هناك اولا وهو كون الوصية اولى من تركها وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن نوع من الاختلال قال بعض المتاخرين ههنا بعد نقل ما في العناية وفيه ان التساوي مبني على قول ضعيف كما سبق ولا حاجة اليه في المقصود انتهى اقول ان قوله ولا حاجة اليه في المقصود ليس بصحيح اذ لا افضلية في الترك في صورة ان كانت الورثة اغنيا بل الافضلية فيها للوصية على القول المختار او الوصية وتركها سيان فيها على القول الضعيف كما تقرر فيما سبق والمقصود ههنا هو الجواب عن قول الشافعي ره ولانه نظر اليه بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولا ريب ان ذلك المقصود لا يحصل بقول المصنف ره ههنا وهو يجيز الثواب بالترك على ورثته في صورة ان كانوا اغنيا الا بالتشبث بالقول الضعيف في تلك المسئلة وهو تساوي الوصية وتركها اذ على القول المختار فيها يكون الوصية افضل فلا يتيسر احراز الثواب بتركها فتحققت الحاجة الى ذكر التساوي ليتم الجواب بالنظر الى تلك الصورة ايضا وعن هذا اورد بعض الفضلاء على ما في العناية ما اورده ذلك البعض ولم يذكر المقدمة القائلة ولا حاجة اليه في المقصود حيث قال فيه بحث فان التساوي فيه ضعيف ولذلك اورده المصنف ره بصيغة التمريض قوله ويجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر وقت الوصية اي يجوز الوصية للحمل مثل ان يقول اوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة وبالحمل كما اذا اوصى بما في بطن جاريته ولم يكن منه لكن بشرط ان يعلم انه موجود في البطن وقت الوصية له او به بان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي وصححه الاسبيجابي في شرح الكافي واختاره المصنف ره او من وقت موت الموصي بان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت موته على ما ذكره الفقيه ابو الليث في نكته الوصايا والامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واختاره صاحب النهاية هذا زبدة ما في العناية وغاية البيان قال بعض المتاخرين بعد ان شرح المقام بهذا المنوال اقول ليس معنى هذا الاختلاف على الاختلاف في انه هل يكفي في صحة الوصية وجود الموصى له وبه وقت موت الموصي اولا بد مع ذلك من وجودهما وقت الوصية ايضا لاتفاق مشائخنا على ان الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية ايضا لانها تمليك بعد الموت فلا بد من وجودهما اذ ذاك دون وقت الايجاب بدليل ما ذكره الامام قاضيخان وسيجيء ايضا انه لو قال اوصيت بثلث مالي

قال وتجوز الوصية للحمل والحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله وانه جائز
صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ الوصية اخت الارث الا انه يرتد بالرد بخلافه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض لا ولاية لاحد عليه ليملكه شيئا

لفلان وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصى له ثلث ما ترك وبدليل ما ذكره صاحب المحيط نقلا عن الاصل انه اذا اوصى بثلث ماله لبني فلان وليس لفلان
ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصى كان الثلث للذين حدثوا من بنيه فتبين ان منشأ الاختلاف ليس بذلك بل خصوصية في المسئلة اعتبرها
الطحاوي ولم تبينه لها غيره وهي ان المفهوم عرفا ولغة اذا قيل اوصيت لما في بطنها بكذا كونه موجودا في بطنها وفسد لان المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في هذا الوقت
الى هنا كلام ذلك البعض اقول فيه اختلال فاحش فان قوله لاتفاق مشايخنا على ان الشرط لصحتها وجودها وقت الموت فقط لا وقت الوصية ممنوع
كيف وقد وضع في المحيط والذخيرة فصل علمه لبيان ان المعتبر لصحة الايجاب في الوصايا وجود الموصى به يوم موت الموصى او وجوده يوم الوصية وذكر هناك ان حاصل
هذا الفصل ان الموصى به اذا كان معينا يعتبر لصحة الايجاب وجوده ويوم الوصية حتى ان من اوصى لانسان بعين لا يملك ثم ملكه يوما من الدهر لا تصح الوصية
واذا كان العين الموصى بها في ملك الموصى يوم الوصية فالوصية تتعلق به حتى اذا هلك ذلك العين تبطل الوصية ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع في
بعض التركة فكذلك يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصى به يوم الوصية وتتعلق الوصية به فلو قال اوصيت لك بثلث غنمي او بشاة من غنمي وليس في ملكه غنم يوم الوصية
لا تصح الوصية حتى لو وجدت للموصى اغنام بعد ذلك قبل ان يموت لا يكون للموصى له من الاغنام الحادثة شيء ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة
يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصى به يوم موت الموصى فاذا اوصى الرجل بثلث ماله وله مال فهلك ذلك المال واكتسب مالا غيره فان ثلث مال الذي اكتسبه للموصى له
ولم تتعلق الوصية بالمال الموجود يوم الوصية حتى لا تبطل بهلاكه انتهى فقد ظهر بذلك ان المعتبر لصحة الايجاب في اكثر اقسام الوصايا وجود الموصى به وقت
الوصية لا وقت الموت فلا معنى لقوله لاتفاق مشايخنا على ان الشرط لصحتها وجودها اي وجود الموصى له وبه وقت الموت فقط لا وقت الوصية ايضا وقوله
في تعليل ذلك لانها تمليك بعد الموت فلا بد من وجودها اذ ذاك دون وقت الايجاب وليس بتام لان بسبب الاستحقاق هو الوصية فيجوز ان يعتبر وجودها
وقت وجود ذلك السبب كما يجوز ان يعتبر وجودها وقت تحقق الحكم وهو الملك ومن هذا نشأ الاختلاف الواقع بين المشايخ على ما مر من قبل وقوله بدليل ما ذكره
الامام قاضيخان وسيجيء ايضا انه لو قال اوصيت بثلث مالي لفلان وليس له مال ثم استفاد مالا كان الموصى له ثلث ما ترك ليس بصحيح لان ذلك انما يكون دليلا
على كون المعتبر وقت الموت فيما اذا كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما هو الحال في قوله اوصيت بثلث مالي لفلان لا فيما اذا كان الموصى به
معينا كما فيما نحن فيه وعن هذا قال صاحب النهاية وغيره في شرح تلك المسئلة التي سيجيء في الكتاب هذا اذا كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما في
اسم المال واما اذا كان معينا في نوع من المال فالحكم بخلافه ونقلوا عن الذخيرة ما نقلناه عن المحيط والذخيرة من التفصيل فيما مر آنفا وقوله وبدليل ما ذكره صاحب المحيط
نقلا عن الاصل انه اذا اوصى بثلث ماله لبني فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصى كان الثلث للذين حدثوا من بنيه
ليس بتام لان ما ذكره صاحب المحيط هناك جواب ظاهر الرواية ولا يلزم منه ان يكون الجواب في غير ظاهر الرواية ايضا كذلك سيما عند الطحاوي فمن اين ثبت
الاتفاق بذلك وعن هذا قال صاحب البدائع لم يعتبر ذلك من وقت الموت في ظاهر الرواية وعند الطحاوي من وقت وجود الوصية انتهى وقوله فتبين ان منشأ
الاختلاف ليس بذلك بل خصوصية في المسئلة اعتبرها الطحاوي ولم تبينه لها غيره وهي ان المفهوم عرفا ولغة اذا قيل اوصيت لما في بطنها بكذا كونه موجودا
في بطنها وقت الموت لا يصح اذ لا نسلم هذا ان المفهوم عرفا ولغة اذا قيل اوصيت لما في بطنها بكذا كونه موجودا وقت موت الموصي
لثبوت حكم الوصية عند موته وكيف يتصور من اساطين الفقهاء اصحاب ظاهر الرواية ان لا يفهموا الا يفهم من الكلام عرفا ولغة ولا يثبت ان يتسبب له
اذا لم يفهم الفقهاء عن شيء من اللغة والعرف فضلا عن الغفلة عنهما معا وقوله لان المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في هذا الوقت بحكم بحت بل المعنى لما ثبت وتحقق

[illegible]

[illegible] وقت الوصية او في وقت الموت فامر خارج عن مفهوم نفس اللفظ وانما المعين له سنة

اخر هو محل الاجتهاد بين الفريقين وقد بينه صاحب البدائع بان قال وجهه ما ذكره الطحاوي ان سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وقت وجوده ووجه ظاهر الرواية

ان وقت نفوذ الوصية واعتبار في الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده فيه ذلك الوقت انتهى ثم ان ذلك البعض قال واعلم ان كلام صاحب الكافي هنا انظر بالاتيان

دل اوله على ان اعتبار المدة من وقت الوصية فيه اي في الموصى له وبه آخره دل على انه من وقت الموت اذا كانت الوصية للحمل ولم نظر لي وجهه انتهى اقول ان صاحب الكافي

قال في اول كلامه ويجوز الوصية للحمل بالحمل ان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية ثم قال في آخره واما الثاني فلانه يجري فيه الوراثة فيجري فيه الوصاية

لما مر ان الوصية اخت الميراث وقد تيقنا بوجوده يوم الموت حتى جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من يوم الموت انتهى فيجوز فيه الوجهان احدهما ان يكون المعنى

مقدارا في قوله من وقت الوصية فيكون المعنى من وقت وجوب الوصية ولا يخفى ان وقت وجوب الوصية هو وقت موت الموصي فيوافق اول كلامه آخره وقد اشار

صاحب معراج الدراية الى تاويل كلام المصنف بهذا الوجه ليوافق كلام ما ذكر في المبسوط وثانيهما ان يكون مراده بايراد آخر كلامه مخالفا لاوله هو الاشارة الى وقوع الروايتين في

تعيين اول المدة التي يعلم بها وجود الحمل في البطن وقد خفي على ذلك البعض كل من ذينك الوجهين حيث قال لم نظر لي وجهه ثم انه اخطأ في قوله وآخره دل على انه من

وقت الموت اذا كانت الوصية للحمل فان الذي في آخره انما هو الوصية بالحمل لا الوصية للحمل لانه قال فيه واما الثاني ولا ريب ان الثاني في قوله ويجوز الوصية للحمل بالحمل

هو الوصية بالحمل ثم ان الزيلعي قال في شرح الكنز وذكر في الكافي ما يدل على انه ان اوصى له يعتبر من وقت الوصية وان اوصى به يعتبر من وقت الموت انتهى اقول

ليس ذلك ايضا بسديد لان عبارة الكافي في اول الكلام هكذا ويجوز الوصية للحمل وبالحمل ان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية ولا يخفى ان قوله من وقت

الوصية ان لم يتعلق بقوله بالحمل فقط لكونه قريبا منه فلا اقل من ان يتعلق بمجموع قوله للحمل وبالحمل فمن اين يدل ذلك على اختصاص الاعتبار من وقت الوصية

بما اذا اوصى له نعم ما ذكره صاحب الكافي في آخر كلامه يدل على كون الاعتبار من وقت الموت فيما اذا اوصى بالحمل وهذا يرى المخالفة بين اول كلامه وآخره

والمخلص ما بيناه آنفا من احد الوجهين فتعتبر قوله واما الثاني فلانه يعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية قال صاحب العناية في شرح هذا

المحل واما الثاني وهو الوصية به فلانه اي الحمل يعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية او الموت

وذلك ليعلم وجوده وقت الوصية لا محالة انتهى اقول فيه خلل ظاهر فان زيادة قوله او الموت في قوله من وقت الوصية او الموت مع كونها غير مطابقة للمشروح يقتضي ان الاصح قوله وذلك ليعلم وجوده

الوصية لا محالة اذ على تقدير ان وضعته لاقل من ستة اشهر من وقت موت الموصي لا يعلم وجوده وقت الوصية اصلا فيما اذا مضت بين الوصية والموت مدة يصير

زمان وضع الحمل اكثر من ستة اشهر من وقت الوصية وهذا ما لا ستره به قوله ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول

الحمل لفظا ولكنه يلحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح اقرارها اقول لقائل ان يقول هذا التعليل منتقض بصورة البيع فانه اذا باع جارية الا حملها

فسد البيع مع امكان جريان مقدمات هذا التعليل هناك الا ان يقال انما فسد البيع لا لاصل وهو انما لا يصح افراده بعقد لا يصح استثناؤه من ذلك العقد والحمل

مما لا يصح افراده بالبيع فلا يصح استثناؤه منه كما صرح في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع بخلاف الاصل في الوصية فان افراد الحمل بالوصية يصح فكذا استثناؤه

منه كما سيأتي في التعليل الثاني لا يقال ذلك الفرق موجب التعليل الآتي وكلامنا في هذا التعليل الاول فلا يصغى الى ما قاله ثم ان صاحب العناية قال في شرح

اول هذا التعليل لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لانه ليس بجارية له ولا يدخل في الموضوع ولا يتناول اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية كقفيزها

وسرواليها ما ليس بهما انتهى اقول مقتضى تقريره هذا ان يكون قول المصنف ردا لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا اصغى القياس من الاول كبرى قطعية

وقال ابو يوسف رح يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا

وهي قوله وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية وان يكون ذلك القياس وحده دليلا مستقلا على صحة استثناء الحمل في مسئلتنا هذه لكن فيه بحث وهو انه كيف يتم الاستدلال بعدم تناول اسم الجارية للحمل على صحة استثنائه منها ومعنى الاستثناء يقتضي خلاف ذلك فان معناه هو الاخراج عما يتناوله صدر الكلام كما هو المتعارف او المنع عن دخول البعض ما تناوله صدر الكلام كما اختاره صاحب التوضيح وقال المصنف رح في باب الاستثناء من كتاب الاقرار الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وعلى كل حال من التعبيرات فتناول صدر الكلام للمستثنى مما لا بد منه في الاستثناء الحقيقي الذي هو المتصل واما المنقطع فصيغة الاستثناء مجاز فيه كما عرف في محله سيما في كتب الاصول ويمكن ان يقال ان صيغة الاستثناء وان كانت مجازا في المنقطع الا ان لفظ الاستثناء حقيقة اصطلاحية في القسمين معا كما نص عليه صاحب التلويح في فصل الاستثناء فحينئذ ان يراد بالاستثناء المذكور في هذه المسئلة هو الاستثناء المنقطع وهو لا يقتضي تناول صدر الكلام للمستثنى بل ينافي ذلك فيتم التقريب وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وفيه اشارة الى ما يقال الحمل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد او الرجل لم يجز فكذلك الحمل وذلك لان اسم الجارية يتناولها انتهى واعترض بعض الفضلاء على قوله لان اسم الجارية يتناولها حيث قال ان اراد مفهوما فليس كذلك وان اراد تبعا فالحمل كذلك انتهى اقول هذا في غاية السقوط اذ لا شك ان المراد ان اسمها يتناولها مقصودا وقوله فليس كذلك في الحديث ليس بشيء اذ لا ريب ان اسم الجارية فيما اذا قال اوصيت بهذه الجارية يتناولها بجميع اجزائها الحقيقية مقصودا اذ لا معنى لا يصال الجارية بدون يديها او رجليها او نحو ذلك لامتناع الانتفاع بها بدون اجزائها الحقيقية لعدم انفكاكها عنها بخلاف الحمل فانه ليس جزءا منها حقيقة قبل الانفصال ايضا بل هو بمنزلة الجزء منها عند اتصاله بها كما صرح به المصنف رح في البيوع ويمكن انفكاكه عنه بوضعها اياه فجاز ان لا يكون مقصودا عند ايصائها كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية فان قيل كيف يصح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ فالجواب ان صحته باعتبار تقرير ملك الموصى فيكون كما لو قال اوصيت لفلان بالف درهم الا درهما فان الوصية في الالف صحيحة والاستثناء ايضا صحيح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه من المستثنى منه فانه لم يكن داخلا انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه صرح في كتاب الاقرار ان ما لا يتناوله اللفظ مقصودا بل يدخل فيه تبعا لا يصح استثناؤه لان الاستثناء تصرف لفظي ولو صح الاستثناء باعتبار تقرير الملك لصح في الاقرار ايضا استثناء البناء من الدار والفص من الخاتم والنخلة من البستان ظاهرا في الفرق انتهى وقصد بعض المتاخرين الجواب عنه فقال فان قلت يشكل حينئذ ما ذكروه في كتاب الاقرار انه لو قال هذه الدار لفلان الا بناءها فانه لفلان المقر له الدار والبناء لان الدار اسم لما اديرت عليه الحيطان والبناء يدخل تبعا والاستثناء انما يصح مما يتناوله الكلام قصدا لا تبعا فلم حكموا ببطلان الاستثناء هناك ولم يصححوه باعتبار تقرير الملك كما صححوا به ههنا قلت انما لم يصححوا ذلك لاستلزامه ابطال حق ثبت بالاقرار ولم يلزم ذلك في الوصية لانها تبرع يصح الرجوع عنه غاية ان يحمل الاستثناء على الرجوع عنها في حق الثالث انتهى اقول جوابه ليس بمستقيم فان ابطال حق ثبت بالاقرار انما يلزم في تلك المسئلة المذكورة في كتاب الاقرار على تقدير ان لا يصح الاستثناء فيها فلا يلزم ابطال ذلك اصلا اذ يصير الاقرار حينئذ مخصوصا بما عدا البناء اذ قد تقرر في مباحث الاستثناء ان حكم الكلام يتوقف فيما وقع فيه الاستثناء على تمام الكلام بذكر المستثنى فيثبت الحكم فيما عدا المستثنى فيصير معنى قوله مثلا هذه الدار لفلان الا بناءها على تقدير ان يصح الاستثناء غير بناء هذه الدار لفلان وبهذا يندفع التناقض المتوهم بين اول الكلام وآخره في امثلة الاستثناء وقد ظهر انه لو صح الاستثناء في مسئلة الاقرار لم يستلزم ذلك ابطال حق ثبت بالاقرار فظهر انه ان لم يحمل الاستثناء فيما نحن فيه على الرجوع عن الوصية في حق الثالث ليس بمفيد ايضا اذ لو كان الامر كذلك لاحتيج الى شيء من التعديل الذي ذكره في المسئلة السابقة ولزم ان يكون في كلامه تقدير الشرط ايضا ولم يلزم في هذه المسئلة جواز الرجوع عن الوصية بتفاصيله وانفاذه بعينه هذه المسئلة قوله وقال ابو يوسف رح يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا قال بعض المتاخرين قلت هذا كلام ظاهر والا فالنفي في الرجوع عنها بمعنى فسخها ورفعها وفي الجحود بمعنى سلبها ونفي وقوعها واين هذا من ذاك

وكما يستدعي ان يجحد نفي الشيء كالانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا اذ لا يمكن الرجوع عما ثبت في الماضي ونفي في الحال الجحود نفي في الماضي ولو قال لا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حر او دبره لا يكون رجوعا لان الوصف يستدعي ثبوت الاصل فيكون ما اذا قال في باطله لانه اذا صحت التلاشي ولو قال اخرجه لا يكون رجوعا لان التدبير ليس بمسقط كتدبير الذي يخرج من ثلث تركته لانه اسقاط ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر كان الثاني يحتمل الشركة واللفظ مسلم لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الآخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فبقي الاول ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصي فهي للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت والله اعلم

اقول ليس المراد بقول ابي يوسف ان جحود الوصية يكون رجوعا عنها ان الجحود والرجوع متحدان معنى بل المراد انهما متحدان حكما وهو ابطال الوصية بان لا يثبت الملك للموصى له في تركة الموصي فكون النفي في الرجوع بمعنى النسخ وفي الجحود بمعنى سلب الوقوع انما ينافي الاتحاد في المعنى لا الاتحاد في الحكم وبنى استدلاله المذكور على الثاني دون الاول فلا محذور على ان ما ذكره ذلك البعض على تقدير وروده انما يؤول الى ما ذكره المصنف رح في التعليل الثاني لمحمد رحمه الله كما لا يخفى على المتأمل فالاوجه النسبة الى نفسه بقوله قلت قوله ولمحمد رح ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا قال صاحب العناية في شرح هذا التعليل لمحمد رح ان الجحود وهو ان يقول لم اوص لفلان او ما اوصيت له نفي في الماضي لكونه موضوعا لذلك والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لاستمرار ذلك الى الشهادة ما لم يغير واذا كان الكذب ثابتا في الحال لكونه كاذبا في جحوده اذ الفرض انه اوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغوا انتهى اقول فيه خلل اما اولا فلانه جعل اسم كان في قول المص واذا كان ثابتا في الحال الكذب وليس بمستقيم لان الكذب مما لم يتقدم ذكره في كلام المصنف رح لا لفظا ولا معنى ولا حكما فكيف يصح ان يكون اسم كان في قوله المذكور ضميرا راجعا الى الكذب واما ثانيا فلانه لو كان المراد ذلك لزم ان يكون قول المصنف رح في الحال في قوله واذا كان ثابتا في الحال مستدركا كما لا طائل تحته فان ثبوت الكذب في الجحود يقتضي كون الجحود لغوا من غير فصل بين ان يكون ثبوت ذلك في الحال او في غيره من الازمان واما ثالثا فلانه لو كان المعنى ذلك لما تحقق فائدة قول المصنف رح والانتفاء في الحال ضرورة ذلك فانه اذا كان الكذب في جحوده ثابتا بناء على كون الفرض انه اوصى ثم جحد كان جحوده لغوا باطلا لا حكم له اصلا سواء كان الانتفاء في الحال من ضرورة ذلك او لم يكن من ضرورته ثم قال صاحب العناية وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله واذا كان ثابتا في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة على المطلوب فتأمل انتهى اقول فيه نظر لان المصادرة على المطلوب انما يلزم ان لو كان معنى كلام المصنف رح واذا كان الوصية او الحق ثابتا في الحال بعدم كون الجحود لغوا وليس معناه ذلك بل معناه واذا كان الايصاء الجحود ثابتا في الحال لكونه كاذبا في جحوده اذ الفرض انه اوصى فيما مضى ثم جحد كان الجحود لغوا حيث كان النفي الماضي باطلا لظهور الكذب فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال ولا مصادرة في هذا كما لا يخفى على ذي مسكة قوله

اولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة قال في العناية فيه نظر من وجهين احدهما انه قال في الدليل الاول ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وههنا قال والجحود نفي في الماضي والحال وبينهما تناقض والثاني انه لا يلزم من عدم كون الجحود رجوعا عدم جواز استعماله فيه مجازا صونا لكلام العاقل عن الالغاء والجواب عن الاول لان قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعا وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعا وهو الاول فلا ينافي وعن الثاني بان الرجوع والجحود بالنظر الى الماضي متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية على ما قررناه في الانوار والتقرير انتهى اقول يرد على جوابه عن النظر الثاني ان جواز استعمال الجحود في الرجوع جوازا لا يتوقف على اعتبار علاقة المجاز التضاد بينهما حتى يلزم من عدم كون التضاد من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية ان لا يجوز استعمال الجحود في الرجوع مجازا اصلا بل يجوز ان يكون العلاقة بينهما اشتراكهما في معنى خاص وهو كونهما نافيين في الحال وان كان الجحود نافيا في الماضي ايضا كما اتضح عند في غاية البيان ويؤيد هذا قال في الذخيرة والمبسوط والاصح قول ابي يوسف رح ووجهه ان الجحود كذب حقيقة الا انه يحتمل الفسخ مجازا فيحمل على المجاز دفعا للفسخ صيانة لكلام العاقل عن الالغاء بقدر الامكان وامكن حمله على الفسخ لان الموصي يتفرد بفسخ الوصية بخلاف البيع والاجارة اذا جحد احد المتعاقدين لان هناك يقع حمله على الفسخ لان احد المتعاقدين هناك لا يتفرد بالفسخ حتى لو تجاحدا فقول بانفساخ العقد وبخلاف ما لو جحد الزوج النكاح من الاصل بان قال لم اتزوجك لان هناك ايضا تعذر حمله على الفسخ لان النكاح

باب الوصية بثلث المال

قال ومن اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما اذ لا يتحقق الثلث في حقهما الا ترى انه لو عين منه الاجازة على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيتساويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما وان اوصى لاحدهما بالثلث ولآخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا لان كل واحد منهما يدعي ثلث الثلث حقه فيتساويان على قدر حقيهما كما في اصحاب الدين فيجعل الاقل سهما والاكثر سهمين وصار ثلثه اسهم سهما لصاحب الاقل وسهمان لصاحب الاكثر وان اوصى لاحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على الرؤوس عند ابي حنيفة لا الثلث بينهما نصفان وقال ابو حنيفة لا الموصى له بالثلث اولى لان الحاجة والتبعية والدراهم المرسلة تدل على الحاجة فيه ان الاوصى له فهو شيئ الا يتحقق والتفصيل واسم الاستحقاق لهما الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في الحاجة ولهما ان الوصية وقعت بغير الشرع وعند عدم الاجازة من الورثة اذا كان لهما حال فيبطل اصلا والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل سنده كالحاجة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها اصلا في الجملة بدون اجازة الورثة بان كان في المال سعة فتعتبر في الفاضل لكونه نذرا على الخلاف بخلاف ما لو اوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هذا الحق تعلق بعين التركة من حيث انه يصلح والاستفاد ما لا آخر تبطل الوصية وان هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة

قال واذا اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو اوصى بمثل نصيب ابنه جاز لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يعربه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر يجوز في الاول ايضا نظرا الى الحال والمآل مآله فيه وجوابه ما قلنا قال ومن اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة وقالا له مثل نصيب احد الورثة ولا يزاد على الثلث الا ان تجيز الورثة لان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لا يستحق الوصية والاقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد عليه لانه لا يزيد عليه عند عدم اجازة الورثة وله ان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه السلام فيما يروى

لا تحتمل الفسخ ولا يمكن ان يجعل كناية عن الطلاق اذ لا مشابهة بينهما لان الحجر ينفي العقد والطلاق يقطع العقد ولا ينفي انتهى تصحيح

باب الوصية بثلث المال لما كان اقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي يتعلق بها في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب كذا في النهاية والعناية **قوله** وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته قيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث اشار بهذا الكلام الى صورة نقض ترد على وجه الفرق لابي حنيفة رد بين المسائل الثلث المجمع عليها وبين الخلافية وهي على ما ذكر في الكافي ومعراج الدراية ما اذا اوصى لعبد بعينه للانسان تحتمله الالف ولعبد آخر بعينه لانسان آخر قيمته الفان ولا مال سواهما فان الخلاف المذكور ثابت فيه ايضا مع انه يتصور هناك تنفيذ الوصية لكل واحد منهما في جميع ما سماه له بدون اجازة الورثة لاحتمال ان يزيد مال الميت فيخرج العبدان من الثلث وقال تاج الشريعة وصاحب العناية في تصوير صورة النقض هنا بان كان عبدا اوصى به لرجل وثلث ماله لآخر ولا مال له سوى العبد ولم يجز الورثة فالثلث بينهما نصفان وان احتمل ان يكتسب هذا العبد بالاقتصار رقبته مساوية لثلث المال او نظيرا له بحيث يصير العبد ثلث المال انتهى اقول فيه خلل لان الموصى به يصير اذ ذاك هو العبد وثلث المال لا يتصور حينئذ تنفيذ الوصية لكل واحد من الموصى لهم في جميع ما سماه له بدون اجازة الورثة وان زاد مال الميت جدا لان العبد يكون زائدا على الثلث في تلك الصورة لا محالة ولا يصح تنفيذ ما زاد على الثلث بدون اجازة الورثة فتكون تلك الصورة مخالفة للمسائل الثلث المجمع عليها حيث امكن في تلك المسائل الثلث تنفيذ الوصية في جميع ما سماه لهما في الجملة بخلاف تلك الصورة فلا تصلح لان يكون صورة نقض للفرق المذكور من قبل ابي حنيفة رح هنا بل انما تكون نظير الخلافية المذكورة من قبل **قوله** لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل لو انه هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الالف الرسالة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة هذا هو الجواب عن النقض الذي اشار اليه اتفاقا قال الزيلعي في التبيين بعد نقل ما في الهداية هنا وهذا ينتقض بالمحاباة فانها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث انتهى اقول ليس هذا النقض بوارد لان المحاباة متعلقة بالثمن لا بالعين وقد افصح عنه صاحب الكافي حيث قال والوصية بالسعاية بمنزلة الدراهم المرسلة وكذا بالمحاباة لانها وصية بالثمن فصارت بمنزلة المال المرسل انتهى **قوله** ولو اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه اعلم ان هذا المحل من مدارس هذا الكتاب ولهذا اختير الشراح في حله فقال اكثرهم منهم صاحب العناية معناه فله السدس لا يزاد عليه ولا ينقص عنه اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة انه لو كان المراد هذا المعنى لما كان لاداية لمثل هذا التركيب المفصل المشوش وجه وهل يليق هذا بمنصب المحرر وقال بعضهم معنى قوله ولا يزاد عليه في هذه الصورة المستثناة في الكتاب وهي ما اذا كان اخس السهام انقص من السدس ليوافق رواية الجامع الصغير فعلى هذا يكون ما في الكتاب ساكتا عن بيان الحكم اذا كان اخس السهام ازيد من السدس انتهى اقول لا يخفى على الفطن ان قول المصنف رد في تعليل قول ابي حنيفة رد في هذه المسئلة وله ان السهم هو السدس الى آخره تقتضي ان يكون المدعى في هذه المسئلة عنده وهو السدس مطلقا اي سواء كان اخس السهام هو السدس او ناقصا عنه او زائدا عليه فلا مجال لان يكون ما في الكتاب موافقا لرواية الجامع الصغير على مقتضى التعليل المذكور فان في رواية الجامع الصغير تجويز الزيادة على السدس دون النقصان عنده والتعليل المذكور ينافي ذلك قال صاحب العناية فان قيل اخس الانصباء اقل والثمن اقل

ولانه يذكر ويراد به السدس فان ايا سلقال المسهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا قال واهذا كان في فرضه في عرفنا السهم كالكسر

من السدس فكيف جعله بمعنى السدس قلت جعله بمعناه لما ذكره في الكتاب من الاثر واللغة انتهى اقول الجواب منظور فيه لان ما ذكر في الكتاب انما يستدعي جعل السهم لمعنى السدس لا جعل اخس الانصبا الذي هو اقلها بمعنى السدس وكلام السائل في الثاني دون الاول كما ترى والحق في الجواب ما يفهم مما ذكر في النهاية نقلا عن المبسوط وهو ان اقل الانصبا باعتبار الاصل وهو القرابة انما هو السدس واما الثمن فانما هو اقلها باعتبار العارض وهو الزوجية وما يكون عارضا فهي مزاحمة ما هو اصل كالمعدوم فيحمل اللفظ على اقل ما يستحق من السهام بالقرابة وهو السدس ثم قال صاحب العناية واعلم ان عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شيء سبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير قال في الكافي فعلى رواية الاصل جوز ابو حنيفة رح النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية المصنف رح تخالف كل واحدة منهما لان قوله الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط وقوله لا ايراد عليه ليس في رواية الجامع الصغير فاما انه اطلع على رواية غيرهما واما انه جمع بينهما الى هنا لفظ العناية اقول كيف يتصور الجمع بينهما وقد صرح في الكافي بان ابا حنيفة رح جوز على رواية الاصل النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وجوز على رواية الجامع الصغير الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ونقل صاحب العناية ما في الكافي على وجه الارتضاء ومعنى رواية المصنف رح ما صرح به الشارح المزبور في صدر المسئلة ان ابا حنيفة رح لم يجوز النقصان عن السدس ولا الزيادة عليه فلا جرم تكون هذه الرواية منافية لكل واحدة من روايتي المبسوط والجامع الصغير لا تحصيل الجمع بينهما كما لا يخفى فلا وجه لقوله واما انه جمع بينهما او ربعض الفضلاء على قوله وقوله ولا ايراد عليه ليس في رواية الجامع الصغير حيث قال فيه تامل فان الظاهر ان المراد نفي الزيادة على السدس اذ انقص اخس السهام عن السدس لا مطلقا فحينئذ يكون ما في الكتاب رواية الجامع الصغير انتهى اقول ليس هذا بمستقيم فان التعليل الذي ذكره المصنف رح من قبل ابي حنيفة رح بقوله ولانه ان السهم هو السدس الى آخره يقتضي لا محالة ان يكون المراد بما في الكتاب نفي الزيادة على السدس مطلقا كما يقتضي ان يكون المراد به نفي النقصان عن السدس مطلقا فلا مجال لان يكون المراد به رواية الجامع الصغير كما لا مجال لان يكون المراد به رواية الاصل وقد كنت نبهت عليه فيما مر انفا قوله ولانه يذكر ويراد به السدس الى آخره قال صاحب العناية قوله ولانه يذكر ويراد به السدس الى آخره مشكل لانه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ما ذكرنا وفي بعضها فيعطى الاقل منهما فيفسر الاول بعض الشارحين فقال يعني انه كان اخس سهام الورثة اقل من السدس يعطى السدس بما ذكرنا ان السهم عبارة عن السدس وان كان اخس السهام اكثر منه يعطى ذلك لان السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عملا بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك اخس السهام وان كان اكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما في الكتاب فان فيه الزيادة على السدس قوله قال في الكتاب ولا ايراد عليه وان كان مراده السدس فانه عمل بالدليلين انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء على قوله فان قال في الكتاب لا ايراد عليه حيث قال فيه بحث اذ ليس المراد نفي الزيادة مطلقا بل على تقدير كون اخس السهام ناقصا عن السدس فيصلح ذلك دليلا لما في الكتاب انتهى اقول قد مر منا غير مرة ان قول المصنف رح في تعليل هذه المسئلة من قبل ابي حنيفة رح بقوله ولان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رض وقد رفعه الى النبي عليه السلام يقتضي كون المراد من مسئلة الكتاب نفي الزيادة مطلقا فلا يصلح ما ذكره بعض الشارحين دليلا عليه كما قاله صاحب العناية ثم قال صاحب العناية واما الثانية وهو قوله فيعطى الاقل منهما فتؤدي الى النقصان عن السدس وفي الكتاب الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس وايضا قوله ما ذكرنا ان اراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لانه يتم بقول ايا س وان اراد به الاقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس انتهى وقصد بعض الفضلاء ان يجيب عن قوله وايضا قوله ما ذكرنا الى آخره حيث قال لم لا يجوز ان يكون معنى الكلام ان السهم يذكر ويراد به السدس ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس تعيينه باثر ابن مسعود رضي الله عنه فليتامل انتهى اقول ليس هذا بشيء لان اثر ابن مسعود رض هو الدليل الاول فلو كان معنى الدليل الثاني ما ذكره

[illegible]

ذلك القائل كان مدار هذا الدليل ايضا اثر ابن مسعود رض فيلزم التكرار والاستدراك كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية واري ان المراد بقوله ما ذكرناه هو الاقل فيهما ليكون معنى النسختين واحدا واشار بذلك الى رواية المبسوط وهي ما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيها بذلك على ان المذكور في الكتاب من قوله الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ليس رواية واحدة وانما هو مركب من روايتين انتهى اقول هذا الذي ذهب اليه معنى مستقيم جدا لا ينبغي ان يذهب العاقل فضلا عن مثل المص الفطن الكامل فان قوله فيعطى ما ذكرنا مذكور بصدد اقامة الدليل على ما قدمه من الرواية المخالفة لرواية المبسوط ورواية الجامع الصغير كما اعترف به هذا الشارح فيما قبل فكيف يصح منه الاشارة في الدليل الى ما يخالف المدعى وينافيه ثم ان كون المذكور في الكتاب مركبا من روايتي المبسوط والجامع مما لا مجال له كما بيناه فيما قبل فلا وجه لقوله وانما هو مركب من روايتين **قوله** ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه واشتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فالبيان اليهم قال صاحب النهاية اقول في هذه المسئلة على ان احد الواقعين مجهول كقوله لفلان علي دين ولم يبين قدره فمات مجهلا يجبر ورثته على البيان وكذا الواقعيم البينة على اقراره بمجهول ينبغي ان يقبل ويجبر على ورثته البيان انتهى ورد على قوله بعض المتاخرين حيث قال يجوز النقل بذلك قلت ما ذكره قياس مع الفارق لان الاقرار ولو بمجهول يوجب تعلق الغير به من وقت الاقرار فيجبر المقر على بيانه بطلب المقر له فاذا فات الجبر في حيوته بوفاته سقط سيما اذا كان بتقصير من المقر له فلم يثبت عنه ورثته بخلاف الوصية بمجهول لعدم ثبوت حق الغير الا بعد موت الموصي فقبل موته لا يجبر على بيانه وبعد موته تعلق الحق بتركته والا يمكن جبره فيجبر من يقوم مقامه احيا الحق ثابت انتهى اقول ليس هذا بسديد لانهم صرحوا بانه ليس من شرط القياس ان يكون المقيس في معنى المقيس عليه من كل الوجوه بل يكتفي الاشتراك في علة هي مدار الحكم في المقيس عليه فيجرد الفرق بين ما نحن فيه وبين الاقرار بالمجهول في كون تعلق حق الغير به في الاقرار من وقت الاقرار وفي الوصية بعد الموت لا يضر لصحة القياس المتفهم مما ذكره صاحب التسهيل وانما يضر بها الفرق في العلة التي هي مدار الحكم وهو ليس بمتحقق هنا فانه لما كان مدار ثبوت الجبر بالبيان لورثة الموصي الذين يقومون مقام الموصي احيا الحق ثابت بالوصية كان ينبغي ان يثبت الجبر بالبيان لورثة المقر بالمجهول ايضا اذا مات مجهلا احيا الحق ثابت بالاقرار فقول ذلك البعض فاذا فات الجبر في صورة المقر بوفاته سقط ان اراد به انه سقط عنه الحق اصلا فليس بصحيح اذ لا شك انه لا يسقط حقوق العباد المتعلقة بالمال بموت من عليه الحق بل تؤخذ من تركته وان اراد به انه سقط عنه الجبر لعدم امكانه وان كان بقي اصل الحق عليه فهو مسلم لكن لا نم قوله فلم ينب عنه ورثته فانه لما بقي حق المقر له عليه وكان ذلك عليه مجهولا محتاجا الى البيان لعدم امكان القضاء بالمجهول وكان من عليه الحق عاجزا عن البيان بعد موته كان ينبغي ان ينوب عنه ورثته في البيان كما في الوصية بالمجهول تامل تقف **قوله** ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي اجازه الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه لان الكلام الثاني يحتمل انه اراد به زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه اراد به ايجاب ثلث على السدس حتى يصير المجموع نصفا وعند الاحتمال لا يثبت له الا القدر المتيقن فيجعل السدس داخلا في الثلث حملا لكلامه على المتيقن هذه زبدة ما في الشروح قال بعض المتاخرين بعد ذكر الدليل على هذا المنوال هكذا قالوا وهذا كما يرى حمل الكلام على احد محتملين وذلك ان تقول لما كان الكلام محتملا للمعنيين وكان القدر الثابت به متعين على الاحتمالين الثلث قلنا ما ثبت به من الوصية هو الثلث لكن لا بطريق حمله على احد محتمليه كما زعموا بل بجعله بمنزلة ان يقال هذا ثلث مالي وصية لان المتيقن ثبوت الثلث بمجموع الاحتمالين لا باولهما الى هنا كلامه اقول ليس هذا بشيء اذ لا شك ان المتيقن ثبوت الثلث باول الاحتمالين فان زيادة السدس على السدس كما هو الاحتمال الاول يقتضي ثبوت الثلث بلا ريب وانضمام الاحتمال الثاني اليه انما يفيد جواز ارادة النصف ولا تاثير له في ثبوت الثلث لثبوته بدون ذلك فالمعنى الصحيح هنا ما ذكره الجمهور لا ما ارادوه ذلك البعض من عند نفسه قال صاحب العناية

لانه لم یکن ایفاء کل ذی حق حقه من غیر تبعیض فیصار الیه وان لم یخرج دفع الیه وثلث الدین فی کل ما یخرج شیء من الدین یأخذ ثلثه حتی یستوفی الالف لان المراد الاشاعة فی الوارث وهم یستحقون حق الورثة لان الدین مقدم علی الوصیة لان الدین لیس بمال فی مطلق الحال وانما یصیر مالا عند الاستیفاء فانما یعتبر ذلک الوقت ویصیر کالمدیون اذا مات

قوله ومن اوصی لزید وعمرو وثلث ماله فاذا عمرو میت فالثلث کله لزید لان المیت لیس باهل للوصیة فلا یزاحم الحی الذی من اهلها کما اذا اوصی لزید وجدار قال صاحب العنایة فی شرح هذا المقام واندفع بقوله فلا یزاحم الحی ما اذا اوصی لزید وعمرو وهما بالحیوة فمات ثم مات احدهما فان للباقی نصف الثلث لوجود المزاحمة بینهما حال الملک ثم بعد ذلک موت احدهما لا یبطل حصة الباقی وان مات فیه متنامه کموت احد الورثة بعد موت المورث انتهی اقول فی تقریر الشارح المذکور ههنا قصور اما اولا فلانه اضاف الی اندفاع الاشکال بالمسئلة التی ذکرها الی قوله فلا یزاحم الحی مع ان اندفاعه بمجموع التعلیل بل بقوله لان المیت لیس باهل للوصیة فی الحقیقة وانما قوله فلا یزاحم الحی متفرع علی ذلک والاصل ان یضاف الحکم الی الاصل دون الفرع واما ثانیا فلان الظاهر من قوله لوجود المزاحمة بینهما حال الملک ان یکون المراد المزاحمة المنفیة فی قول المصنف رح فلا یزاحم الحی هو المزاحمة حال الملک وهی حال موت الموصی وذلک مع کونه غیر تام فی نفسه لانه اذا اوصی لزید وعمرو وثلث ماله وهما بالحیوة فمات احدهما قبل موت الموصی کان للباقی منهما نصف الثلث لا کله کما صرحوا به مع ان العلة هناک ایضا التزاحم وان التزاحم فیه انما یتصور فی حال ایجاب الموصی لا فی حال الملک اذا کان احدهما میتا فی حال الملک ولا تزاحم للمیت غیر مطابق لما ذکره الشارح المذکور فی تعلیل جواب ظاهر الروایة فیما بعد حیث قال ولم یفرق بین علم الموصی بحیوته وعدمه فی ظاهر الروایة لان استحقاق الحی منهما الجمیع الثلث بعدم المزاحمة عند ایجاب الموصی وفی هذا لا فرق بین العلم وعدمه انتهی واما ثالثا فلانه لم یتعرض لبیان اندفاع الاشکال بمسئلة اخری ایضا بعبارة الکتاب وهی ای تلک المسئلة اذا اوصی لزید وعمرو وهما بالحیوة فمات احدهما قبل موت الموصی فان للباقی نصف الثلث هناک ایضا کما ذکرنا من قبل مع ان التعلیل المذکور فی الکتاب یفید اندفاع ذلک ایضا فالتقریر الظاهر الواسع فی شرح هذا المقام ما افاده صاحب النهایة حیث قال وهذا التعلیل خرج الجواب عما لو وجد واشتبه علی هذه المسئلة بان قالوا اما الفرق بین هذه المسئلة وبین ما لو اوصی لزید وعمرو وهما فی الحیوة ثم مات الموصی ثم مات احدهما کان للباقی نصف الثلث من نصف الآخر لورثة المیت منهما وکذلک لو مات احدهما قبل موت الموصی کان للباقی نصف الثلث ولکن هناک کان النصف الآخر للموصی فلما کان فی المسئلة الاولی قد تمت الوصیة لهما بموت الموصی ثم بعد موت احدهما لا یبطل حصة بل یقوم

ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافها الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل **قال** ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلث وللفقراء والمساكين فلهن ثلثة اسهم من خمسة اسهم **قال** رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن محمد رحمه الله انه يقسم على سبعة اسهم لهن ثلثة ولكل فريق سهمان وأصله ان الوصية لامهات الاولاد والفقراء وللمساكين جنسان وفسرنا مال الزكوة بمحمد رحمه الله ان المذكور لفظ الجمع ادناه ثلاث وفي الميراث اثنان فجمعنا ذلك وفي القران فكان من كل فريق اثنان وامهات الاولاد ثلث فلهن ثلث يقسم على سبعة ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلثة للثلث **قال** ولو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما وعند محمد رحمه الله ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين بناء على ما بيناه **قال**

وراثته فيه مقامه كموت احد الورثة بعد موت المورث وفي المسئلة الثانية لما مات احدهما قبل موت الموصي بطلت حصته لان الوصية في معنى عقد مضاف الى ما بعد الموت فيشترط بقاؤه ليجب له عند وجوب الوصية ولم يوجد حيث مات قبل موت الموصي فيبطل نصيبه كما لو مات احد الورثة قبل موت المورث وللآخر نصف الثلث لان الانقسام قد حصل بينهما عند الايجاب لكون كل واحد منهما اهلا لايجاب الوصية له فيبطلان حق احدهما فانما يزاد نصيب الآخر كما لو رد احدهما الوصية كان للآخر نصف الثلث وهذا كله على خلاف مسئلة الكتاب فان فيها للحي كل الثلث لان الميت ليس من اهل الوصية له فانما ينتقض حقه باثبات المزاحمة ولم يثبت المزاحمة حيث كان الآخر ميتا فبقي الثلث للحي منهما بمنزلة ما لو قال ثلث مالي لفلان وللموتى فالثلث كله لفلان الى هنا لفظ النهاية فتبصر **قوله** ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعله جزءا من الغنم اعلم انه وقع في عبارة الوقاية ولا شاة له ولا غنم له الواقعة في عبارة الهداية في وضع هذه المسئلة فقال صدر الشريعة في شرحه للوقاية واعلم انه قال في الهداية ولا غنم له وقال في المتن ولا شاة له وبينهما فرق لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم لكن اذا لم يكن له غنم لا يلزم ان يكون له شاة لاحتمال ان يكون له واحد لا كثير فعبارة الهداية تناولت صورتين ما اذا لم يكن له شاة اصلا وما يكون له شاة لا غنم له ففي الصورتين تبطل الوصية وعبارة المتن لم تتناول الا الصورة الاولى ولم يعلم منها الحكم في الصورة الثانية فعبارة الهداية اشمل لكن هذه احوط انتهى كلامه ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في شرحه انما قال ولا شاة له ولم يقل ولا غنم له كما قال صاحب الهداية لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم بدون العكس والشرط عدم الجنس لا عدم الجمع حتى لو وجد الفرد يصح الوصية فيصح عن ذلك قول الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي او قفيز من حنطتي فان الحنطة اسم جنس لا اسم جمع انتهى وقال في حاشيته اخطأ هنا صدر الشريعة حيث قال تبطل الوصية في الصورتين انتهى وقصد بعض المتأخرين ان يجيب عنه حيث قال بعد نقل كلام صدر الشريعة واعترض عليه بعض الافاضل بما حاصله ان عبارة الوقاية هي الصواب وان الحكم في وجود الفرد صحة الوصية وزعم ان الشرط عدم الجنس لا عدم الجمع قلت بعد تسليم ان الغنم جمع او اسم جمع لا اسم جنس ان نفي الغنم كما وقع في عبارة الهداية وعامة الكتب كما هو الصواب وانه لا يصح الوصية بوجود شاة واحدة لان الشرط عدم الجمع لا عدم الجنس كما زعمه المعترض لانه اوصى بشاة من غنمه فاذا لم يكن له غنم بل فرد لم تتحقق شاة من غنمه فتبطل الوصية فهذا هو السر في تعميم الغنم دون الشاة الى هنا كلامه اقول الظاهر عندي ما ذكروه في تعليل هذه المسئلة ان يصح الوصية بوجود شاة واحدة لان الموصى به في هذه المسئلة وهو الشاة يصير موجودا حينئذ فيصير الوصية لشيء موجود لا معدوم ولا مانع لصحة الوصية ههنا سوى كون الموصى به معدوما فاذا وجدت شاة واحدة انتفى المانع نعم لا يوجد حينئذ ما اضيفت الشاة اليه من الغنم على تقدير ان يكون الغنم اسم جمع لا اسم جنس لكن المقصود من الاضافة الى الغنم تعيين ان مراده عين الشاة لا ما لتيها ويحصل ذلك المقصود من مجرد الاضافة اليها ولا يقتضي وجود ما التبه كوجود الشاة التي هي الموصى به وما يرشد الى كون جواب هذه المسئلة فيما اذا لم توجد شاة اصلا انه قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي او قفيز من حنطتي وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرحه لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده الوصية بعين الشاة لانه جعله جزءا من الغنم وانه يصلح جزءا للغنم بصورته ومعناه فصارت الوصية لشيء معدوم ولا وجود له عند الموت ايضا فلا يصح انتهى تأمل تفهم **قوله** واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة وهذا استحسان وكان القياس ان لا تصح الوصية لام الولد لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت انتهى انما تستحق الوصية بعد موت مولاها وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها فالعتق محلها وهي انه مستحقة لا تصح وهي امة والوصية لامة لشيء لغير رقبتها باطلة وجه الاستحسان ان الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا الى حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصي لان الظاهر من حاله ان يقصد بالنصاب وصية صحيحة لا باطلة والصحيحة هي المضافة الى ما بعد عتقها كذا في عامة الشروح وعزاه جماعة من الشراح الى الذخيرة اقول فيما ذكروا

لعل الصواب موضع

لعل الصحيح لا اسم جنس الشاة

قال ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباته بين الكل بما بلنه لا تعادل المال لانه يصيب كل
واحد منهما ثلثا فقد اوفى ما اذا اوصى لرجل بمائة ولآخر بمائتين ثم قال لآخر اشركتك معهما فانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواة كل واحد
بنصف نصيبه وهذا اللفظ يحتمل الامكان قال من اقر لغيره بعين ثم قال هي لفلان بل هي له فهي لفلان ويضمن قيمتها لفلان وهذا استحسان وفي القياس يعزى
الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله تصدقوه صدر في الفاظ الشرع لان المدعي لا يصدق الا بالحجة فتعين اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر
وجه الاستحسان ان الاقرار من قصبه تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ تصرفه بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعاية منه
في تنفيذ ذمته فيصلها وصية فحمل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه تعتبره من الثلث فلهذا يصدق على الثلث
دون الزيادة قال ان اوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا المجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم
عزل المعلوم في الاقرار ثمة اخرى وهو ان احد الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق والضرب الآخر خفيا ما دعاهم يختلفون في الفصل الذي بينهما بحكمهم وبعد
الاقرار لهم اقرار كل واحد بما زاد على غير منازعة واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق
التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا شائعا فالنصيبين فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا انتفيا لانه اقرار كل فريق في حق صاحبه

في وجه القياس نظر لان قولهم وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها ممنوع بل حال حلول العتق بها انما هي حال موت مولاها لا بعد موت مولاها اذ لا شك ان ام الولد تعتق حين موت
مولاها ولا ينتظر عتقها الى ما بعد موته ففي بعد موت مولاها حرة فلم يكن الوصية لام الولد وصية للامة في شيء فلم يتم وجه القياس ولم يحتج الى ما تكلفوا في وجه الاستحسان
وقيل الامام قاضيخان والامام المحبوبي عن هذا قالا اما جواز الوصية لامهات اولاده فلان اوان ثبوت الوصية وعلمها بعد الموت وهن حرائر بعد الموت فيجوز الوصية
لهن كما ذكره صاحب النهاية نقلا عنهما ثم قال في العناية فان قيل الوصية بثلث المال للعبد جائزة ولم يعتق بعد موته وام الولد ليست اقل حالا منه فكيف
لم تصح لها الوصية قياسا اجيب بان الوصية بثلث المال للعبد انما جازت لتناوله ثلث رقبته فكانت وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يصح منجزا او
مضافا بخلاف ام الولد فان الوصية ليست اعتاقا لانها لا تعتق بموت المولى وان لم يكن ثم وصية اصلا ولقائل ان يقول الوصية بثلث المال اما ان يراد بها
بعد موت المولى وهي حرة او امة فان كان الاول فلا وجه لنفي القياس وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب انها ليست كالعبد
لان عتقها لا بد وان يكون بموت المولى فلو كان بالوصية ايضا لوارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل الى هنا لفظ العناية
اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان السوال الثاني وجوابه لغو من الكلام بعد ان ذكرا قبلهما على الوجه الذي قرره لان التردد الواقع في هذا السوال ان
كان على موجب الاستحسان دون القياس فالشق الاول متعين ولا معنى لقوله فلا وجه لنفي القياس فان كان على مقتضى القياس كما هو الظاهر فالشق
الثاني مختار والفرق بين ام الولد والعبد الموصى له بثلث المال علم في جواب السوال الاول قطعا فلا معنى للاعادة **قوله** ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر
بمائة ثم قال لآخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة قال صاحب النهاية وهذا الاستحسان وفي القياس له نصف كل مائة لان لفظ الاشتراك يقتضي التسوية عند الاطلاق
قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد اشرك الثالث فيما اوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب ان يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان انه
اثبت الشركة بينهم وهي تقتضي المساواة وانما يثبت المساواة اذا اخذ من كل واحد منهما ثلث المال انما اخذ مثل كل واحد منهما نصف المائة جعل له مائة فلا يثبت مساواة بينهم فعلم بهذا انه
اشركه معهما جملة واحدة فلا يعتبر باشتراكهما اياه مع كل واحد منهما منفردا انتهى وافتى اثره صاحب العناية اقول فيه بحث لان الشركة للمساواة لغة كما صرح به الجوهري فيقتضي لفظ
الاشتراك التسوية بلا ريب فان كان معنى قول الموصى للثالث قد اشركتك معهما اشتراكه معهما جملة واحدة اي التسوية بين الكل لا اشراكه مع كل واحد منهما منفردا اي
تسوية مع كل واحد بنصف نصيبه فلا معنى لوجه القياس المذكور وان كان معناه هو الثاني فلا معنى لوجه الاستحسان المذكور وبالجملة ما ذكره الشارحان المزبوران
من وجهي القياس والاستحسان معنيان متضادان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد فمعنى كلام الموصى لغة وعرفا احدهما لا غير فلم تصح هذه المسئلة للقياس والاستحسان
على ما ذكره وعن هذا لم ار احدا ذكر القياس والاستحسان في هذه المسئلة سوى ذينك الشارحين والذي يظهر من كلام المصنف رح هو ان التسوية بين الكل هو المعنى فيما
امكن تحقيق المساواة بين الكل والا يحمل على المساواة مع كل واحد بنصف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان وبهذا فرق بين المسئلتين كما ترى ولا غبار فيه **قوله** والقياس ان لا يصدق لان
الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان يعني لا يحكم به الا اذا اقر بيان من جهة المقر وقد فات بموته كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول
لم لا ينوب عنه الورثة في البيان كما في الوصية بالمجهول مثل ان اوصى بجزء من ماله فانه يقال هناك للورثة اعطوا ما شئتم بناء على انه مجهول يتناول القليل والكثير
والورثة قائمون مقام الموصى فاليهم البيان كما مر في الكتاب فتامل **قوله** واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما
شئتم لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ الى آخره قال صاحب العناية حاصله انه تصرف بشبه الاقرار لفظا وبشبه الوصية وتنفيذا فباعتبار شبهه الوصية
لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبهه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يخصص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين انتهى وقد سبقه

وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما يجري بينه وبين غيره **قال** ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية وتبطل في حق الوارث لانه اوصى بما لك لا ايصاء به وبما لا يملك فيصح في الاول ويبطل في الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من اهلها فلهذا تصح باجازة الورثة في المقرون وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين لاحد من ورثته وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي ايضا لان الوصية انشاء والتشريك والشركة تثبت حكما له فتصح في حق من يستحقه منهما اما الاقرار اخبار عن حال وقد اخبر بوصف الشركة في الجملة لا وجه الابانة بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث ان يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا ولو اشار لحصة احدهما تميزت حصته الاخر فبطلا **قال** ومن كان له ثلثة اثواب جيد وسط ردي فاوصى بجواز احد لرجل فضاع ثوب لا يدري ايها هو والورثة يجدون ذلك فالوصية باطلة ومعنى جودهم ان يقول الوارث الجيد هذا الثوب الذي هو حقك قد هلك وكان المستحق يجوز لا يرضى بالتهمة فتصح القضاء وتحصيل المقصود فتبطل **قال** الا ان يسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلموا ذلك اللائق وهو الجيد يكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الاوسط ثلث الجيد وثلث الاردى ولصاحب الاردى ثلثا الثوب الاردى لان صاحب الجيد لا حق له في الردي بيقين لانه اما ان يكون وسطا او ردئا ولا حق له فيهما وصاحب الردي لا حق له في الجيد الباقي بيقين لانه اما ان يكون جيدا او وسطا ولا حق له فيهما فيحمل ان يكون الردي هو الذي الاصابه فيتعين من عمل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الاردى لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الردي فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة **قال** واذا كانت الدار بين رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانهما يقسمان فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رح نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الاخر فللموصى له مثل فرع البيت وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له مثل فرع نصف البيت لانه اوصى بملكه بملك غيره لان الدار شيوع اجزائها مشتركة فتنفذ الاول وتوقف الثاني وهو ان ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السابقة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم ان اقتسما وقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه له مثل فرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا قتلت فخطأ تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا باع العبد الموصى به حيث لا تنفذ الوصية بثمنه لان الوصية قبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة وهما انه اوصى بما استقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتقم به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتقال بالشيوع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه

تاج الشريعة الى بيان حاصل هذا المقام بهذا الوجه اقول فيه كلام وهو ان العمل بجموع الشبهين ان كان امرا واجبا كما هو الظاهر المعروف مما بالهم لم يعلموا تشبيه الاقرار في هذا التصرف اذا لم يوص بوصايا غير ذلك كما يقدم بل جعلوه وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كما اذا قال اذا جاء كم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ولم يعتبروا شبه الاقرار قط حيث لم يجعلوا له حكما اصلا في تلك الصورة وان لم يكن ذلك امرا واجبا فكيف يصلح ذلك تعليلا لجواب هذه المسئلة في هذه الصورة واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه لا يوخذ بقوله في هذه الصورة لما في الثلث ولا في اقل منه بل يوخذ بقول الورثة واصحاب الوصايا فتامل انتهى وقصد بعض المتاخرين ان يجيب عنه فقال في الحاشية بعد نقل ذلك قلت بعد تسليم ذلك ان عدم التصديق في الزيادة على الثلث لا يوجب التصديق في الثلث فالمعنى لا يصدق في صورة دعوى الزيادة بل يوخذ بقولهم فلا اعتبار فيه انتهى اقول ليس هذا مستقيم فان مراد ذلك المعترض انه لا يوخذ بقول المدعي في هذه الصورة لا في الثلث ولا في اقل منه كما لا يوخذ بقوله في الزيادة على الثلث بل يوخذ بقول الورثة واصحاب الوصايا بالغا ما بلغ فمن اين يظهر اعتبار شبه الوصية وليس مراده ان قول صاحب العناية فباعتبار شبهة الوصية لا يصدق على الزيادة يدل على ان يصدق في الثلث وما دونه وليس كذلك حتى يتم الجواب عنه بما ذكره وذلك العجيب فتامل تعرف ثم ان الامام الزيلعي استشكل هذا المحل بوجه آخر حيث قال في شرح الكنز هذا مشكل من حيث ان الورثة كانوا يصدقونه في الثلث ولا يلزمهم ان يصدقوه في اكثر من الثلث وهنا لزمهم ان يصدقوه في اكثر من الثلث لان اصحاب الوصايا اخذوا الثلث على تقدير ان يكون الوصايا يستغرق الثلث كله ولم يبق في ايديهم من الثلث شيء فوجب ان لا يلزمهم تصديقه انتهى اقول هذا الاشكال ساقط جدا اذ لا يلزم الورثة في هذه الوصية ان يصدقوه الى الثلث كما لا يلزمهم ان يصدقوه في اكثر من الثلث وانما اللازم لهم ولاصحاب الوصايا في هذه الصورة ان يصدقوه فيما شاءوا وليس في هذه الصورة الزام الورثة ان يصدقوه في اكثر من الثلث فان اصحاب الوصايا فيما اذا كانت الوصايا تستغرق الثلث كله لا ياخذون الثلث بطريق التملك التام بل انما ياخذونه بطريق العزل والاقرار فكان ذلك الثلث باقيا على حكم جواز تصرف الورثة فيه بتصديقهم المدعي فيما شاءوا ولا يضر بذلك عدم بقاء ذلك الثلث في ايديهم من جهة العزل والاقرار ولئن سلم عدم بقاء ذلك الثلث المخصوص في ايديهم من كل الوجوه حتى من جهة جواز تصرفهم فيه بتصديقهم المدعي ايضا فيكفي جواز التصرف لهم في مطلق الثلث الشائع في جميع المال وعن هذا قالوا ان هذا تصرف بشبه الاقرار والوصية فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يخص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين تامل ترشد **قوله** وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك قال بعض المتاخرين ينبغي ان لا يحلف الورثة اذا بلغ ما اخذ من الفريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائدا عليه ويحلف اصحاب الوصايا بالبقاء شيء من الثلث في ايديهم فتامل انتهى اقول ليس هذا الكلام صحيح انما قوله ينبغي ان لا يحلف الورثة اذا بلغ ما اخذ من الفريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائدا عليه فلان يحلف الورثة فيما اذا كان ما ادعاه زائدا على الثلث ليس بموجب هذه المسئلة بل لكون المدعي هناك عن يدعي حقا لنفسه من تركة الميت ولا ريب انما ادعاها زائدا على الثلث من تركة الميت لا يقع صحة الدعوى فاذا صحت الدعوى فلا جرم يحلف الورثة اذا انكروا واما قوله يحلف اصحاب الوصايا بالبقاء شيء من الثلث في ايديهم فلان دعوى الدين يختص بالثلث الذي في ايدي اصحاب الوصايا بل لا يختص بثلث مال الميت مطلقا والمدعي فيما اذا ادعى زائدا على الثلث انما يدعي الدين في حق الزيادة على الثلث لا الوصية حتى لو ادعى الوصية فيه لا يسمع دعواه راسا فضلا عن التحليف **قوله** ومعنى جودهم

ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه على اعتبار الافراز يصير كان البيت ملكه من الابتداء
وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه أما لانه عوضه كما ذكرناه او لان مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلا للمقصود
ما امكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جميعا بين الجهتين التقدير والتمليك وان وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير او لانه اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين
والتمليك بعيد به على اعتبار الوجه الآخر كما اذا علق عتق الولد وطلاق المرأة بولادة امته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق الولد حي ثم اذا وقع
البيت في نصيب غير الموصى له وان امكنه ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له
وهذا عند محمد ره فيضرب الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت وهم بنصف الدار وسوى البيت وهو خمسة وارباع فيجعل كل خمسة سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم على
احد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وارباع فتصير الهام احد عشر الموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية اقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد ره

ان يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك اقول في ظاهر تعبير المصنف ره ههنا فساد لان هلاك حق كل واحد منهم انما يتصور فيما اذا ضاع
الاثواب الثلثة معا والمفروض في وضع المسئلة ان يضيع ثوب واحد منها غير معلوم الخصوصية فكيف يصح ان يقول الوارث لكل واحد منهم الثوب الذي هو حقك
قد هلك فانه هلك كتب ظاهر لا ينبغي ان يسمع اصلا فضلا من ان يترتب عليه حكم شرعي بل قوله لواحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك يقتضي الاعتراف
بكون الثوبين الباقيين لصاحبيه والاولى في التعبير ما ذكره شراح الجامع الصغير سيما الصدر الشهيد والامام قاضيخان وهو ان المراد بحجود الورثة ان يقولوا
حق واحد منكم باطل ولا ندري من ابطل حقه ومن بقي حقه فلا نسلم اليكم شيئا والذي يمكن في توجيه كلام المصنف ره ان يكون مراده معنى جحودهم ان يقول الوارث
لكل واحد بعينه الثوب الذي قد هلك يحتمل ان يكون حقك فكانه تسامح في العبارة بناء على ظهور المراد ووافقه صاحب الكافي في هاتيك العبارة مع ظهور كتابه
قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة قال صاحب العناية فيه بحث وهو انه قال في كتاب القسمة
الافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة واجاب
بانه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض الا اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء وما نحن فيه كذلك
فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكر ههنا لان الجبر لا يجري في المبادلة ويكون معنى قوله هناك ومعنى قوله المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم يكن
من جنس واحد والى هذا اشار بقوله وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه انتهى وقد سبقه الى اصل هذا السؤال والجواب المذكور جد اصاحب النهاية
اقول قد خبط الشارحان المزبوران في الجواب المذكور جدا حيث قصدا التوفيق بين كلامي المصنف ره في المقامين ولكن خالفا صريح ما ذكره المصنف ره في كتاب
القسمة وما اطبقا عليه مع سائر الشراح في بيان مراده ههنا فان المصنف ره قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض مطلقا
الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد وقال معنى المبادلة مما يجري فيه الجبر
كما في قضاء الديون وقال ذلك الشارحان وسائر الشراح في شرح ذلك المقام لما ورد على ذلك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لا يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض مطلقا
الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد وقال معنى المبادلة مما يجري فيه الجبر
لانا نقول في ذلك اجاب بقوله الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد و
لا منافاة بين الجبر والمبادلة فان المبادلة مما يجري فيه الجبر لدفع الضرر عن الغير كما في قضاء الدين والديون تقضى بامثالها فصار ما يؤدي بدلا عما في ذمته انتهى ولا يذهب
على ذي مسكة ان مضمون الجواب المذكور ههنا ينافي ذلك والصواب في حل مراد المصنف بقوله ههنا ومعنى المبادلة في قوله هذه القسمة تابع على وجه يندفع
عنه السؤال الذي يحمل الشارحان المزبوران لدفعه ما حملاه ان يقال يعني ان معنى المبادلة وان كان ظاهرا في غير المكيل والموزون الا انه يجعل ذلك المعنى
في هذه القسمة تابعا ويجعل معنى الافراز فيها مقصودا تصحيحا لتصرف الموصي وقصده الذي هو تكميل المنفعة فان مبنى الوصية على المسامحة وسرعة الثبوت وقد افصح
عن هذا المعنى الامام قاضيخان حيث قال ولهما ان القسمة فيها لا يكال ولا يوزن وان كانت مبادلة من وجه حتى ينفرد احدهما بالقسمة ولو اشتريا دارا وقسماها
لم يكن لاحدهما ان يبيع نصيبه مرابحة على ما اشترى فهي افراز في حق بعض الاحكام الا يرى انه يجبر عليها ولو بنى احدهما في نصيبه بعد القسمة بناء ثم استحق الارض
لا يرجع على شريكه بقيمة البناء ولا يثبت للشفيع الشفعة في القسمة وللمشتري لو قاسم البائع لم يكن للشفيع بعضه ولو كانت القسمة مبادلة من كل وجه لكان الاحكام
على عكسها فثبت انها افراز من وجه مبادلة من وجه فيجعل افرازا في حكم الوصية تصحيحا للوصية لان بناءها على المسامحة وسرعة الثبوت ولهذا صحت الوصية بالمعدوم على الخطر الوجود كالثمرة بعلة
واذا جعلوا القسمة افرازا ظهر انه اوصى بما يملكه انتهى تدبر **قوله** وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه لانه عوض كما ذكره

والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ قال ومن اوصى من مال رجل لآخر بالف بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه فهو جائز وله ان يمنع لان هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته واذا اجاز يكون تبرعا منه ايضا وله ان يمتنع من التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازت الورثة لان الوصية في محلها صحيحة لصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي قال واذا اقتسم الابنان تركة الاب الف اقر احدهما ان الاب اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية فاعطاه النصف ليبقى له النصف وجه الاستحسان انه اقر بثلث شائع في التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقديم فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة ثلثاه ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده ايضا يأخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث قال ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولد وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مستقاة على ملك الميت حتى يقضى بها ديونه دخل في الوصية فيكون للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال ابو حنيفة رح يأخذ ذلك من الام فان فضل شيء اخذه من الولد وفي الجامع الصغير عن صورة وقال رجل له ستمائة درهم وامة تساوي ثلثمائة درهم فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء عنده تقديم الام له ان الام اصل والولد تبع فيه والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقص الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة **فصل** في اعتبار حاله الوصية

يعني في الجارية الموصى بها كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول ليس قدر ذرعان جميعه ما وقع في نصيبه عوضه اي عوض جميع ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر بل قدر ذرعان نصفه مما وقع في نصيبه عوض نصفه ولا معاوضة في نصفه الآخر لان الدار بجميع اجزائها كانت مشتركة بين الموصي وصاحبه فيكون ذلك البيت وما وقع في نصيب الموصي مشتركين بينهما قبل القسمة فالمعاوضة بعد القسمة انما يتصور بين نصف ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر وبين قدر ذرعان نصفه ذلك مما وقع في نصيب الموصي فباقيان على حالتهما الاصلية في ملك الموصي وصاحبه فلم يكن قوله اما لانه عوضه صالحا لان يكون دليلا مستقلا في افادة المطلوب ههنا وهو ان يكون قدر ذرعان جميع البيت الموصى به ملكا للموصى له عندهما فيما اذا وقع ذلك البيت في نصيب الآخر بدون ملاحظة احد البدلين الاثنين وتحرير المصنف يقتضي استقلاله كما ترى فتامل **قوله** والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملك يؤمر بالتسليم الى المقر له الخ اقول فيه كلام وهو ان هذا الفرق انما يمشي في صورة ان وقع البيت بعد القسمة في نصيب الموصي واما في صورة ان وقع بعدها في نصيب الآخر فلا لان الموصي حينئذ كان مقرا بملك الغير لغيره ولم يصر ملكا له بعد ذلك حتى يؤمر بتسليمه الى المقر له ومسئلتنا تعم الصورتين فلا يتم التقريب **قوله** وجه الاستحسان انه اقر بثلث شائع في التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده قال صاحب التسهيل اقول مضى في فصل اقرار المريض ان ابنه لو اقر باخ فجحده آخره الآخر دفع اليه المقر نصف نصيبه كما قال زفر ههنا لانه اقر بالمساواة وعند مالك يدفع اليه ثلث نصيبه كما قال زفر ههنا لانه اقر بالمساواة وعند مالك يدفع اليه ثلث نصيبه كما قلنا نحن ههنا والحاصل انا عملنا ههنا باصل مالك رح شمه وعمل زفر ههنا باصلنا فلا بد للائمة الحنفية من الفرق بين الاقرار والوصية او الالتجاء وتحمل ان يكون في المسئلة روايتان الى هنا لفظ التسهيل وقصد بعض المتاخرين ان يجيب عنه فقال بعد نقل قلت الفرق بينهما بين فان المساواة من اللوازم والبنية للاخوة دون الوصية بالثلث فانها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينة فالاقرار بالاخ يتضمن الاقرار بالمساواة بخلاف الاقرار بالوصية فانه لا يتضمن الاقرار بها انتهى اقول ليس هذا الشيء فان الذي من لوازم الاخوة انما هو المساواة في جملة التركة لا المساواة فيما بعد في يد احد الآخرين فقط كنصف التركة مثلا والا يلزم ان كون حصة احد الامرين النصف وحصة مجموع الآخرين النصف وهذا ظاهر البطلان والمساواة في جملة التركة انما يقتضي كون حصة الآخ المقر له ثلث ما في يد المقر له نصفه كما فيما نحن فيه من الاقرار الوصية بثلث المال فورد ما قاله صاحب التسهيل من مطالبة الفرق بين المسئلتين ثم ان قول ذلك البعض دون الوصية بالثلث فانها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينة ليس بتام ايضا لان المساواة انما لا يكون من لوازم مطلق الوصية مع مطلق الورثة واما فيما نحن فيه فالمساواة لازمة قطعا لانحصار الوارث في الابنين وكون اقرار احدهما بوصية المورث لرجل بثلث ماله فلا بد من الفرق بين المسئلتين بوجه آخر كما لا يخفى

فصل في اعتبار حالة الوصية لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلث المال ذكر في هذا الفصل احكاما يتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف الى وصف لما ان هذه الاموال بمنزلة العوارض والاحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الاصول والاصل مقدم على العارض كذا في الشروح

واذا اقر المريض لامراة بدين او اوصى لها بشيء او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة لان الاقرار ملزم بنفسه وهو بمنزلة
وعند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل ثانيا بين اذا كان في حالة الصحة او في حالة المرض الا ان الثاني يعتبر عنه بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت
وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث وهبة وان كانت منجزة صورة فهي بالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت الا ترى انها تبطل بالدين
المستغرق وعند عدم الدين يعتبر من الثلث قال واذا اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني او وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله اما الهبة والوصية
فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما ايجابان عنده او بعده والاقرار كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر في ايراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم
لان سبب الارث الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره وكذا لو كان الابن عبدا او
مكاتبا لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه اقر لوليه وهو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح لانه اقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا ان
المعتبر فيها وقت الموت واما الهبة فيروى انها تصح لانها تمليك والحال انها تبقى في عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح قال والمقعد والمفلوج
والاشل والمسلول اذا طاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لانه اذا تقادم العهد فصار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب
فراش بعد ذلك وهو مرض حادث وان وهب عند ما اصابه ذلك ومات من ساعته فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله اعلم

باب العتق في مرض الموت

قال ومن اعتق في مرضه عبدا او باع وحابى او وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا

قوله واذا اقر المريض لامراة بدين او اوصى لها بشيء او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة قال صاحب النهاية وهذا بناء على
ان المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثا وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فساد الاقرار وجوازه كون المقر له وارثا حال الاقرار لان الاقرار
تمليك للحال فمتى كان المقر له وارثا يوم الاقرار لا يصح اقراره اذا كان المقر مريضا انتهى وتقتضي اثره في هذا التقرير صاحب الغاية اقول في عبارتها خلل حيث قال الا ان
الاقرار تمليك للحال مع انهم قد صرحوا في كتاب الاقرار بان الاقرار ليس بتمليك بل هو اظهار للمقر به وقالوا ولهذا لو اقر لغيره بالمال والمقر له يعلم انه كاذب في اقراره
لا يحل له اخذه وفرعوا على ذلك مسائل كثيرة منها ان المريض اذا اقر بجميع ماله لاجنبي صح اقراره ولا يتوقف على اجازة الورثة ولو كان تمليكا مبتدا لم ينفذ الا بقدر
الثلث عند عدم اجازتهم فحق العبارة ان يقال لان الاقرار تصرف في الحال كما قاله المص في اوائل كتاب الوصايا فتذكر **قوله** وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا
فاعتق لما ذكرنا قال صاحب النهاية والغاية في شرح هذا المقام اي لا يصح الوصية والهبة له لان الوصية مضافة الى وقت الموت اما اذا اقر له بدين ثم اعتق قبل
الموت لم يذكر ههنا وذكر في كتاب الاقرار انه لم يكن عليه اي على العبد دين يصح انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان ذهبا اليه في شرح هذا المقام مما يأباه
سداد المعنى وانتظام الكلام فانهما حملا قول المصنف ره وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا على عدم صحة الوصية والهبة فقط مع ان الظاهر من قوله المذكور عموم
عدم الصحة للصور الثلث المذكورة فيما قبل جميعا وهي الاقرار والهبة والوصية لانه كان عاما لها في هذه المسئلة السابقة فانتظام اطلاق التشبيه في قوله وكذا لو كان
الابن عبدا او مكاتبا يقتضي العموم لها في هذه المسئلة ايضا سيما مع انضمام قوله لما ذكرنا اليها فان ما ذكره من قبل من الدليل يدل على عدم الصحة في الصور الثلث
جميعا بلا ريب ثم ان قولهما اما اذا اقر له بدين ثم اعتق قبل الموت لم يذكره ههنا ان اراد بذلك ان صورة الاقرار لم تذكر ههنا بعينها صراحة فهو مسلم لكن صورتا
الوصية والهبة لم يذكرا ههنا بعينهما صراحة بل اندرجتا في اشارة قوله وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق فما معنى جعل هذه المسئلة شاملة لصورتي الوصية
والهبة دون صورة الاقرار وان اراد بذلك ان صورة الاقرار لم يذكر ههنا اصلا اي لا صراحة بعينها ولا اندراجا في اطلاق اشارة شيء فهو ممنوع فان مسئلتنا
هذه مع ما قبلها من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير ههنا على ما نقل في غاية البيان هكذا وقال في المريض اقر لابنه وهو نصراني بدين او وهب له هبة
فقبضها او اوصى له وصية ثم اسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل وكذلك لو كان الابن عبدا فاعتق في هذا انتهى ولا يذهب عليك ان صورة الاقرار
وصورتي الوصية والهبة سيان في الاندراج تحت اطلاق اشارة قوله وكذلك لو كان الابن عبدا فاعتق في هذا فالحق ان مراد المصنف ره بقوله وكذا لو كان الابن
عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا هو انه يبطل الاقرار والهبة والوصية كلها في هذه المسئلة ايضا لدليل ذكرناه في المسئلة السابقة وان مراده بقوله وذكر في كتاب
الاقرار الى قوله قال والفقيه بيان ان في صورة الاقرار رواية الصحة ايضا وكذا في صورة الهبة واما في صورة الوصية فلا رواية للصحة اصلا تبصر ترشد

باب العتق في المرض قال جمهور الشراح الاعتاق في المرض من انواع الوصية لكن لما كان له احكام مخصوصة افرده بباب على حدة وآخره عن صريح
الوصية لان الصريح هو الاصل انتهى اقول فيه فتور لان الاعتاق في المرض ليس من انواع الوصية بل هو امر مغاير للوصية حقيقة فان الوصية ايجاب بعد الموت
وهذا منجز غير مضاف كما سيصرح به المصنف ره فكيف يكون هذا من انواع الوصية نعم انه في حكم الوصية اذا وجد في مرض الموت حينئذ حيث يعتبر من الثلث لا من
جميع المال كما سيأتي ايضا في الكتاب فالوجه ان يقال لما كان الاعتاق في المرض امرا مغايرا لحقيقة الوصية ولكن كان في حكمها افرده بباب على حدة وآخره

في بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذا امر غير مضاف
واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتداه المريض من ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يلزمه في حال الحياة كما في الحياة وكل ما اوجبه بعد الموت
فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اعتبارا بحال الانشاء دون حال العقد كما قدمناه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد لكن صحيحا من جميع المال وان كان
مريضا من الثلث وكل مريض صح منه فهو كحال الصحة لان العبرة بتبين انه لاحق له لا بيد في ماله قال وان ابى ثم اعتق وضمان الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند
ابي حنيفة رح وان اعتق ثم حابى فهما سواء لان الحق اولى في المسئلتين الاصل فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها مجاوزة الثلث فكل من اصحابها يضرب بجميع وصيته
في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير والقصم والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد
تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه انفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ
من جهة الموصي وغيره ويلحقه وكذلك المحاباة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي واذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا
ولا يقدم البعض على البعض هما في الخلافية ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت
وله ان المحاباة اقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى
فاذا وجدت المحاباة اولا دفع الاضعف واذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة

من حقيقة الوصية لكونها هي الاصل **قوله** وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز اقول في عبارة المصنف هنا تسامح فان قوله جائز في النسخة الاولى محمول في
الكلام وقوله فهو وصية في هذه النسخة موضوع ومحمول فكيف يكون الثاني مكان الاول فالظاهر ان يقال مكان قوله فذلك كله جائز **قوله** وانما قدم العتق الذي
ذكرناه انفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه الفسخ وكذا المحاباة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي اقول في هذا التحرير قصور بل خلل اما اولا فلان قيد
من جهة الموصي في قوله فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي حشو مفسد لانه يدل بطريق مفهوم المخالفة المعتبر عندنا ايضا في الروايات كما صرحوا به على ان من يلحقه
الفسخ من جهة غير الموصي كما في المحاباة مع ان الفسخ لا يلحق العتق من جهة احد اصلا وان لحق المحاباة من جهة غير الموصي وهو المشتري واما ثانيا فلان قوله وغيره
يلحق الفسخ يوهم باطلاقه ان يلحق الفسخ المحاباة ايضا من جهة الموصي مع انه قال وكذا المحاباة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي فالحق في تحرير هذا المقام ان يقال
فانه لا يلحقه الفسخ اصلا والمحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي واما غيرها فيلحقها الفسخ من جهة الموصي وغير الموصي ايضا ثم ان كثيرا من الشراح منهم صاحب العناية
قالوا في تفسير قول المصنف ره هنا وغيره يلحقه الفسخ اي غير العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال انتهى اقول ليس ذاك بسديد فان العتق
المعلق غير العتق الموقع ولهذا عطفه المصنف ره عليه فيما قبل حيث قال الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح مع انه لا يخفى
ان العتق المعلق ايضا لا يلحقه الفسخ عندنا والحق ان يقال في تفسير قوله وغيره يلحقه الفسخ اي غير العتق الذي ذكرناه انفا وهو العتق الموقع في المرض والعتق المعلق
بموت الموصي فحينئذ يستقيم المعنى جدا كما لا يخفى واللفظ ايضا يساعده لا محالة فان العتق الذي ذكرنا يعم العتق الموقع والعتق المعلق كما ترى **قوله**
واذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا قال صاحب النهاية في تفسير قوله يستوي فيه من سواهما اي سوى العتق
والمحاباة واقتفى اثره صاحب العناية اقول فيه سماجة ظاهرة فان كلمة من في قوله من سواهما تابى هذا التفسير جدا كما لا يخفى وكذا قوله من اهل الوصايا بعد قوله من سواهما
ينافي ذلك كما ترى فالوجه في تفسير ذلك ان يقال اي سوى المعتق والذي حوبي له او سوى اهل العتق والمحاباة نعم يمكن تقدير المضاف في تفسير الشارحين
المزبورين وهو لفظ الاهل او لفظ الصاحب لكنه خلاف الظاهر في مقام التفسير اذ المقصود من التفسير الكشف والبيان لا الاخفاء والتعمية فتعين السماجة في
تفسيرهما المذكور لا محالة **قوله** لهما في الخلافية قال صاحب العناية في بيان الخلافية وهي التي قدم فيها المحاباة على العتق وتبعه العيني اقول هذا شرح فاسد لان
الخلاف بين ابي حنيفة ره وصاحبيه في كلتا المسئلتين المذكورتين وهما التي قدم فيها المحاباة على العتق والتي قدم فيها العتق على المحاباة والدليل المذكور
من قبلهما وكذا الدليل المذكور من قبلهما يمشيان في تينك المسئلتين مقابلا كلفة كما لا يخفى على ذي مسكة فلا وجه لتفسير الخلافية هنا بما يخص المسئلة الاولى منهما
والصواب في بيانها ان يقال هي التي اجتمع فيها العتق والمحاباة سواء قدم العتق في المحاباة او قدم المحاباة على العتق **قوله** ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت قال
في العناية الا يرى انه اذا اوصى بثلث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم اثلاثا وصل او فصل ولا عبرة للبداءة فكذلك ههنا انتهى وهكذا ذكر في النهاية وفي معراج الدراية
نقلا عن الاسرار اقول لقائل ان يقول حكم الايصاء في صورة التنوير نازل وقت موت الموصي في حق كل واحد منهم لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت
فكان فيها معنى التعليق والحكم في التعليقات ينزل عند وجود الشرط وزمان تحقق الشرط الذي هو الموت في حق كل واحد منهم في صورة
التنوير زمان واحد فلهذا كان الثلث الموصى به لهم بينهم اثلاثا بخلاف ما نحن فيه فان العتق الموقع في المرض منجز غير مضاف الى ما بعد الموت و
كذا المحاباة في البيع اذا وقعت في المرض المنجز يوجب الحكم في الحال لا محالة فينبغي ان يثبت الحكم في المقدم في الذكر قبل ان يثبت في المؤخر فيه فافترقت

وعلى هذا قال ابو حنيفة رح اذا جاء ثم اعتق ثم جاء قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان
وان اعتق ثم جاء قسم الثلث بين العتق والاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق اولى بكل حال قال ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد
فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة رح وان كانت وصيته مجملة يجزئه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها شيء من الحجة يرد على الورثة ولا يعتق عنه بما
بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذ ما فيمن يشترى بباقي المائة بعد هلاك بعضها يوجب الباقي اليه وقيل هذه المسئلة
له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانه قربة محضة فيحتمل الله تعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما اذا اوصى لمن بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسئلة
بناء على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عند ابي حنيفة حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعندهما حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى
فاختلف المستحق وهذا اشبه قال ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة وقد كان اعتقه وهو مريض فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في ثلث المال وان كان
في يده الوصية وقد وقعت بالكل من الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة لان الامتناع لحقهم وقد اسقطوه قال ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى جناية ودفع بها بطلت الوصية لان
الدفع تدخل لما ان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصى فكذلك على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت
الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بدين عليه فان فداه الورثة كان الفداء من مال الورثة لانهم هم الذين التزموه وصحت الوصية لان العبد طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فتنفذ
الوصية قال ومن اوصى بثلث ماله لآخر فاقر الموصى له الوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له
الا ان يفضل من الثلث شيء او يقيم له البينة ان العتق في الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة لغو وصية ولهذا ينفذ من جميع مال الوارث
بتدبيره والعتق في المرض وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال وكان منكرا لقول الموصى له لان النكول يمين وكان العتق حادثا والحادث يضاف الى اقرب الاوقات وقال الشافعي بما كان الظاهر
شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين الا ان يفضل من الثلث شيء فيكون له نفذه العبد لانه لا يزيد له بنفذه او يقيم له البينة ان العتق في الصحة لاثباته بالبينة لاثبات صحته وهو حصوله
اقامة لاثبات حقه قال ومن ترك عبدا فقال الوارث اعتقه ابوك في الصحة وقال رجل لي على ابيك الف درهم فقال صدقا فان العبد يسعى في ثلثه عند ابي حنيفة ولا يسعى
ولا يسعى في ثلثه ان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا فيصدق الوارث في كلام واحد فصار كانهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله
ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى تقضيته ان يبطل العتق اصلا الا انه يعمل وقوعه
لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان الدين اسبق لانه لا مانع له من الاسناد فيسند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة
لان الدين يمنع العتق في حالة المرض فيجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت
الف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما هما سواء

الصورتان فتامل **قوله** وعلى هذا قال ابو حنيفة رح اذا جاء ثم اعتق ثم جاء قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها
وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان قال في العناية فيه بحث وهو ان يقال المحاباة الاولى مساوية للمحاباة الثانية والمحاباة الثانية مساوية
للعتق المتقدم عليها فالمحاباة الاولى مساوية للعتق المتاخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب ابي حنيفة رح وايضا لو جاء ثم جاء ولم يخرج
من الثلث تحاصا وما ذكرتم من ان التقديم يقتضي الترجيح ليس بمدعى ان ينفذ الاولى ثم الثانية والجواب عن الاول ان شرط الانتاج ان يلزم النتيجة القياس
لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه وعن الثاني انه انما تحاصا لان ما يحتمل النقص من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقص اذا لم يخرج من
الثلث واذا كان كذلك نفذناه جميعا ثم نقضناه بعد الموت وثبت لها حكم الوصية وههنا نافذتان فاستويا كذا في النهاية الى هنا لفظ العناية اقول فيه نظر
من وجوه الاول ان السوال الثاني غير متجه على كلام المصنف رح اصلا اذ لم يقل المصنف رح قط ان التقديم مطلقا يقتضي الترجيح بل انما قال ان تقديم الاقوى
يقتضي الترجيح كما في تقديم المحاباة على الاعتاق لكون المقدم اذ ذاك اقوى اما للاضعف المؤخر واما تقديم غير الاقوى فلا يقتضي الترجيح لعدم احتماله وقوع المؤخر
اقوى كما في تقديم العتق على المحاباة ولا دفع المؤخر المساوي كما في تقديم احدى المحاباتين على الاخرى على ما هو المذكور في السوال الثاني فلا اتجاه له
اصلا على ما ذكره المصنف رح والثاني ان الجواب المذكور عن السوال الاول ليس بسديد لان لزوم النتيجة للقياس لذاته انما هو شرط الانتاج مطلقا
لا شرط الانتاج في الجملة فانهم مصرحون في علم الميزان بان قياس المساواة وان لم يستلزم النتيجة لذاته الا انه يستلزمها بواسطة مقدمة غيرية اذا صدقت تلك
المقدمة كما في قولنا اما ب وب مساو لج فانه ينتج ويستلزم ان اما ج بواسطة مقدمة غيرية صادقة وهي التي ان كل مساوي المساوي مساو والسوال الاول
بمثل هذه الصورة فلا يدفعه عدم استلزامه النتيجة لذاته كما لا يخفى والثالث ان الجواب المذكور عن السوال الثاني مما لا حاصل له فاذا اريد به ان تنفيذ المحاباتين
جميعا ثم نقضهما بعد الموت يرتفع تقديم احدهما على الاخرى فذلك امر لا يساعده العقل وان اريد به ان التقدم والتاخر بينهما باقيان ولكن لا تاثير لهما في
ترجيح المقدم على المؤخر في هاتيك الصورة فذلك لا يدفع ذلك السوال المبني على كون ما ذكره المصنف رح ان التقديم يقتضي بعد الترجيح مطلقا فالصواب في
رد السوال الثاني ما نبهنا عليه انفا من ان الذي ذكر في الكتاب ان تقديم الاقوى يقتضي الترجيح لا ان التقديم مطلقا يقتضي ذلك فلا اتجاه لذلك
السوال في دفع ذلك السوال الاول لما ذكره صاحب معراج الدراية نقلا عن الفوائد الحميدية حيث قال فان قيل ينبغي ان يقسم الثلث بين الكل اثلاثا لان
المحاباة الثانية مساوية للاولى والعتق مساو للمحاباة الثانية وكان مساويا للاولى لان المساوي للمساوي مساو قلنا العتق مساو للثانية بتوسط مقدمة وهو تقدمه
عليها فلا يساوي الاولى وبهذا خرج الجواب عن اشكال آخر وهو ان يقال المحاباة ترجحت على العتق والثانية مساوية للاولى فينبغي ان يترجح على العتق الاولى
لان المساوي للراجح راجح لما مر ان رجحان الاولى بمعنى تخصيصها وهو تقدمها عليه كذا قال ينبغي ان لا يكون المحاباة الثانية بشيء لانها مساوية للعتق والعتق مرجوح

فصل قال ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفرائض اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم فان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوي رح انه يبتدئ بالزكوة ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف رح وفي رواية عنه انه يقدم الحج وهو قول محمد له وجه الاولى انها وان استويا في الفرضية فالزكوة تعلق بها حق العباد فكان اولى وجه الاخرى ان الحج يقام بالمال والنفس والزكوة بالمال قصرا عليه فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكوة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارة والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية

والمساوي للمرجوح مرجوح كذا في الفوائد الحميدية انتهى قاتل

فصل ترجم هذا الفصل في مختصر الكرخي بباب الوصايا اذا ضاق عنها الثلث كذا في غاية البيان وقدم المصنف رح باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل كذا في عامة الشروح **قوله** ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي او اخرها اقول التشكيل اطلاق هذه المسئلة بالعتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي على اصل ابي يوسف ومحمد رح فان العتق عندهما من حقوق الله تعالى حتى تقبل الشهادة عليه عندهما من غير دعوى كما تقرر في محله وصرح في الباب السابق الصانع انه يقدم على الفرائض منها بالاتفاق وان كان نفسه من التطوعات كما صرح به في عامة المعتبرات وذكر في النهاية وغاية البيان ايضا نقلا عن شرح الطحاوي قائل **قوله** لان الفرضية اهم من النافلة والظاهر من البداية بما هو الاهم اقول يرد على ظاهر هذا التعليل انه ينافي قوله في وضع المسئلة قدمها الموصي او اخرها اذ على تقدير ان آخر الفرائض تكون بداية بالنافلة لا محالة فلا يقع منه البداية هناك بالاهم اذ لا شك ان الاهم هو الفرائض فكيف يتمشى هناك ان يقال الظاهر منه البداية في الاعطاء والتمليك لا البداية والذكر والتلفظ فالمعنى ان الظاهر من حال الموصي البداية في الاعطاء والتمليك بما هو الاهم في الشرع وان آخر في الذكر والتلفظ ووجه آخر وهو ان يكون المراد بالبداية المذكورة بداية من ينفذ وصاياه ويؤديها الى محلها من الموصي والقاضي ونحوهما لا بداية نفس فالمعنى ان الظاهر من حال الموصي ان يقصد بداية من ينفذ وصاياه ويصرفها الى محلها بما هو الاهم في الشرع من بين ما ذكره نفسه **قوله** فان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث الظاهر يبتدئ بالاهم يعني ان تساوت الوصايا التي من حقوق الله في القوة ان كان كلها فرائض وواجبات او نوافل بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر من حال الانسان ان يبتدئ بالاهم اقول قائل ان يقول في تمام التعليل نظر اذ الظاهر ان الاهم في حقوق الله تعالى ما هو الاقوى منها والمفروض في وضع مسئلتنا هذه تساوي تلك الحقوق فكيف يتصور اهمية بعضها من بعض وان وجد التفاوت بينها في القوة من جهة بعد تساويها في القوة من جهة الفرضية او الوجوب او التنفل فالظاهر ان اهمها ما هو اقواه في اعتبار الشرع دون اعتبار الموصي فان اريد بالاهم في قوله لان الظاهر يبتدئ بالاهم ما هو الاهم اي الاقوى في اعتبار الشرع فلا نسلم ان الظاهر ان يبتدئ به اذ لا يهتدي كل احد الى معرفة ما هو الاقوى في اعتبار الشرع من بين الفرائض او الواجبات او النوافل فكيف يجعل ابتداؤه بشيء منها دليلا على كونه اقوى من غيره في اعتبار الشرع وان اريد بالاهم في ذلك ما هو الاهم عند المتبدئ فما صرح به في الكافي حيث قال لان الظاهر من حال الانسان ان يبتدئ بما هو الاهم عنده فيكون الظاهر ان يبتدئ به مسلم لكن كون هذا الظاهر حجة للبداية في التنفيذ والاداء بما قدمه الموصي في الذكر مع العلم بكون ما آخره اهم في اعتبار الشرع غير واضح فان كون الظاهر من حال الانسان ان يبدأ بما هو الاهم عنده متحقق في المسائل المتقدمة ايضا مع انه لم يعمل به هناك بل هو الاهم عند الشرع حيث قدمت الفرائض سواء قدمها الموصي او اخرها فليتدبر في المقام ثم ان صاحب الغاية قصد تعليل المسائل المتعلقة بهذا التقاسم وضبطها فقال ثم ان الوصايا اما ان يكون كلها لله تعالى او كلها للعباد او يجمع بينهما فرا للعباد اما ان يقدم ذكرها او بالله تعالى اما ان يكون كلها فرائض كالزكوة والحج والصوم والصلوة او واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر او كلها نوافل كالتطوع والصدقة على الفقراء وما اشبهها او يجمع بين هذه الوصايا كلها فان جمع بينها والثلث يحتمل جميع ذلك ينفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتمل ذلك ولكن اجازت الورثة وان لم يجيزوا فان كان كلها لله وهي فرائض كلها او واجبات كلها او تطوع يبدأ بما بدأ به الميت وان اختلفت يبدأ بالفرائض قدمها الموصي او آخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفرضية اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم انتهى كلامه اقول في تقرير خلل لان ضمير منه

وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض **قال** وما ليس بواجب قدم منه فما كان موصى به منها وما كان متبرعا به منها قالوا ان الثلث
يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد فما اصاب القرب صرفه اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على من اقر بها ويجعل
كجميع عطية واحدة لان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحد في نفسه مقصود كالتبرعات ووصايا الآدميين **قال** ومن اوصى بحجة الاسلام تجوز عنه
من جميع ماله من بلد حج راكبا دون الواجب لله تعالى لان الحج من بلده لا يتأدى به من المال ما يكفيه من بلده الوصية به ذلك ملغو لوجوب عينه فان كان راكبا لانه لا يلزمه
ان يحج ماشيا فصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه **قال** فان لم تبلغ الوصية النفقة تجوز عنه من حيث تبلغ من القياس لا يحج عنه لانه اسقاط على صفة
عين مثلها فيه تأخير الاداء الى ما بعد موت الموصي وهو تبرع فيجب تنفيذ ما امكن تنفيذه وهو اولى من ابطالها رأسا ووجه الاستحسان ان الوصية
بالحج من قبل قال وهو تبرع بالمال فيعتبر من الثلث وهو قول ابي يوسف رحمه الله وعن محمد رحمه الله انه يحج عنه ماشيا
استحسانا وهذا اذا كان الطريق آمنا ويسير الحج ثم قوله وسقط فرض قطع المسافة يقدره الى آخره لا ذو واجب على الوجه الذي وجب والله اعلم

في قوله وان لم يخرجوا الا ان يرجع الى الوصايا الجامعة بين الفرائض والواجبات والنوافل او يرجع الى مطلق الوصايا جامعة كان بينها او غير جامعة فان رجعت
الى الاولى كما هو الظاهر من سياق كلامه حيث قال فان جمع بينها فساق كلامه الى آخره يلزم ان لا يصح قوله فان كان كلها تطوعا وهي فرائض كلها او واجبات او
متنوعة لان الوصايا التي كلها فرائض والتي كلها واجبات والتي كلها تطوع فمات الوصايا الجامعة بينها كما ذكره من قبل فكيف يتصور ان تجعل هنا قسما منها وان
رجع الى الثانية فمع كونه مما يأباه سياق كلامه يلزم ان يكون كثير من الاقسام مع احكامها مما لا يتعرض كما في تمام تفصيل ذلك مثل ان يكون الوصايا كلها فرائض
او واجبات او نوافل والثلث يحتمل الكل او لا يحتمل ذلك ولكن اجازة الورثة فان كلامنا فيه خرج بقوله فيما قيل فان جمع بينها ولم يذكر فيما بعد اصلا فيفوت المقصود
من البسط بالبيان وهو الضبط والجمع ثم ان الشارح المذكور انما وقع فيما وقع بناء على قوله فان جمع بينها بعد قوله او يجمع بين هذه الوصايا كلها ولو سلك في التقرير مسلك
غيره من شراح هذا الكتاب وغيرهم فقال بعد قوله او يجمعين هذه الوصايا كلها فان كان ثلث ماله يحتمل جميع ذلك وسياق كلامه آخره لسلم عن جميع ما ذكرنا في بيان
تأمل تفت **قوله** وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض قال الشراح فمن ذلك ان يقدم صدقة الفطر على النذور لكونها واجبة بايجاب الشرع وكون
النذور واجبة بايجاب العبد انتهى اقول لقائل ان يعارض ويقول عرف بعض النذور بالقرآن وهو قوله تعالى وليوفوا نذورهم وعرف وجوب صدقة الفطر بالسنة
فينبغي ان يقدم النذور على صدقة الفطر بناء على ذلك كما قدم الكفارة في القتل والظهار واليمين عليها لذلك على ما ذكر في الكتاب **قوله** قالوا ان الثلث يقسم
على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبد الى آخره وفي غاية البيان قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي فان قيل اذا كانت الوصية بحجة الاسلام ينبغي
ان يقدم على الوصية للانسان لان ذلك ليس بفرض والحج فريضة قلنا هذا اذا اتخذ المستحق فاما عند اختلاف المستحق فلا تعتبر قوة الوصية انتهى اقول في
الجواب نظر فانه منقوض بالعتق الموقع والعتق المعلق بموت الموصي وبالمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض فان كلا منها تقدم على سائر الوصايا ما كان لله وما كان
للعبد لقوة العتق من حيث انه لا يلحقه الفسخ اصلا وقوة المحاباة ايضا من حيث انه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي كما مر في باب العتق في المرض ولو لم يعتبر قوة الوصية
عند اختلاف المستحق لما قدمت المحاباة عند اجتماعها مع وصايا من حقوق الله تعالى لان المستحق في المحاباة هو العبد وفي حقوق الله هو الله تعالى فقد اختلف المستحق وكذا
الحال في العتق الموقع في المرض والمعلق بالموت عند اجتماعه مع حقوق الله تعالى عند ابي حنيفة رحمه الله لان العتق حق العبد عنده وعند اجتماعه مع حقوق العباد عند صاحبيه
لان العتق حق الله تعالى عندهما على ما عرف فتدبر **قوله** لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة يقدره الى آخره قال صاحب العناية قوله لهما
ان السفر بنية الحج وقع قربة الى آخره مدفوع بقوله عليه السلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلثة فان الخروج للحج ليس منه ورد بان للكفر اذا اطعم بعض المساكين
فمات واوصى به وجب الاكمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع اطعامه بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب ابي حنيفة رحمه الله عن ذلك فهو جوابنا عن الحج واجيب بالفرق
بان سفر الحج لا يتجزى في حق الآمر بدليل ان الاجير لو حج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وقرض الآمر الى الحج غيره يرضى الوصي لم يجز ولزمه رد ما انفقه
واما الاطعام فانه يقبل التجزي حتى ان المأمور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم ترك البعض وامر به غيره فانه يجزيه كذا في الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل
بين المتجزي وغيره في الانقطاع الا ان يقال التجزي في الاطعام مستند الى الكتاب فانه اقوى وان كان دلالة فعمل به الحج لم يكن فيه دليل اقوى من الحديث فعمل به
الى هنا لفظ العناية اقول السؤال والجواب اللذان ذكرهما بقوله ورد واجيب مذكوران في النهاية وغيرها وتصرف هذا الشارح نفسه انما هو في قوله وهذا ليس بدافع
الى آخره هنا فظ اذ ليس مدار الجواب المذكور على ان التجزي لا ينقطع وغير التجزي ينقطع حتى يرد عليه ما قاله من ان الحديث لم يفصل بين التجزي وغيره بل مداره
على ان الانقطاع لا يضر في التجزي وانما يضر في غير التجزي فان كل عمل غير متجزئ اذا انقطع قبل التمام يبطل من الاصل بالضرورة ويلحق بالعدم كما في الصوم والصلوة

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي حنيفة وقالا هم الملاصقون ومن غيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان ان هؤلاء كانوا يسمون جيرانا عرفا وقد ايد بقوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد وفسر بكل من يسمع النداء ولان المقصد بر الجيران واستجابته بتعظيم الملاصق غير انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي رحمه الله الجوار الى اربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما

وانجح غير متحجر اذا انقطع بموت الحاج في الطريق ويجب ان يحج من بلد الموصي اذا لم يجب على الوجه الذي وجب عليه بخلاف العمل المتجزي فانه لا يلزم من انقطاعه قبل تمامه ان يبطل من الاصل بل يجوز ان يتمم الآخر ما بقي منه كما اذا اطعم المامور بالاطعام بغير المساكين ثم ترك البعض وامر بغيره فانه يجزيه كما نص عليه في الاسرار وعلى هذا كان الجواب المذكور دافعا للسؤال قطعا ولعدم فرق الشارح المزبور بين الدارين قال في تقرير السؤال ولم ينقطع باطعمه بالموت والواقع في النهاية بدل ذلك ولم يبطل هناك باطعمه بالموت وفي معراج الدراية بدله ولم يجب الاستيناف هناك بل وجب الاكمال بما بقي بالاتفاق ثم ان مدار التوجيه الذي ذكره صاحب العناية بقوله الا ان يقال المتجزي في الاطعام مستند الى الكتاب الى آخره على ان المتجزي ينافي الانقطاع والا لم يكن بين الحديث المذكور والكتاب الدال على تجزي الاطعام تعارض اصلا حتى يترك العمل بالحديث المذكور في حق الاطعام ويعمل بالكتاب فيه لقوته وقد عرفت ان المتجزي لا ينافي الانقطاع بل يتحقق الانقطاع في المتجزي وغيره الا ان الاكمال فيما بقي متصور في المتجزي دون غيره فلا يقتضي العمل بالكتاب في حق الاطعام ترك العمل بالحديث المذكور في حق ذلك كما لا يخفى فما ارتكبه الشارح المزبور هنا من ضيق العطن كما ترى

باب الوصية للاقارب وغيرهم آخر هذا الباب عما تقدمه لانه ذكر في هذا الباب احكام الوصية لقوم مخصوصين وذكر فيما تقدم من احكام الوصايا على وجه العموم والخصوص ابدا مثله العموم كذا في الشروح **قوله** ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون قال صاحب العناية كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب ويجوز ان يقال الواو لا يدل على الترتيب وان يقال فعل ذلك اهتماما بامر الجار انتهى كلامه اقول كل من توجيهيه كاسد الاول فلان الواو انما لا يدل على الترتيب الخارجي اي لا يدل على وقوع مدخوله في الخارج بعد وقوع المعطوف عليه فيه واما تاخر مدخوله في الذكر عن المعطوف عليه فيه فامر ضروري ولا يخفى ان مدار قوله كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب على الثاني بمعنى لما تقدم ذكر الوصية للاقارب في ترجمة الباب كان حق الكلام ان يقدم ذلك في بسط المسائل ايضا لتحصل التناسب بين الاجمال والتفصيل وعدم دلالة الواو على الترتيب في الوقوع الخارجي لا يدفع ذلك بلا ريب واما الثاني فلان الاهتمام بامر الجار لو كان واجبا او مستحسنا لفعل ذلك في ترجمة الباب بان قال باب الوصية للجيران وغيرهم ولما لم يفعله هناك علم ان اهتمامه كان بامر الاقارب فكان حق الكلام هنا ان يساق على سواله رعاية للتناسب **قوله** ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع تصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق اوضحه في الكافي حيث قال ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع الا يرى انه لا يدخل فيه جار المحلة وجار الارض وجار القرية صرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق انتهى وعن هذا قال في العناية في شرح قول المصنف رحمه الله لما تعذر صرفه الى الجميع يعني تقدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض اقول لقائل ان يقول عدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض في الوصية لجيران الموصي لعدم انطلاق لفظ الجيران المضاف الى الموصي نفسه على شيء من ذلك لا حقيقة ولا عرفا بخلاف من يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد محلته فان هؤلاء كلهم يسمون جيران الموصي عرفا كما سيأتي في وجه الاستحسان فلا يلزم من تعذر صرفه الى الجميع تعذر صرفه الى اهل المسجد محلته كما قاله الامامان حتى يتعين صرفه الى اخص الخصوص كما قاله ابو حنيفة رحمه الله فتامل **قوله** ولان المقصد بر الجيران واستجابته بتعظيم الملاصق وغيره اقول ولقائل ان يقول لهم ان مقصود الموصي من ايصائه بجيرانه بر الجيران لكن الجيران هم الملاصقون وغيره لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة فكيف يتناول الملاصق وغيره وان صير الى كون غير الملاصق ايضا من اهل المحلة جيرانا عرفا يلزم المصير الى الدليل الاول فلا يكون المجعل هذا التعليل دليلا ثانيا كما هو مقتضى التحرير وجه كما لا يخفى **قوله** قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم اقول التعميم المستفاد من قولهم ويستوي فيه الساكن والمالك ربما يتقيد بما في المنظومة فيما مر بقوله فمن يسكن محلة الموصي الا ان يكون ما نقله هنا عن المشايخ رواية اخرى لكن اسلوب تحريره ياتي ذلك كما لا يخفى على الفطن وقال بعض المتاخرين المفهوم

لان الصدقة لا تصح بدون القبض وهو غير ممكن قال ومن اوصى لمكاتبه جاز لما روى ان النبي عليه السلام لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من سبي خيبر
وجعل عتقهم صداقها ولان الوصية تصح بالمجهول والمكاتب معلوم فتصح وصيته لعبد ابيه وزوجته وكل ذي رحم محرم منه لانه لا يدخل فيه زوجته وكل ذي رحم محرم منه لانه لا يدخل فيه
تصح لرحمات مولى ولانه لا يدخل فيه ابنه من ابيه لان الوصية تصح لعبد الغير وهو يستحق الوصية ولا يدخل فيه ابنه من ابيه لانه لا يستحق الوصية لان بقاء الصحة بقاء النكاح وهو شرط عند الموت
قال ومن اوصى لاقاربه فهو لمن يقع عليه اسم القرابة من قبل ابيه وامه ممن لا يرث لان الاسم يتناول الاقارب ولا يدخل فيه الوالد والولد الاقرب ولا الاجداد
لان الاقتصار عليهم لا يقال هو اقرب الاقارب لانه يتناول كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون لكل الاثنين نصفا عند ابي حنيفة وقال
صاحباه وصيته لكل من يسمى اقاربه في الاسلام وهو اول اب اسلم وان ادرك الاسلام ابوان لو اسلم احدهما لا يختلف فيه انتسابهم اليه وتاريخ الاختلاف
تقرر بموت الاب على الاسلام ادركه الاسلام المسلم لهما ان القرب حق من القرابة يكون اسم الى ثابت به فيتعلق بحقيقته مواضع الخلاف له ان الوصية اخت الميراث في
الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بجمع المذكر فيه اثنان كذا في الوصية والمقصود من هذه الوصية تداول الصلة وهي تختص بذي الرحم المحرم منه
ولا يدخل فيه قرابة الاولاد لانهم يتميزون بالاسم من بني الذكر قريبا كان منه معقودا وهذا لان القرب في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد
بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ لعدم انعقاده لاجماع على تركه فعند الاطلاق يتقيد بما تقرر وعند الشافعي بالاب الادنى قال فان اوصى
لاقاربه وله سهمان وخالان فالوصية لعمه عندنا اعتبارا للاقرب كما في الميراث وعند صاحبيه له ابوان اعتبارا لان الاقرب لو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية و
النصف للخالين كذلك هذا من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا اوصى لذوي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيرد
الواحد كلها الا اذا كان لا يرث لو كان له نصف الثلث لما بيناه ولو ترك عما وخالا وخالة فالوصية للعم والجمعة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما هي اقوى
وانفع وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا ولكن اذا اوصى لذوي قرابته او لقرابته او لانسبائه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع
ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف قال ومن اوصى لاهل فلان فهي على لغة جنسه عند ابي حنيفة رحمه الله لا يتناول
كل من يعولهم ويضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى وآتوني باهلكم اجمعين

من قول المصنف رحمه الله ومن يسكن محلة الموصي الى آخره اشتراط السكنى في استحقاقهم الوصية عندهما ملاكا او غيرهم ونقله عن المشايخ عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا
ملاكا بدليل تخصيص خلافهما بالعبد الساكن فقال انتهى كلامه اقول ليس هذا بتام لان تخصيص خلافهما بالعبد الساكن انما يكون دليلا على عدم الخلاف في الحر الساكن لا على
عدم الساكن في الحر الغير الساكن اذا كان ملاكا حتى يفهم منه عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملاكا ثم ان تعليل قولهما في العبد الساكن بقوله لان الوصية له
وصية لمولاه وهو غير الساكن بمنزلة التصريح في اشتراط السكنى عندهما في استحقاقهم الوصية وان كانوا احرارا وملاكا فانه قال وهذا غير ساكن لم يقل وهو غير مالك للدار
فدل قطعا على ان عدم دخول العبد الساكن عندهما لعدم تحقق سكنى مولاه الذي هو الموصى له في الحقيقة وهذا انما يتم باشتراط السكنى عندهما في استحقاقهم الوصية
فلا معنى لاستنباط عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملاكا من الخلافية المذكورة كما فعله ذلك البعض قوله لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن قال
بعض المتأخرين ولقائل ان يقول المراد بدخوله كون نفسه موصى له ومستحقا للوصية فيحمل على انه لو اعتق قبل موت الموصي صار مستحقا له ولا يضره كونه عبدا وقت الوصية
اذ العبرة وقت الموت فالخلاف بينهما غير حقيقي وايضا الوصية بالعبد ثم لمولاه لان العبد وما يملكه لمولاه فسكناه كاف في استحقاقه الوصية فقائل ان يقول هنا
فلا معنى لقوله اذ الحمل من قبل كلامه غير صحيح اما الاول منهما فلان العبرة اذا كانت لوقت الموت دون وقت ايجاب الوصية كان الخلاف المذكور بينهما فيمن كان
عبدا وقت الايجاب كان الخلاف في ذلك حقيقيا لا محالة واما الذي كان عبدا وقت الايجاب ثم اعتق قبل الموت فصار حرا وقت الموت فخارج عن محل الخلاف
المذكور قطعا لانه لما صار حرا في الوقت الذي له العبرة في احكام الوصية عامة هو وقت موت الموصي صار من قبيل سائر الاحرار بلا تفاوت فلا يصلح ان يكون
محل الخلاف فيما نحن فيه بلا ريب فكيف يحمل الكلام عليه واما الثاني فانه لا شك ان ليس معنى الوصية للعبد ان يملك شيئا للعبد تمليكا مضافا الى الموت فيملكه العبد
ابتداء عند الموت ثم ينتقل الملك من ذلك العبد ابتداء لكن بطريق الخلافية عن ذلك العبد كما هو الحال في سائر التمليكات للعبد على ما صرحوا به والا يلزم ان يكون
العبد مالكا لنفسه ابتداء ولم يقل به احد فاذن كانت الوصية للعبد وصية لمولاه وكان التمليك له تمليكا لمولاه فلا معنى لقول ذلك البعض فسكناه كاف
في استحقاق الوصية قال تبشير قوله ومن اوصى لاصهاره قال صاحب النهاية اي لاقرباء امرأته وفي الصحاح الاصهار اهل بيت المرأة انتهى وقد مضى اثره في
هذا التفسير والاستشهاد بما في الصحاح صاحب الغاية ومعراج الدراية اقول تفسير الاصهار في هذه المسئلة باقرباء امرأته لا يناسب قول المصنف رحمه الله فيما بعد وكذا
يدخل فيه كل ذي رحم محرم منه من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار فان كلا منهم ليس من اقرباء امرأته مع انهم يدخلون في الايصاء
بالاصهار على كون كلهم اصهارا كما صرح به المصنف رحمه الله فالوجه ان تفسير الاصهار في هذه المسئلة بما هو اعم من اقرباء امرأته وقد جاء في اللغة جعل الاصهار اعم من اقرباء
الامرأة قال في الصحاح الاصهار اهل بيت المرأة عن اسماعيل قال ابن السكيت من يجعل الصهر من الاحماء والاختان جميعا انتهى وقال في القاموس الصهر
بالكسر القرابة وحرمة الختونة جمعه اصهار ثم قال وزوج بنت الرجل وزوج اخته والاختان اصهار ايضا انتهى تدبر قوله ولان الوصية اخت الميراث وفي الميراث
يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بجمع المذكر فيه اثنان فكذا في الوصية اقول فيه بحث وهو انه ان اراد ان الوصية اخت الميراث في جميع الاحكام فهو ممنوع

وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله قوله تاهل بلدة كذا وللمطلق ينصرف الى الحقيقة وله ان الاهل القبيلة التي يسكنها
ذكر الوصي لاهل بيت فلان يدخل فيه ابوه وجده لان اهل بيته قرابته وهم فيه على حيثية بهم ابيه لان الانسان يعد منهم
بخلاف قرابته حيث يكون من جانب امه ولا يدخل ابوه وامه لانهم ليسوا من اهل بيت فلان وانما يخصون بدخول الوصية فقرابته وهم اولاده وذكرهم وانما عم ذكرهم لانه لكي يتحقق التمليك في حقهم
والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون بالوصية في الفقراء لانهم المقصودون من الوصية القربة وهي في سد الخلة وفي الجماعة وهذه الاسامي تعرف حقيقة الحاجة وما صدق على الفقراء بخلاف الاولاد اذا اوصى لاشياخ
بني فلان وهم لا يحصون او لاياتامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ تنبيه على الحاجة فلا يدل على صرف المال الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه قياسا من جانب الجهالة للتفاحش وتنزيلا الى البهم
وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا للمثنى بالجمع وقيل اثنان لا وصية على ابيه وقال اوصى لابي فلان يدخل فيه الاناث في قول ابي حنيفة رح الاول قول ابي حنيفة رح وهو قولهما لان جمع الذكور
يتناول الاناث ثم شرح رح وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للاناث بتجوز والكلام الحقيقة بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او انجر حيث
يتناول الذكور والاناث لانه يسمى به الجماعة وهو مجاز في الانتساب بكنى آدم وله ان يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم **قال** فمن اوصى لولد فلان فالوصية بينهم الذكر والانثى
فيه سواء لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه لما نص على لفظ الورثة آثر ذلك بان خصه بالتفضيل
كما في الميراث ومن اوصى لموالي ولده موالي عتقهم وموالي العتقوة فالوصية باطلة وقال الشافعي رح في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر في موضع آخر انه يوقف
حتى يصالحوا لان الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة وكنا ان الجهة مختلفة لان احدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعم
عليه فصار مشتركا فلا ينتظم بالفظ واحد وفي موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لان مقام
النفي والاثبات فيه ويدخل في هذه الوصية من انتقل في الصحة والمرض لا يدخل من بروه واهبات اولاده لان عتق هؤلاء لا يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله

وقد مر في الكتاب انه يجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم بلا خلاف ولا توارث بينهما لاختلاف الدينين على ما تقرر في محله وكذا قدم فيه ان الوصية للقاتل
عند اجازة الورثة ايا ما على ما تقرر في محله عند ابي حنيفة رح ومحمد رح ولا يجوز الميراث للقاتل عند احمد ولو اجازة الورثة كما صرحوا به وكذا مر فيه آنفا في مسئلة الايصاء لاخته انه
يستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد ولا ميراث للعبد اصلا ولا يستوي في الميراث الاقرب والابعد على ما تقرر وان اراد ان الوصية اخت الميراث
في بعض الاحكام فهو مسلم لكنه لا يفيد المطلوب اذ الخصم لا يسلم كون ما نحن فيه من ذلك القبيل بل هو اول المسئلة ثم ان ابا حنيفة رح لم يعتبر الوصية
بين الاخوة والميراث في مسئلتنا هذه ايضا من جهات متعددة حيث قال فيها باستواء الحر والعبد والذكر والانثى والمسلم والكافر كما قال به صاحباه على
ما نص عليه الامام الزيلعي في التبيين حيث قال ويستوي فيه الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والانثى على المذهبين انتهى وقد افصح عنه في الكافي
وغيره ايضا ولا ميراث للعبد والكافر اصلا فضلا عن التساوي مع الحر والمسلم واما الانثى فانها وان ورثت الا انها لا يستوي مع الذكر في الاستحقاق
البتة فلم يعتبر الاخوة بين الوصية والميراث في هاتيك الامور في مسئلتنا هذه ايضا فكيف يتم الاستدلال على مدعاه ابي حنيفة رح هنا بان الوصية اخت الميراث
فيعتبر فيها ما يعتبر فيه ولعل صاحب البدائع تفطن له فلم يتعرض في الاستدلال على قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة على حديث الاخوة بين الوصية والميراث بل استدل
عليه بوجه آخر ذكره وفصله كما لا يخفى على الناظر في كتابه ذاك **قوله** وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم تاهل بلدة
كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة اقول في الاستشهاد بقوله تعالى وسار باهله نظر لانه انما يدل على ان لفظ الاهل يطلق على الزوجة بطريق الحقيقة ولا يدل على انه
لا يطلق على غيرها ايضا بطريق الحقيقة اذ لا يلزم من ان يراد بلفظ في موضع فرد مخصوص من افراده معناه ان لا يجوز اطلاق ذلك اللفظ بطريق الحقيقة على فرد آخر
من افراد ذلك المعنى الا يرى انك اذا قلت رايت انسانا يفعل ذلك واردت بالانسان هناك فردا مخصوصا من افراده لا يلزم منه ان لا يطلق لفظ الانسان
بطريق الحقيقة على فرد آخر من افراده في موضع آخر فاذن لا يثبت بتلك الآية مطلوب ابي حنيفة رح انتهى وهو اختصاص الوصية لاهل فلان بزوجته بل يجوز ان
يتناول غيرها ايضا كما قال صاحباه واعترض عليه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال وقول صاحب الهداية وغيره في الاحتجاج لابي حنيفة رح بقوله تعالى وسار باهله فيه
نظر لانه لم يرد في الآية الزوجة خاصة لانه تعالى قال فلما قضى موسى الاجل وسار باهله آنس من جانب الطور نارا قال لاهله امكثوا الا يرى انه خاطبهم بخطاب الجمع
انتهى واجاب عنه صاحب العناية حيث قال بعد نقله والجواب انه لم ينقل انه كان معه احد من اقاربه واقاربها من ضمهم نفقته فان كان معه الاقارب لم يدخل فيه
احد بالاتفاق انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان هذا كلام خال عن التحصيل في دفع نظر صاحب الغاية فان حاصل نظره القدح في الاحتجاج لابي حنيفة رح
بقوله تعالى وسار باهله بناء على ان ما وقع في سياقه من خطاب الاهل بلفظ الجمع بابي كون المراد بالاهل هناك الزوجة خاصة لا الاستدلال على قول صاحبيه بتلك
الآية حتى يتم ما ذكره صاحب العناية جوابا عنه تامل تفهم فالاظهر في تعليل قول ابي حنيفة رح هنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولابي حنيفة رح ان الاهل عند
الاطلاق يراد به الزوجة في متعارف الناس يقال فلان متاهل وفلان لم يتاهل وفلان ليس له اهل ويراد به الزوجة فتحمل الوصية على ذلك انتهى تبصر تقف **قوله**
ولا يدخل مدبروه واهبات اولاده لان عتق هؤلاء لا يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله اقول في التعليل كلام لان

وعن ابي يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لا يوجد فيه عبد قال لمولاه ان لو ولدت فانت حر لان عتق بنت فيدل الموت بعد عتق بجزء ولو كان له موالي ولاء ولا موالي وموالي موالات يدخل فيها معتقو الولاء دون موالي الموالاة وعن ابي يوسف انهم يدخلون بناء على ان الاسم يتناولهم على السواء ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعتق لانعدام في الحلف عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له احق ولا يدخل فيهم موالي الموالي لانهم موالي غير حقيقة بخلاف موالي ولاء لانهم ينسبون اليه بالاعتاق وجب منه وبخلاف ما اذا لم يكن له موالي ولاء اولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة وكان له معتق ولحق موالي الموالي في النسب لمعتقه والباقي لولاء لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موالي اعتقهم ابوه لانهم ليسوا بموالي له حقيقة ولا مجازا وانما يجذبهم اعتقهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء والله اعلم بالصواب

تقتضي قوله ان عتق ولا يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت ان لا تجوز الوصية لاحد من هؤلاء اصلا اي لا يلزم حينئذ ان يكونوا ارقاء في حالة اضافة الوصية اليها الى حالة الموت فان المفروض كون ثبوت عتقهم بعد الموت وكون اضافة الوصية الى حالة الموت والوصية للرقيق بشيء غير رقبتها لا يجوز كما نصوا عليه وقدم في الكتاب ان الوصية لامهات الاولاد وثلث ماله جائزة ولا يمكن ان تعلق تلك الوصية برقبتها لان الوصية بالرقبة اعتاق والوصية لها لا تحتمل ان يكون اعتاقا لانها تعتق بموت مولاها وان لم تكن شيء وصية اصلا كما صححه الشراح هناك فكان بين تلك المسئلة وبين التعليل تدافع ويمكن ان يقال جواب تلك المسئلة الاستحسان الذي ذكروا هناك وهذا التعليل على موجب القياس وجه على الاستحسان الذي ذكروا هناك غير متمش هناك كما يعرف بالتامل الصادق فلا يصار اليه هنا **قوله** وعن ابي يوسف انهم يدخلون ايضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء قال بعض المتاخرين قلت لا يخفى ان تناول الاسم للاعلى والاسفل بطريق التواطي ليس بابعد من كون هذا التناول كذلك فالعجب ان ابا يوسف رح جوز هذا دون ذاك انتهى اقول ان ابا يوسف رح جوز ذاك ايضا في رواية عنه كما صرح به صاحب الكافي هناك حيث قال وقال الشافعي رح الكل لهم جميعا وهو رواية عن ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وهو قول زفر لان الاسم يتناولهم انتهى وصرح به صاحب معراج الدراية ايضا هناك حيث قال روي عن ابي حنيفة رح وابي يوسف رح ان الوصية لهم جميعا وهو قول زفر واحمد والشافعي رح في قول انتهى وما ذكره المص رح في هذه المسئلة رواية ايضا عن ابي يوسف رح لا قوله مطلقا كما يشير اليه قول المصنف رح وعن ابي يوسف رح حيث ذكره بكلمة عن ولم يقل وقال ابو يوسف رح وترشد اليه ايضا ان شمس الائمة ذكر هذه المسئلة في شرح الجامع الكبير ولم يذكر الاختلاف فيها بل ذكر فيها القياس والاستحسان فقال في القياس يدخلون وفي الاستحسان لا يدخلون كما ذكر تفصيله في النهاية ومعراج الدراية فالعجب من ذلك البعض انه لم يطلع على رواية تجويز ابي يوسف رح تناول الاسم في الكل للمسئلتين مع انها مذكورة في الكتب المشهورة المتداولة فتعجب انه جوز التناول للكل في هذه المسئلة دون الاولى ومناسد قلة التدبر والتتبع مما يضيق عن الاحاطة به نطاق البيان **قوله** وبخلاف ما اذا لم يكن

له موال ولا اولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وبخلاف ما اذا لم يكن له موال اي موالي العتاقة ولا اولاد الموالي العتاقة يعني حينئذ لموالي الموالاة وقال في الجامع الكبير وان لم يكن له الا موالي الموالاة كان الثلث لهم لان الاحق اذا لم يوجد وجب العمل بما دونه انتهى واقتفى اثره صاحب العناية اقول ليس هذا الشرح صحيح اذ لو كان مراد المصنف رح ذلك لما صح تعليله بقوله لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر الحقيقة فان لفظ المولى مشترك بين المعتق وبين مولى الموالاة كما يدل عليه قول المصنف رح انفا ومحمد رح يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي المولى عقد الالتزام وقد صرح الشراح قاطبة باشتراكهما بينهما وبينوا مراد المص رح هناك على وفق ذلك فلو كان مراد المصنف رح هنا ما ذهب اليه صاحبا النهاية والعناية لما صح قوله في التعليل لان اللفظ لهم مجاز اذ لا شك ان اللفظ المشترك حقيقة في كل واحد من معنييه او معانيه فالصواب ان مراد المصنف رح هنا هو انه اذا لم يكن له موال ولا اولاد الموالي فالثلث لموالي الموالي حينئذ يرتبط بخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا اولاد الموالي بما قبله اشد ارتباط وينتظم تعليله بقوله لان اللفظ لهم مجاز الخ انتظاما تاما كما لا يخفى وقد صرح في الكافي بعين ما قلنا عند تقرير هذه المسئلة وفي غاية البيان ايضا عند شرح كلام المصنف رح هنا وكان صاحب النهاية انما اعتبر ما نقله عن الجامع الكبير فان المذكور فيه موالي الموالاة دون موالي الموالي لكن التعليل المذكور هناك وهو قوله لان الاحق اذا لم يوجد وجب العمل بما دونه مطابق للمسئلة غاية الاغراب عنها فانه لا ينافي الاشتراك لجواز ان يكون احد معنى المشترك احق بالارادة من الآخر لا مرجح وان كان اللفظ حقيقة في كل واحد منهما كما اشار اليه المصنف رح فيما مر بقوله والاعتاق لازم فكان الاسم له احق بخلاف تعليل المصنف رح هنا على تقدير ان يراد بالمسئلة ما ذكره في الجامع الكبير كما توهم صاحب النهاية وتبعه صاحب العناية فانه لا يطابق المسئلة حينئذ بل يباينها جدا كما بيناه انفا **قوله** ولو كان له معتق واحد وموالي

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال [illegible]

قال [illegible]

قال [illegible]

الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز اقول لقائل ان يقول لم لا يصار ههنا الى عموم المجاز صيانة لكلام العاقل عن الالغاء في حق النصف والمصير الى عموم المجاز مخلص معروف في دفع الجمع بين الحقيقة والمجاز وطريقه ههنا ان يحمل الموالي على من كان للموصى في عتقه اعم من ان يكون بطريق المباشرة كما في معتق نفسه او بطريق التسبيب كما في معتق معتقه فليتامل

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة لما فرغ من بيان احكام الوصايا بالتعلقة بالاعيان شرع في بيان احكام الوصايا المتعلقة بالمنافع وآخر هذا الباب لما ان المنافع بعد الاعيان وجودا فاخرها عنها وصفا كذا في الشرح الاتقاني وهو ان هذا انما يتم في حق الوصية بالسكنى والوصية بالخدمة دون الوصية بالثمرة لان الثمرة من قبيل الاعيان والباب يشمل الاقسام الثلثة كلها عنوانا واحكاما فلا يتم التقريب وان صير الى التوجيه بنا الكلام على الاكثر يبقى تاخير الوصية بالثمرة خاليا عن بيان النكتة كما لا يخفى **قوله** الا ان الاول وهو الاعدل اولى قال بعض المتاخرين فيه ان المفروض كون المهايأة باختيارهم فالمتاخر يسقط حقه فلا يبقى الاولوية لا بالزام الحاكم حتى يكون اولى انتهى اقول ليس بسديد لان اسقاط المتاخر حقه لا يلزم ان يكون بطيب خاطره بل يجوز ان يكون مع الكراهة لامر يدعوه فكيف يساوي هذا استيفاء حقه كملا كما في الاول ثم ان سلم كون اسقاطه حقه عن طيب خاطره البتة فهو لا يقتضي الا انتفاء الظلم له وتحقق العدل في الجملة وذلك لا ينافي كون الاول اعدل منه للتسوية بينهم زمانا وزمانا ولا شك ان الاعدل اولى **قوله** وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر ويخرج الدار من الثلث اقول فيه بحث اما اولا فلانه منقوض بما اذا اوصى لرجل بعين داره ولم يكن له مال غيرها فاقتسمها الموصى له مع الورثة على الثلث والثلثين فان للورثة هناك ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي تلك الدار بلا خلاف مع جريان هذا الدليل هناك ايضا بان يقال ان حق الموصى له ثابت في عين جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر ويخرج الدار من الثلث واما ثانيا فلانه ان كان حق الموصى له ثابتا في سكنى جميع الدار بمجرد احتمال ظهور مال آخر للميت وخروج الدار من الثلث فاما ان يكون حق الورثة ايضا ثابتا في سكنى جميع تلك الدار او لا فان كان الاول يلزم ان يثبت في سكنى جميع دار واحدة في حالة واحدة حقوق اشخاص متعددة واللازم باطل لاستحالة ان يكون اشخاص متعددة علحدة في جميع محل واحد في زمان واحد لاستلزامه تداخل الاجسام وظهور بطلان تعلق الحق بامر محال وان كان الثاني يلزم ان لا يقسم بين الدار بين الموصى له والورثة اثلاثا للانتفاع وان لا يقسم الدار بينهم مهايأة من حيث ان اثلاثا لثبوت حق الموصى له في سكنى جميع الدار عينه ثبوت حق الورثة في ذلك على الفرض مع ان الثلث خلاف ضابط كما مر انفا في الكتاب **قوله** فانما يثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعا لملك الرقبة او لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها قال في الغاية واعترض باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعته تبعا لملك رقبته ولا بعقد المعاوضة ويجوز له ان يملكها ببدل واجب ان كلام المص في الوصية

[illegible]

ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او ما دام حيا فله ما في بطونها من والد وما في ظهورها من اللبن وسلتها ظهورها من الصوف يوم يموت للموصى سواء قال ابدا او لم يقل

فمراده بالنفقة منفعة تجويز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون واردا عليه انتهى اقول الجواب منظور فيه لان كون كلام المصنف رح في الوصية لا يقتضي كون مراده بالمنفعة المذكورة في مقدمات دليله منفعة تجويز الوصية بها فان مقدمات الدليل لا يلزم ان يكون مساوية للمدعى بل لا بد من كلية الكبرى اذ كان انتاج الدليل بطريق الشكل الاول وهنا كذلك اذ حاصل هذا الدليل ان الخدمة والسكنى من قبيل المنافع والمنافع ليست بمال على اصلنا والتي بمال في تمليكها احداث صفة المالية فيه تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة وما في تمليكها احداث صفة المالية فيه لا يثبت الولاية عليه بهذه الصفة الا لمن تملكه تبعا لملك الرقبة او لمن تعلقه بعقد المعاوضة حتى يكون تملكا لها بالصفة التي تملكها او لا يكون ملكا اكثر مما تملكه فانه لا يجوز شرعا ولا يذهب على ذوي مسكة ان ما عدا الصغرى من المقدمات المذكورة مع اقتضاء الادلة الشرعية كلية كل واحد منها في انفسها لا مجال لتقييد شيء منها بما يخرج به منفعة الحر لو توهمها في محل الكبرى من الشكل الاول تبصر **قوله** ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة الى آخره قال صاحب العناية وقوله لما صحت الوصية لصاحب الخدمة كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصى له من غير اشتراك فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر يكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها اذ الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك فيهما يثبت بعد الموت انتهى اقول ان قوله السابق كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد ليس بسديد والحق ان يقال كالبيان والتفسير لما قبله من اعتبار هذه الحال بحالة الانفراد لان قول المصنف رح لما صحت الوصية لصاحب الخدمة الى آخره وكذا ما ذكره الشارح المزبور بقوله يعني لو كانت الوصية بالخدمة الى آخره انما يفيدان بيان اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لا بيان حالة الانفراد وحدها كما لا يخفى على من له ادنى مسكة **قوله** ولحد رح ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها قلت ليس المراد ان اسم الخاتم والفص يتناول اسم الخاتم والفص ويتناول اسم الجارية لما في بطنها تناولهما لفظا واصالة والا يلزم ان يخالف هذا ما مر في مسئلة صحة الوصية بجارية الا حملها من ان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ويلزم ان يخالف ايضا ما مر في كتاب الاقرار من ان الفص لا يدخل في الخاتم لفظا بل تبعا ولهذا لو اقر بخاتم لرجل واستثنى فصه لنفسه لم يصح الاستثناء ويكون الحلقة والفص جميعا للمقر له لان الاستثناء تصرف في الملفوظ بل انما المراد ههنا يتناول اسم الخاتم والفص واسم الجارية لما في بطنها يتناولها تبعا عند الاطلاق فيه يقع المخالفة كما توهمها البعض **قوله** ومن اصلنا ان العام الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص اقول لا مجال للعموم في الالفاظ المذكورة في هاتيك المسائل لان الحلقة والفص بالنظر الى اسم الخاتم وكذا الجارية وما في بطنها بالنظر الى اسم الجارية وكذا القوصرة وما فيها بالنظر الى اسم القوصرة بمنزلة الاجزاء المدلولات هذه الاسماء لا جزئيات معانيها اولا يصدق معنى الخاتم على الفص وحده ولا معنى الجارية على ما في بطنها وحده ولا معنى القوصرة على ما في القوصرة من مثل الشرح وحده على ان الكلام في وصية خاتم بعينه وجارية بعينها وقوصرة بعينها ومن هو لا جزئي خاص فكيف يتصور فيها العموم فقوله ومن اصلنا ان العام بمنزلة الخاص بمنزلة اللغو ههنا كما لا يخفى **قوله** بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليلا التخصيص او الاستثناء فتبين انه اوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص اقول فيه شيء وهو انه قد تقرر في كتاب الاقرار ان استثناء الفص من الخاتم غير صحيح لكون الاستثناء تصرفا لفظيا غير عامل فيما لا يتناوله الاسم لفظا كالفص في الخاتم والنخلة في البستان والبناء في الدار فما معنى قوله او الاستثناء في قوله لان ذلك لتخصيص دليلا او الاستثناء **قوله** ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او ما دام حيا

لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيامه هذه الاشياء وهو من هذا الخلاف سلم ثم الفرق ان القياس يأبى تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك الا في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى لان ما يوسع اسباب الوجود المعدوم واحتياجه فلا يجوز ايراد العقد عليه اصلا ولا يستحق بعقد فكذلك لانه دخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا بعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية والله اعلم بالصواب

باب وصية الذمي

قال واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رح والوقف عنده يورث ولا يلزمه فكذا هذا واما عندهما فلان هذا معصية فلا تصح عنده قال وروي بناء على هذا ان من بنى دارا بيعة او كنيسة فهو جائز من الثلث

او بلبنها ثم مات فله ما في بطنها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف ثم لزوم الوصي سواء قال ابدا او لم يقل اقول في تحرير هذه المسئلة هذا الوجه ساقطة فان الاطلاق المستفاد من قوله في ذيلها سواء قال ابدا او لم يقل لا يناسب تقييد صوف بقوله ابدا حيث قال ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا فالاولى ما ذكر في الكافي حيث ترك فيه قيد ابدا من اصل المسئلة او ما ذكر في البداية حيث ترك فيها قوله في ذيلها سواء قال ابدا او لم يقل تدبر قوله لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء به هذا قول لا يخفى على الفطن ان هذا التعليل ينتقض بما تقدم من مسئلتي الثمرة والغلة فان الايصاء ايجاب بعد الموت في كل الصور مع انه يقع فيما تقدم على القائم يوم حدوث الحادث بعد الموت [illegible] قيد الابد في الثمرة وبدون ذكره ايضا في الغلة نعم كان المصنف ره قصد تدارك ذلك بقوله وهذا بخلاف ما تقدم الى آخره الا ان هذا التعليل هنا بقي خاليا عن الفائدة فانما يحصل وجه هذه المسئلة مما ذكره في الفرق الآتي قوله الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى قال بعض المتاخرين يرد عليه ان لنا اصلا آخر وهو ان الثابت بخلاف القياس مقصور على مورده ولا يقاس عليه غيره فكيف اكتفت به انتهى اقول لا ورود لما توهمه بل هو ساقط جدا فان مبناه ان يكون الحاق الوصية بالثمرة والغلة بالمعاملة والاجارة بطريق القياس وليس كذلك بل هو بطريق دلالة النص عليه يشير اليه قطعا قول المصنف ره بالطريق الاولى في قوله فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى لان الاولوية انما يتصور في الدلالة دون القياس وكون الشيء ثابتا بخلاف القياس انما ينافي القياس عليه لان من شرط القياس ان لا يكون المقيس عليه معدولا عن سنن القياس دون الالحاق به بطريق الدلالة وقد مر ان نظائر هذا في الكتاب وشروحه فكيف خفي على ذلك البعض ثم اقول بقي لنا شيء فيما ذكره المصنف ره وهو ان عقد المعاملة بالحل غير مشروع عند ابي حنيفة رح كما تقرر في موضعه فقوله هنا جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة لا يتمشى على قول ابي حنيفة ره وانما يتمشى على قول صاحبيه فان عقد المعاملة مشروع عندهما والمسئلة التي نحن فيها مما اتفقوا عليه فكيف يبنى دليلها على ما اختلفوا فيه فتامل

باب وصية الذمي ذكر وصية الذمي بعد وصية المسلم لان الكفار ملحقون بالمسلمين في احكام المعاملات بطريق التبعية فذكر التابع بعد المتبوع كذا قالوا اقول اكثر ما ذكر في هذا الباب ليس من قبيل المعاملات كما ترى فتغليب الاقل على الاكثر غير معقول والاظهر ان يقال لما كان لبعض وصايا الكفار احكام خاصة ذكر وصيتهم في باب على حدة آخر لخصائصهم قوله واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة والوقف عنده يورث ولا يلزمه فكذا هذا واما عندهما فلان هذه معصية فلا تصح عندهما قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين اصحابنا في اختلاف التخريج المذكور فلان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رح اذا كان المسلم فان وقف المسلم في حال الحيوة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا اولى واما عندهما فان هذه الوصية معصية فلا تصح الى هنا لفظه اقول فيه خلل من وجوه الاول انه صرف البيعة الى اليهودي والكنيسة الى النصراني وهو مخالف لما ذكره نفسه وسائر الشراح في كتاب الجهاد من ان الكنيسة اسم لمعبد النصارى وكذلك البيعة اسم لمعبدهم مطلقا في الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمعبد اليهود والبيعة للنصارى وعبارة الكتاب هنا تحمل صرف البيعة الى النصارى والكنيسة الى اليهود بطريق اللف والنشر الغير المرتب والثاني انه قال اما عنده وقال بعده فلان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة ره فاضمر ابا حنيفة ره اولا واظهره ثانيا وكان الاول مقام الاظهار والثاني مقام الاضمار بخلاف عبارة المصنف ره فانها على الاصل السديد حيث قال لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رح والوقف عنده يورث فاظهر ابا حنيفة رح اولا واضمره ثانيا والثالث انه خص كون الوقف موروثا عنده بالمسلم حيث قال فان وقف المسلم في حال الحيوة موروث بعد موته مع ان وقف الكافر ايضا موروث عنده بلا تفاوت بخلاف عبارة المصنف ره فانها مطلقة حيث قال والوقف عنده موروث بلا تخصيص بالمسلم والرابع انه قال فلا يلزمه

لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك ولا يتأتى ذلك على اعتبار المعنيين **قال** وان اوصى بثلثه لكنيسة لقوم يزعمون جازت الوصية عند ابي حنيفة رحمه الله لان الوصية باطلة بين هذه معصية حقيقة وبين ما يعتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لانه تنفيذ على قربة في معتقدهم وعند ابي يوسف رحمه الله لا تجوز لانه تنفيذ على قربة في معتقدهم وعند محمد رحمه الله تجوز بناء على اعتقادهم لانه لا يزاد على ما يعتقدون قربة لكنه معصية في معتقدهم لا يجوز الوصية بناء لاعتقادهم فكذا عنده ثم لابي حنيفة رحمه الله ان الكنيسة وبيت النار موضعان لعبادة الله تعالى حقيقة وان كان الكفار يعبدون فيها غيره لكن الله تعالى يعبد فيها ايضا حقيقة فتبقى ملكا لبانيها حتى جرت منه كلامهم ينوبون فيها عن ربهم فيكون قربة في معتقدهم فيجوز الوصية بثلثه لانه تنفيذ على قربة في معتقدهم ولا يجوز الوصية لانه ضم ولاية الله تعالى بثبوت مقتضاه بغير ما هو قربة عندهم فيبقى فيها قربة على مقتضاه فيبقى ملكا لبانيها وهذا بخلاف ما اذا اوصى بثلثه لبيت نار لقوم يعبدونه لانه ليس بقربة في معتقدهم ولا يكون قربة في حقنا وهو ما اذا اوصى الذمي بان تذبح خنازيره وتطعم المشركين وهذا على الخلاف اذا كان القوم غير مسمين على ما سيأتي بدون المصير الى اعتبار معنى الاستخلاف والتمليك فيما يكون قربة في معتقدهم ولا يكون قربة في حقنا كما اذا اوصى بالحج او ببناء مسجد المسلمين وبان يسرج في بيت المقدس او يعزى الفقراء وهو الجار سواء كان القوم بلغاتهم او بغيرها لانه معصية بامر قربة في معتقدهم لا يكون قربة في حقنا وكذا اذا اوصى بما لا يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا اوصى للمغنيات وللنائحات فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم وان كان القوم بلغاتهم فيصح تمليكه استحسانا وقد صح ان كل ما لا يكون قربة في حق الوصية بمنزلة المسلمين لانهم لا يبنون الاحكام على اعتقادهم وان كان يكون قربة في حقهم فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المذكور في قسمة تركته بين ورثته وعند محمد رحمه الله تصح وصايا المرتد ايضا لانه يبقى على الردة عند الموت لانه لا يقتل اذا اسلم **قال** وان اوصى حربي بثلثه لمن اوصى مسلم اوصى بماله كله جاز لان منع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولا يتأتى هذا الحق في حق الحربي لانه لا يرث بلادهم ولا يتأتى في حق الورثة لانه لا يرث ولا يكون لحقه لا لحق ورثته وكان اوصى بالثلث في ذلك اخذت الوصية ورد الباقي على ورثته وان اوصى من حق نفسه ايضا لو اوصى عبده عند الموت وهو عبده في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث عليه اذا كان اوصى لمسلم او ذمي بوصية جاز لانه صار في دار الاسلام فيجري التصرف عقود التمليكات منه في حال حيوته ويصح تبرعه في حيوته كذا عند ابي حنيفة وابي يوسف لانه لا يجوز لانه صار من اهل الحرب فهو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة التقاد على السعاية الا بالوصية وكذا اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى اعمالات وكذا اوصى بجميع ماله جاز اعتبارا بالارث اذا الكفر كله ملة واحدة وكذا اوصى الحربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخت الارث والله اعلم

هذه الوصية معصية مع انه لا وصية في مسئلتنا هذه فان المذكور فيما صنع اليهود والنصارى في حال حيوته بدون اضافته الى ما بعد موته والوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت بخلاف قول المصنف رد فان هذه معصية اذ المشار اليه بهذه في قول المذكور هي الضيعة دون الوصية فلا غبار عليه **قوله** لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك ولا يتأتى ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال في العناية وغاية البيان واذا صار ملكا للمسلمين صنعوا ما شاؤا انتهى اقول هذا على اصلهما ظاهر فان الوصية بالمعصية باطلة عندهما وان كانت في معتقدهم قربة كما سيجيء فاذا بطلت حقيقة الوصية عندهما فيما نحن فيه لكون بناء البيعة والكنيسة معصية حقيقة وان كانت قربة في معتقد الكفار لزم مهما المصير الى ما في الوصية من معنى الاستخلاف والتمليك تصحيحا لكلام العاقل مهما امكن واما على اصل ابي حنيفة رح فغير ظاهر لان كون الموصى به قربة في معتقد الموصي كان عنده في صحة الوصية كما سيجيء ايضا وفيما نحن فيه كذلك فينبغي ان تصح حقيقة الوصية عنده ايضا كما تصح فيما اذا اوصى بذلك القوم غير مسمين على ما سيأتي بدون المصير الى اعتبار معنى الاستخلاف والتمليك في تصحيحها والحاصل ان الظاهر ان يكون تخريج هذه المسئلة على الاختلاف بين ابي حنيفة رح وصاحبيه ان كان جوابها على الاتفاق بينهم كما في المسئلة السابقة واسلوب تحريرها في الكتاب وشروحه يشعر باتفاقهم في التخريج ايضا فليتأمل **قوله** ثم الفرق لابي حنيفة رح الى قوله والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة قال في العناية بل يجري على معتقدهم اقول لقائل ان يقول ان اصل ابي حنيفة رض ان كون الشيء قربة في معتقدهم كاف بناء على انا امرنا بان نتركهم وما يعتقدون فالاعتبار عنده لاعتقادهم دون الحقيقة كما مر انفا فلم يعتبر هنا كون الكنيسة او البيعة محررة في معتقدهم حتى يرد ملك الثاني عنها فان قلت انهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم تحرر لله تعالى لتعلق حق العباد بها قلت هذا مصير الى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله ولانهم يبنون فيها الحجرات الخ والكلام في التعليل الاول فلا معنى للخلط **قوله** ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم تحرر لله تعالى لتعلق حق العباد به قال صاحب العناية قولهم ولانهم يبنون دليل آخر على عدم التحرير لله تعالى تقضي سبق دليل الاول عليه ولا يذهب على الناظر في كلام المص انه لم يذكر فيه قبل هذا ما يكون دليلا عليه وانما قال من قبل والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة وهذا دعوى بلا دليل ثم اقول الحق عندي ان قوله ولانهم يبنون فيها الحجرات الخ دليل آخر على الفرق لابي حنيفة رح بين بناء الكنيسة والبيعة وبين الوصية عطف بحسب المعنى على قوله ان البناء نفسه ليس بسبب زوال تلك الثاني ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها الخ تبصر **قوله** وفي المرتد الاصح انه تصح وصاياه لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم قال صاحب النهاية وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا وقد قال بعضهم انها لا تكون بمنزلة الوصية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية والفرق بينهما وبين الذمية ان الذمية تصر على اعتقادها والمرتد فلا تقر على اعتقادها انتهى قال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية والظاهر انه لا منافاة بين كلامه لانه قال هناك الصحيح وهنا الاصح ترجيح هذا القول على القول الآخر لا بيان صحة صحته مع رجحان الآخر كما ان مراده من هو الاصح ترجيحه على الآخر بل قوله هو الصحيح اولى على الترجيح من قوله هو الاصح ولا ريب ان ترجيح احد على الآخر انما في ترجيح الآخر عليه ولا يمكن ان يصدقا معا **قوله** ولو اوصى الحربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخت اقول هذا التعليل الذي حاصله قياس الوصية على الارث منقوض بمسائل متعددة مرت في الكتاب آنفا منها ما اذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله فانه جائز مع ان الارث ممتنع بين الذمي والحربي لتباين الدارين وبين المسلم والحربي لاختلاف المذهبين ولتباين الدارين حكما ومنها ما اذا اوصى

باب الوصي وما يملكه

قال ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي وجحد الموصي وفاته في غير وجهه فليس له ان يتصرف لان الميت متى لم يرد معتمدا عليه صح ردّه في غير وجهه في حيوته او بعده لانه صار غرورا من جهته ثم يخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او بيع ماله حيث يصح ردّه في غير وجهه لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه فلن يرتضي في وجهه فهو لانه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان يتبرع ولو لم يقبل وارد حتى لو مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا اذ لو انه باع شيئا من تركته فقد لزمه لان ذلك ولاية الالزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع بعضه من الموصي وسواء علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لا يختص بحال الانفاذ ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة اما التوكيل انابة لتبرعه في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علمه كاثبات ذلك بالقيم للشرع

ذمي من شيء فانه ايضا جائز في هذه الرواية مع انه لا توارث بين المسلم والكافر اصلا لاختلاف الدينين ولتباين الدارين ايضا اذا كان الكافر حربيا لو كان مستأمنا

باب الوصي وما يملكه لما فرغ من بيان احكام الموصى له شرع في بيان احكام الموصى اليه وهو الموصي وقدم احكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة الى معرفتها اشد **قوله** بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او بيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتتمة وادب القاضي من الصدر الشهيد والجامع الصغير للامام الحبوبي وفتاوى قاضيخان لانه ذكر في هذه الكتاب ان الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة وموضعه في الذخيرة الفصل الثاني من وكالتها او الفصل العاشر من وكالة التتمة والباب السابع والستون من ادب القاضي وباب بيع الاوصياء من وصايا الجامع الصغير وهذا التوكيل بالخصومة من فتاوى قاضيخان الى هنا لفظ صاحب النهاية وقال صاحب النهاية وهذا القيد وهو قوله بغير عينه احتراز عن الوكيل بشراء عبد بعينه لانه لا يملك عزل نفسه لانه لا يؤدي الى تغرير الامر وهذا فيما اذا وكله بشراء عبد بعينه له ان يعزل نفسه بغير محضر من الموكل على قول بعض المشايخ واليه اشار صاحب الهداية في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر اي لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول بعض المشايخ فعن هذا عرفت ان ما قاله بعضهم في شرحه هذا الذي قال صاحب الهداية فالف لعامة روايات الكتب كالتتمة والذخيرة وغيرها ليس بشيء لان مراد ما ذكر في التتمة وغيرها من قولهم الوكيل لا يملك اخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل اما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه لا بشراء شيء بغير عينه مراد صاحب الهداية هنا ما اذا كان وكيلا بشراء شيء بغير عينه فتوافقت الروايات كثيرا ولم يختلف الى هنا كلام صاحب النهاية والى هذا قال صاحب العناية ايضا كما يظهر من تقريره في شرحه اقول بل ليس هذا التوفيق بشيء لانهم عقدوا في اكثر المعتبرات كعزل الوكيل فصلا على حدة او بابا على حدة وبنوا فيه على عدم صحة عزل الموكل للوكيل بغير علم الوكيل وكذا عدم صحة عزل الوكيل نفسه بغير علم الموكل بغير تقييد بشيء فهل يجوز العقل ان يكون مرادهم بذلك ما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه فيكون عقد الفصل او الباب لبيان حكم العزل في مسئلة بعينها من مسائل الوكالات بعبارة مطلقة ويكون حكم العزل في سائر متروك الذكر بالكلية في عامة روايات الكتب ويعرى ان حمل كلام الثقات على مثل ذلك مستقبح لا يخفى ولتذكر من بينها عبارة الذخيرة لعل تأخذ منها حسنة قال فيها الفصل الثاني في رد الوكالة من الوكيل وعزل الوكيل وقال ذكرنا ان الوكيل اذا رد الوكالة يرتد ولكن في اذا علم الموكل بالرد وان لم يعلم فلان يرتد حتى ان من وكل غائبا فبلغه الخبر فرد الوكالة ولم يعلم الموكل به ثم قبل الوكيل الوكالة يصح قبوله وصار وكيلا ثم قال لا يصح عزل الوكيل من غير علم الوكيل ولا يخرج عن الوكالة انتهى انظر بعين البصيرة فيما يساعده التقرير بما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه وعن هذا قال صاحب الكافي هنا بدل قول المص وبخلاف الوكيل بشراء عبد بعينه الى آخره الا يرى انه الوكيل اذا خرج نفسه من الوكالة لا يصح الا بعلم الموكل دفعا للغرور والضرر المتبينين فان يجب نفي الغرور والضرر عن الميت وهو احق بالنظر اولى وانتهى **قوله** لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه اقول لقائل ان يقول هذا التعليل منتقض بصورة رد الوصي الوصية في غير الموصي في حيوته لان الموصي حي قادر على التصرف بنفسه في حال حيوته ولا في بعد مماته كما تقدم آنفا والجواب ان معنى الايصال الى احد استخدامه بعد الموت لا في حال الحيوة فالمتصرف الذي ترفعه الوصية الى الوصي انما هو التصرف الكائن بعد مماته ولا شك انه ليس قادرا في حال حيوته على التصرف الحاصل بعد مماته كما انه ليس قادرا عليه بعد مماته بلا شبهة فلا اشكال نعم انه يقدر في حيوته على الايصال الى الآخر بدل الاول اذا علم رد الاول لكن الكلام ينافي عدم صحة رد الوصية بغير علم الموصي فان معنى قوله في غير وجهه بغير علم ومعنى قوله بوجهه بعلمه كما نص عليه في الذخيرة وذكر في الشروح ايضا **قوله** وان كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة اقول يرد عليه ان يقال هب ان الوصاية خلافة لكنها ليست بخلافة مجبورية كالوراثة بل هي خلافة اختيارية الا يرى انه لو لم يقبلها الموصى اليه ولم يردها حتى مات الموصي فهو بالاختيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل كما مر في الكتاب آنفا فاذا كانت خلافة يتوقف ثبوتها على اختيار الموصى اليه بها مشكل جدا اذ لا يخفى ان اختيار شيء وقبوله بدون العلم به متعسر بل متعذر فلتتامل

[illegible]

قوله قد بينا طرقا للعلم بخبر الاخبار فيما تقدم من الكتب قال جمهور الشراح ومن تلك الكتب ما ذكره الشارح في فصل القضاء بالمواريث من كتاب ادب القاضي بقوله ومن علم من الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون انتهاء عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هو الاول سواء وما في الواحد فيهما يكفي انتهى وقال بعض المتاخرين قوله فيما تقدم من الكتب اعبارة عن الكتب من التبيين كما فهم ذلك من تقرير بعض الشراح اذ ليس ما ذكره اثر في غير كتاب القضاء اصلا انتهى اقول ليس ما قاله هذا البعض تصحيح لان المص كما ذكره في كتاب ادب القاضي ذكره في كتاب الوكالة وفي كتاب الشفعة ايضا كما نقل في باب عزل الوكيل من كتاب الوكالة فان لم يلغه القاضي فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم ثم قال فيه وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في الخبر فلا نعيده وقال في باب طلب الشفعة والخصومة فيها من كتاب الشفعة واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد واذا اخبره واحد حرا كان او عبدا او صبيا او امراة اذا كان الخبر حقا ولا اصل للاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم انتهى والعجب من ذلك القائل انه كيف اجراه على الحكم بان ليس لما ذكره اثر في كتاب القضاء اصلا بدون السمع لما تقدم من الكتب قوله الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية يصح قال عامة الشراح الا ان القاضي اذا اخرجه استثناء من قوله ثم قال قبل فلانة ذلك يعني ان القاضي اذا اخرجه عنها حيث قال لا اقبل مع قبوله بعد ذلك انتهى اقول فيه نظر لان المص قيد قوله فلانة ذلك بقوله ان لم يكن القاضي اخرجه حين قال لا اقبل وذلك القيد يفيد بمفهوم المخالفة ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية لم يكن له ذلك اي لم يصح قبوله والمفهوم معتبر في الروايات بالاجماع كما نصوا عليه فلم تبق احتياج الى استثناء واذا اخرجه القاضي من الوصاية من قوله فلانة ذلك فلا كان قوله هنا الا ان القاضي اذا اخرجه استثناء من قوله فلانة ذلك يلزم الاستدراك في الكلام كما لا يخفى فالوجه عندي ان يكون قوله الا ان القاضي اذا اخرجه استثناء من قوله في تقرير ذلك الاولى وهو الاعلى اولى فيكون هذا الاستثناء داخلا في حيز تعليل مسئلة الكتاب ويكون ناظرا الى مفهوم قيد ما وهو قوله ان لم يكن القاضي اخرجه حين قال لا اقبل كما ان ما قبل هذا الاستثناء كان ناظرا الى منطوق اصلها وليؤيد ان هذا الاستثناء لم يكن مذكورا في البداية اصلا مع كون المسئلة مذكورة هناك ايضا بحالها قوله وقيل

قول محمد رح مضطرب يروى مرة مع ابي حنيفة رح وتارة مع ابي يوسف رح قال صاحب الغاية ولنا في هذا التعليل نظر لان كبار الثقات المتقدمين على صاحب البداية كلهم ذكروا قول محمد رح مع ابي يوسف رحمه الله بلا اضطراب كالطحاوي في مختصره والكرخي في مختصره وابي الليث في كتب الوصايا والقدوري في التقريب وشمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وصاحب المنظومة فيها وفي شرحها وغيرهم من اصحابنا انتهى اقول نظره ساقط اذ يلزم من ان ما ذكر قول محمد رح مع ابي يوسف رح في كتب الشيخ الامام الشيخ الامام الدين جدهم ان لا يكون قوله مضطربا في نقل احد اصحابنا وقد قال في المحيط البرهاني وان كانت الورثة صغارا كلهم فان اوصى الى عبد غيره فالوصية باطلة وان اوصى الى عبد نفسه فالوصية جائزة في قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح انها باطلة على التفسير الذي قلنا وقول محمد رح في الكتاب مضطرب كذا في بعض الروايات مع ابي حنيفة رح وفي بعضها مع ابي يوسف رح انتهى نعم الذي وقع في كتب كثير من المشايخ كون قوله مع ابي يوسف رح ولهذا اشار المص حيث ذكر قوله مع ابي يوسف رح اولا واشار الى وقوع رواية اخرى في كلام بعضهم حيث قال وقيل قول محمد رح مضطرب فلا اعتبار فيه قوله ولانه مخاطب متبدئ بالتصرف فيكون

وهي ما استثناه في الكتاب اخواتها مثال الا في شراء كفن الميت وتجهيزه لان في التاخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك
وطعام الصغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا وعريا ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشتري بشراء فاسد او حفظ الاموال
وقضاء الديون لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده كان
من باب الامانة ولانه لا يحتاج فيه الى الرأي وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة في حق
الميت لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا يتفرد بها احد الوكيلين وقبول الهبة لان في التاخير خيفة الفوات ولانه يملكه الام والجد
في حجره فلم يكن من باب الولاية وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضائعة
لان في التاخير خشية ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيعا ويتقاضيا

الا بالولاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا املاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي ان يمنعه فيتحقق المنع والمنافاة و
اجيب بانه اذا ثبت الايصاء اليه لم يبق للقاضي ولاية البيع كذا السؤال والجواب في اكثر الشروح وغيرها في النهاية ومعراج الدراية الى الاسرار اقول في هذا الجواب
بحث لانه بقاء ولاية البيع للقاضي موقوف على جواز الوصية اليه شرعا وهو اول المسئلة التي نحن فيها والمقام مقام اقامة الدليل عليه من قبل ابي حنيفة رح فلو لم يتم الدليل
عليه لزم المصادرة على المطلوب لا محالة فالحق في الجواب عن السؤال المذكور ما نقله صاحب الغاية عن شرح الاقطع حيث قال واورد في شرح الاقطع سؤالا وجوابا فقال قيل
اذا كان الوصي صغيرا فالقاضي يلي على بنيه اذا رأى على ذلك تعليل له ولاية القاضي على الوصي لا يمنع جواز الوصية لانه يلي على الاحرار مع وجود الوصية اليهم انتهى **قوله** وهي ما استثناه
في الكتاب اخواتها يعني وهي اي الاشياء المعدودة باستثناء القدوري في مختصره بقوله الا في شراء كفن الميت وتجهيزه وطعام الصغار وكسوتهم ورد وديعة
بعينها وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة في حقوق الميت انتهى وهذه تسعة اشياء كما ترى اقتصر القدوري الاستثناء عليها في مختصره واقتفى
اثره المص في البداية وقوله هنا واخواتها بالرفع عطف على ما قاله ما استثناه في الكتاب اي والمسائل التي هي اخوات مسائل المستثناة في الكتاب وهي ما زاده المص
في النهاية بقوله ورد المغصوب والمشتري شراء فاسدا او حفظ الاموال ثم يقول وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجمع الاموال الضائعة وهي التي
زادها المص على ما في الكتاب ستة اشياء فيعتبر مجموع الاشياء المعدودة خمسة عشر كما لا يخفى قال بعض المتاخرين في شرح هذا المحل قوله وما استثناه في الكتاب اي
في مختصر القدوري كما سبق قوله واخواتها بالرفع عطف على ما اشار الى انه يزاد عليه اشياء اخر وهي ما ذكرته فيما سبق يعني قوله وزاد عليها المص رد المغصوب والمشتري
شراء فاسدا او حفظ الاموال وقال ثم ان جعلنا شراء الكفن والتجهيز واحدا كما جعل في الاسرار بناء على ان الاول داخلا في الثاني وكذا رد المغصوب والوديعة والمشتري
شراء فاسدا يكون المستثنى فيما ذكره المص احد عشر وما زاده اثنين والاربعة عشر وما زاده ثلاثة كما هو الظاهر من لفظ الاخوات انتهى كلامه اقول الذي ذكره مع كونه
ناشيا عن الغفلة عما زاده المص في الآخر من اشياء ثلاثة وهي قبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى او التلف وجمع الاموال الضائعة مختل في نفسه اذ لا يمكن ان يكون
مجموع ما ذكره المص مع احد عشر على تقدير ان يكون ما زاده اثنين واربعة عشر على تقدير ان يكون ما زاده ثلاثة لان زيادة الثلاثة على الاثنين بواحد فكيف يمكن
ان يكون المجموع بزيادة الاثنين احد عشر وبزيادة الثلاثة لا زاد اربعة عشر بل لا بد ان يكون بزيادة الثلاثة اثنا عشر كما لا يخفى **قوله** وطعام الصغار وكسوتهم قال في غاية البيان
وطعام الصغار وكسوتهم بالجر عطف في شراء الكفن وكذلك قوله ورد المغصوب والمشتري شراء فاسدا او حفظ الاموال وقضاء الديون كذلك بالجر وكذلك قوله وتنفيذ
وصية بعينها وعتق عبد بعينها والخصومة وقبول الهبة وبيع ما يخشى التوى وجمع الاموال الضائعة كل ذلك بالجر انتهى اقول لا يخفى ايضا عدة تحرير المص من الاعراب هو الذي
ذكر في الشرح المزبور لكنه منظور فيه عندي وقول المص في شراء الكفن ولا ريب ان الضمير المستتر في قوله قال راجع الى ما يرجع اليه الضمير المستتر
فيما استثناه في الكتاب وهو القدوري والمراد بالكتاب مختصره فيلزم ان يكون جميع الامور المعطوفة على شراء الكفن بالجر في الهداية من مقول القدوري في مختصره
وليس كذلك قطعا كما عرفته مما بينه فيما مر انفا اللهم ان محل قوله فقال الا في شراء الكفن الى آخره على تقليب ما ذكره القدوري في مختصره على ما زاده عليه
المص هنا بطريق الالحاق به تامل **قوله** وحفظ المال يملكه من يقع في يده قال صاحب النهاية ومعراج الدراية قوله وحفظ المال بالرفع هنا على وجه التعليل
بقوله وقضاء الدين يعني ان كل واحد من الوصيين يملك قضاء الدين لانه ليس في قضاء الدين الا حفظ المال الى ان يقضي صاحب الدين وكل من يقع المال
في يده فهو يملكه عادة انتهى اقول لا يذهب عليك نظره سليمة ان هذا الذي ذهبا اليه تكلفة بارد بل الصحيح فاسد اذ لا شك ان مراد المص بقضاء الدين في
قوله وقضاء الدين هو نفس القضاء مع قطع النظر عن الحفظ بقرينة قوله قبله وحفظ الاموال فكيف يتم ح توجيه التعليل بما ذكره الشارحان المزبوران والصواب

وللمراد بالتقاضي الاقتضاء لكن كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة لاسيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد على الانفراد قيل يتفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذ وكل كل واحد على الانفراد وهذا لانه لما افرد فقد رضي برأي الواحد وقيل يختلف في الفصلين احدهما لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تنعقد فان مات احدهما جعل القاضي مكانه وصيا آخر اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فينضم القاضي اليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند ابي يوسف الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصى قصد ان يجعله منصرفا في حق فيه وذلك ممكن لتحقق تصرف صحيح آخر مكان الميت ولو ان الميت اوصى الى ابي ان لتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي آخر لان رأي الميت باق حكما برأي من يخلفه وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصى ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه برأي الثاني كما رضيه الموصي واوصى الى آخر فهو وصيه في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تكون وصيا في تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل وحالة الحياة والجامع بينهما انه رضي برأيه لا برأي غيره لنا ان الوصي متصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الاب ان الولاية التي كانت ثابتة للوصي تنتقل الى الوصي في المال الى الجزء النفيس فهو الجد قائم مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولاية وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما ولانه لما استوى به في ذلك مع علمه انه في تعذر تربية الميتة قبل تيممه مقصوده بنفسه هو تلافي ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه **قال** مقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمة الورثة عن الموصى له باطلة لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب يرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث والوصي خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت مقاسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب حدث بعد الموت فلا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند خليفته حتى لو هلك ما في يده عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه فبقي على الشركة ولا يقسم ولا يأخذ منه ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فكون ثلث الباقي للموصى له ولا يشارك الوارث فيترى ما ترى من المال المشترك على حاله ويبقى باقي على الشركة **قال** ان قاسم الورثة واخذ نصيبه المسمى فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا **قال** ان كان الميت اوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده رجع عن الميت بمؤنة ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل يحج عنه فضاع في يده وقال ابو يوسف ان كان مسيسه حتى فالثلث لم يرجع وقال الثلث لم يرجع وقال الثلث

ان قول المص ره هنا حفظ المال يملكه من يقع في يده وسوف على وجه التعليل كقوله من قبل وحفظ الاموال كما لا يخفى **قوله** والمراد بالتقاضي الاقتضاء لذا كان المراد منه في عرفهم اقول فيه شيء وهو ان قوله كذا كان المراد منه في عرفهم يوهم ان لا يكون الاقتضاء الذي هو اقبض معنى التقاضي في الوضع واللغة بل كان معناه في العرف مع ان الامر ليس كذلك كما صرح المص ره في باب الوكالة بالخصومة من كتاب الوكالة حيث قال الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا لا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع انتهى ويدل على كون معناه وذلك في الوضع ما ذكر في كتب اللغة قال في القاموس تقاضاه الدين قبضه منه وقال في الاساس تقاضيت ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حتى اي اخذته انتهى ثم اقول في الجواب ليس مراد المص ره هنا بقوله كذا كان المراد في عرفهم نفي كونه كذلك في اللغة والوضع بل بيان ان عرفهم ايضا يطابق اللغة والوضع وفائدة قولهم ان يقال كون معنى التقاضي الاقتضاء في الوضع كما عرف ان المعرف قاض على الوضع اي راجح عليه فان قلت نفي المخالفة ح بين كلام المص ره هنا وبين قوله هناك لان العرف بخلافه قلت مراد المص ره هنا ان المراد منه كان كذلك في عرف المجتهدين ومراده هناك ان العرف بخلافه في زماننا او في ديارنا ولا عرف في اختلاف العرفين بحسب اختلاف الزمانين والمكانين ويؤيده ان صاحب المحيط قال في كتاب الوكالة الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلاثة كما ذكر محمد رح في الاصل ثم قال وذكر الشيخ الاسلام الزاهد فخر الاسلام البزدوي في شرح هذا الكتاب ان الوكيل بالتقاضي في عرف ديارنا لا يملك القبض كذا جرت العادة في ديارنا وجعل التقاضي مستقلا في التحقيق مجازا بسبب الاقتضاء وصار الحقيقة مهجورة انتهى تدبر تفهم **قوله** ولانه في معنى المبادلة لاسيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية اقول لقائل ان يقول ان كان الاقتضاء بمعنى المبادلة كان التقاضي ايضا في معنى المبادلة ضرورة ان المبادلة اذا كان تحقق من الجانبين واذا كان احدهما مقتضيا كان الآخر قاضيا البتة فيلزم ان يكون التقاضي ايضا من باب الولاية مع ان المص ره صرح بخلافه فيما قبل **قوله** غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة قال صاحب العناية فيه اشارة الى انه لا ضمان عليه اذا كان ما افرزه للورثة في يده لان الحفظ انما يتصور في ذلك اما لو سلم اليهم فالموصى له باختياره ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا في النهاية الى هنا لفظ العناية اقول فيه خلل لان مقتضى تحريره ان يثبت للموصى له الخيار بين تضمين القابض وتضمين الدافع فيما اذا سلم الوصي ما افرزه للورثة اليهم على الاطلاق اي سواء كان سلمه اليهم باقيا في ايديهم او هالكا وليست المسئلة كذلك لا في النهاية ولا في غيرها فانه قال في النهاية ثم ان كانت ما اعطاه الوصي للورثة باقيا في ايديهم كان للموصى له الرجوع عليهم بقدر نصيبه وهو ثلث ما اعطاهم وان كانوا هلكا كان الموصى له الرجوع عليهم بالخيار في تضمين الحصة التي دفعها الى الورثة ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع فان لم يكن حصة الورثة اليهم حتى تملك الكل في يد الموصى لم يكن للموصى له ان يضمن الموصى شيئا لبقاء حكم الامانة في المال فكذا في هلاك قدر نصيبه الى هنا اشار الامام المحبوبي الى هنا لفظ النهاية وقال في المحيط البرهاني فان هلك حصة الموصى له في يد الوصي الا نصيب الورثة كان للموصى له ان يأخذ ثلث ما بقي في يد الورثة وان هلك حصة الورثة في يد الورثة وهلك حصة الموصى له في يد الموصى ايضا فهلك في يد الورثة من حصة الموصى له فالموصى له بالخيار ان شاء ضمن الوصي وان شاء ضمن الوارث انتهى **قوله** وان كان اوصى الميت بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده اي ما في يد الحاج فالوصي والحاج مدلول عليهما غير مذكورين انتهى وقفى اثره صاحب معراج الدراية اقول ليس هذا الشرح بصحيح

وقال محمد رح لا يرجع شيء لان القسمة حق الموصى ولو افرز الموصى بنفسه ما لا يلحق عنه فهلك لا يلزم شيء وبطلت الوصية فكذا اذا افرزه وصيه الذي قام مقامه لابي يوسف رح ان قبل الوصية التي
صحت بتنفيذها ما في يده محلها فالى يمين بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة رح ان القسمة لا تراد لذاتها بل المقصود حاجة وارثه تارة بالتعيين وتارة بالتعيين دونه وصار كما اذا هلك قبل القسمة
فيجب تنفيذها ما في يده ولا تأثير لهذا التسليم الى الحكم المسألة اذا حكم بها فاذا ارتفع الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها **قال** ومن اوصى بثلث الف درهم
قد اجمعوا الورثة الا واحدا فقسمها بالمعروف فله غائب فسمه جاز لان الاجازة صحيحة وهذا الوارث اوصى له قبل القول المصدر الوصية ميراثا لورثته والمقاسم نصيب نظرا
في حق المولى والغنيمة من النظر فان نصيب الغائب وقع حيث لو حضر الغائب وقد هلك المفرض له يكون له على الورثة سبيل **قال** واذا اوصى عبدا
من الزكاة فيه محضوص الفرماء تعتق بالمالية لا بالصلة والنسخ لا تبطل الا بالتنفيذ كالعتق والهبة فيعتق من الثلث ان كان في مرض موته فكذا اذا لو كان من قام
وهذا لان حق الفرماء متعلق بالمالية لا بالصلة والنسخ لا تبطل الا بالتنفيذ كالعتق والهبة فيعتق من الثلث ان كان في مرض موته فكذا اذا لو كان من قام
فتحلا نه **قال** ومن اوصى بان يباع عبد لا ويتصدق بثمنه على المساكين فاجاز الورثة وقبض الثمن فهلك الثمن ضمن الوصي لانه هو الحافظ فيتقرر
الهلاك عليه وهذا لان المتصدق صنيعه ما دفع قبل الثمن الا كفيله المتبرع ولم يسلم فقد اخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رد وجوز مازنه
الميت لانه عمل له فيرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة رح يقول اولا لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد انه يرجع
في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها وتجعل الوصية الثلث وجه الظاهر انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة
بخلاف ما اذا امتنع اذا لا يبقى عليه لان في الزامه القاضي تعطيل القضاء اذ يتجافى عن تقلد هذه الامانة جدا عن لزوم الغرامة فتتعلق
مصلحة العامة وتمامه في سفر الرسول لا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد صرح في كتاب القضاء فان كانت التركة قد هلكت اولم يكن لها وفاء لم يرجع لبقية
كما اذا كان على الميت دين آخر **قال** وان قسم الميت الميراث فاصاب صغيرا من الورثة عبدا فباعه فنقص الثمن فهلك واستحق العبد رجع الصغير بالمال
له ورجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه **قال** اذا احتال الوصي بمال اليتيم على بعض الورثة ولا يتوارثه الا بالتجاذب الناس في مثله لانه لا نظر في
الدين الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه في العادة ولا اشتراه بابه والصبي الماذون والعبد الماذون ما كاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش
عند ابي حنيفة رح لانهم يتصرفون تصرف الملاك والاذن فك الحجر لانه تصرف عن الحجر عن البينة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا علة
لان التصرف بالغبن ضرر لا خير فيه وهم ليسوا من اهله واذا كتب كتاب الشراء على وجه كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة لان ذلك احوط
كتب جملة عسى ان يكتب الناس هذا ذلك آخر من غير تفصيل نصيب ذلك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب اشتري من فلان ابن فلان ولا يكتب من فلان وهو في فلان
لما بينا وقيل لا بأس بذلك لان الوصاية تقدمها هو **قال** ويبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار لان الاب يلي ما سواه ولا يليه فكذا اوصيه
فيه وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الا انا استحسنا لما انه يحفظ للشارع الفساد اليه وحفظ الثمن ايسر من حفظ
تحفظ اما العقار فيصحبه نفسه **قال** ولا يبيع المال لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقال ابو يوسف ومحمد له وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي
الاب الكبير الغائب وكذا وصي الام ووصي الجد وهذا الجواب ترك هم لا عمال وصيهم قائم مقامهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم **قال**
والوصي احق بمال الصغير من الجد وقال الشافعي رح الجد احق لان الشرع اقامه مقام الاب حال عدمه حتى اخر المراث فيقدم على وصيه فلان بالاولى ايضا لان
الاب لو غاب ولا يتم قائما مقامه فيقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختيار الوصي مع عليه بقيام الجد بل على ان تصرفه الظاهر بينه من تصرف ابيه قال ابو يوسف
الاب فانه بمنزلة الاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى يملك الانكاح دون الوصي فيقوم عليه والاب في التصرف لما بينا

اذ لو رجع ضمير ما في يده الى الحاج فصار المعنى فهلك ما في يد الحاج كما صرح به الشارحان المذكوران لزم ان يكون وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع منه
مستدركا محضا كما لا يخفى والصواب ان ضمير ما في يده في قوله فهلك ما في يده راجع الى الوصي فحينئذ ينتظم المعنى ولا يستلزم الاستدراك في قوله الآتي كما لا يخفى

قوله وقال محمد رح لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصى ولو افرز الموصى بنفسه ما لا يحج عنه فهلك لا يلزم شيء وبطلت الوصية فكذا اذا افرزه وصيه الذي قام مقامه قال
بعض المتأخرين فكان هذا قياس مع الفارق لان الموصى غير ملزم مشروع والرجوع عن الوصية راسا فلا يلزم من عدم لزوم شيء ما بعد عدم لزومه لذلك انتهى اقول ليس
هذا بشيء فان الموصى وان لم يكن ملزما في حال حيوته الا انه ملزما وصيته بعد مماته فلنفذ بشيء ثلث تركته البتة والمراد بما ذكر في دليل محمد رح وهو ان الموصى لو افرز ما ينفقه
لحج عنه فهلك ذلك المال للورثة لا يؤخذ شيء من تركته بعد مماته بل تبطل وصيته اصلا وقد افصح عنه صاحب الغاية حيث قال في تقريره ولما مذهب محمد رح فهو ان دفع
الموصى بمنزلة دفع الميت ولو ان الميت هو الذي دفع قبل موته الى رجل مالا يحج عنه فسرق المال لا يؤخذ من تركته مرة آخر كذلك هذا انتهى فكان ذلك القاضي
فهم من ظاهر قول المص في تقرير دليل محمد رح ولا يلزم شيء ان يكون النهاية انه لا يؤخذ من نفس الموصى شيء في حال حيوته فوقع فيما وقع **قوله** لانهم يتصرفون في حكم المالية والاذن فك الحجر قال صاحب الغاية
في حل هذا التعليل لانهم يتصرفون بحكم المالية اي يتصرفون بالمتيقن لا بامر المولى لان الاذن فك الحجر فلم تكن تصرفهم نيابة عن احد هم انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله لان الاذن فك الحجر بان
قال فيه بحث فان الكلام كان على ما للصبي الماذون والمكاتب انتهى اقول ليس فيه ايراد اذ لا شك ان المدعى كان على ما للصبي الماذون والمكاتب لا ان قوله لان الاذن فك الحجر يصلح ان
يكون تعليلا في حقهما ايضا اما في حق الصبي الماذون فظاهر لان في حقه فك الحجر الثابت له بسبب سواه كما ان الاذن في حق العبد الماذون فك الحجر الثابت له بسبب
رقه كما تقرر في كتاب الماذون واما في حق المكاتب فلانه وان لم يكن ماذونا صراحة الا انه صار ماذونا في ضمن عقد الكتابة لا محالة فان اذا بدل الكتابة بدون
ثبوت الاذن له في الكسب مجال والاذن في الشرع فك الحجر واسقاط الغير لا غير عندنا كما مر في كتاب الماذون فلا غبار في التعليل المزبور **قوله** وكان القياس
ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير قال صاحب الكفاية قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير في صورة التناقض لقوله لان الاب يلي ما سواه
ونتقض عنه لان الاب لا يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه بجهة الحفظ والنظر انتهى اقول ما ذكره في وجه التقصي عن التناقض ليس بتام لان الوصي ايضا لا يملك غير العقار
على الكبير بالولاية الحقيقية بل انما يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر كما يدل عليه وجه الاستحسان المذكور في الكتاب فان كان معنى قول المص وكان القياس ان لا يملك الوصي
غير العقار ايضا انه كان القياس ان لا يملكه الوصي بجهة الحفظ والنظر ايضا كما هو الظاهر من السابق والسياق لزم ان يكون معنى قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير
اي لا يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر ايضا وهذا ينافي ما ذكره الشارح المزبور في وجه التقصي عن التناقض كما لا يخفى وان كان معنى ذلك كان القياس ان لا يملكه الوصي
بالولاية الحقيقية فهو يشعر بان يكون ذلك القياس متروكا مع انه لم يترك قط اذ لم يقل بان الوصي يملكه على الكبير بالولاية الحقيقية قالوا فان قلت هذا الحل ما ذكره الامام
الزيلعي في التبيين قال وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا ولا الاب كما لا يملك على الكبير الحاضر الا انه كما كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا

فصل في الشهادة **قال** واذا شهد الوصيان ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة لانهما متهمان فيها لانهما مثبتان لنفسهما **قال** الا ان يدعيها المشهود له وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء او ضم آخر اليهما برضائهما بدون شهادتهما فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية فتثبت بنصب القاضي

فيما يتسارع اليه الفساد لان حفظ ثمنه اليسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيته واما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع انتهى ثم ان بعض الفضلاء بعد ان نقل ما في الكفاية رده بوجه آخر حيث قال لا يوافقه قوله ولا يليه انتهى اقول هذا ساقط اذ لا نم ان قول المص وفيما قبل ولا يليه لا يوافق ما في الكفاية من التوجيه فان معناه ولا يلي للاب العقار كما يلي غيره اذ في غيره حفظ ماله وهو يملك الحفظ واما العقار فمحفوظ بنفسه فما يليه وهذا لا ينافي ما في الكفاية بل يوافقه كما لا يخفى على ذي فطرة

فصل في الشهادة قال صاحب النهاية ما لم تكن الشهادة في الوصية امرا مختصا بالوصية احرى بالعدم عرافتها فيها انتهى واقتفى اثره صاحب العناية نقلا عنه اقول ليس ذاك بسديد لان الذي لا يختص بالوصية انما هو مطلق الشهادة واما الشهادة في الوصية فمختصة بها قطعا فلا معنى لقوله لما لم تكن الشهادة في الوصية امرا مختصا بالوصية كما لا يخفى والظاهر في وجه التاخير ما ذكره صاحب الغاية حيث قال وانما اخر ذكر الشهادة في الوصية لكونها عارضة غير اصلية لان الاصل عدم العارض انتهى **قوله** وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء وضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فتسقط شهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية فتثبت بنصب القاضي قال صاحب النهاية فان قيل اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى ان ينصب عن الميت وصيا آخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند اداء الشهادة اذا تمكنت التهمة فيه قلنا القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصي لكن للموصي اليهما متى شهدا بذلك لان من زعمهما لانه لا تدبير لهما في هذا المال الا بالثالث فاشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثم وصي وهناك تقبل الشهادة وكذلك ههنا كذا ذكره الامام المحبوبي في باب القضاء بالشهادة من قضاء الجامع الصغير الى هنا لفظ النهاية واقتفى اثره ذلك جماعة من الشراح منهم صاحب النهاية اقول كل من الجواب والسؤال منظور فيه عندي اما السؤال فلانه لا اتجاه له اصلا فان الوصيين الذين يضمهما الميت اذا كانا عاجزين عن القيام بالوصية فللقاضي ان يضم اليهما وصيا آخر بلا ريب كما تقرر في اوائل باب الوصي وما يملكه واذا لم يكونا عاجزين عنه ولكن سأل القاضي ان يضم اليهما الآخر ورضي به الآخر فله ايضا ان يضم اليهما الآخر كما صرح به في كثير من المعتبرات واشار اليه المص ره ههنا بقوله او ضم آخر اليهما برضاه قال تاج الشريعة في شرحه يعني لو سأل من القاضي ان يجعل هذا الرجل وصيا معهما برضاه فعلى القاضي ان يجعله في ذلك انتهى ثم ان هذا حال الضم الى الوصيين مطلقا والمبحوث فيه فيجب على القاضي ان يضم الثالث اليهما البتة وان بطلت شهادتهما كما نص عليه في عامة المعتبرات منها التبيين فانه قال فيه فاذا ردت شهادتهما ضم القاضي اليهما ثالثا لان في رد شهادتهما اقرارا منهما بوصي آخر معهما للميت وافرد ذلك على ان انفسهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصار في حقهما بمنزلة ما لو مات احدا ولا وصيا للثلاثة ثم قال في بيان وجه الاستحسان في قبول شهادتهما وجه الاستحسان انه يجب على القاضي ان يضم ثالثا على ما بيناه انفا فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصيا منهما نصب القاضي اياه انتهى ومنها المحيط فانه قال فيه قال في الاصل واذا كذبهما المشهود عليه او خلت معهما رجلا آخر سوى المشهود عليه من مشايخنا من قال لا يدخل معهما ثالثا ومنهم من يقول لا بل المذكور في الكتاب قولهم جميعا او الظاهر فانه لم يذكر فيه خلافا وان صدقهما قال لا اقبل الوصية قال معهما ثالثا بخلاف ما لو قبل ثم ابى فانه لا يعمل رده واباه الى هنا لفظ المحيط واما الجواب فلان قياس ما نحن فيه على ما لم تكن ثم وصي بقوله وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا قياس مع الفارق اذ لم تتمكن هناك فيما نحن فيه تهمة كما بينوا وايضا القاضي يحتاج هناك الى نصب القاضي وههنا لا يحتاج اليه في زعم المجيب فاين هذا من ذاك ومجرد المشابهة في الحجة لا يصحح القياس كما لا يخفى ثم ان بعض المتاخرين استشكل هذا المقام بوجه آخر فقال فيه ان وجوب كون المضموم هذا المدعى اثر شهادة المتهم مع انه لا تقبل شهادة المتهم فكيف ترتب عليها انتهى اقول ليس هذا بشيء لان شهادة المتهم انما لا تقبل في اثبات حق شرعي وايجابه لا في اسقاط شيء كونه التعيين فيما نحن فيه فان شهادتهما تسقط عن القاضي مؤنة التعيين وان لم تثبت الوصاية كما اشار اليه المص ره بقوله فيسقط

قال وكذلك الابنان معطوف على المستثنى وهو قوله فالشهادة باطلة اي وكذلك الابنان تقبل شهادتهما اذا شهدا ان الميت اوصى الى رجل وهو منكر لانهما يجران الى انفسهما نفعا بنصب حافظ لتركة ولو شهدا لغيره لو وارث صغير
حي من تركة الميت جاز وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز لانهما يثبتان ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به قال وان شهدا لوارث كبير في تركة الميت جاز في قول ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز لانهما يثبتان ولاية التصرف لانفسهما اذا كانت التركة لا تنقسم لكبير الوارث
من التصرف انه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة من حيث افادة قيام الولاية لا نفسهما ولاية وضع الايدي
عند الحاجة لقيام التركة في غيرهما قال واذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد آخران لآخرين بمثله كانت شهادتهما جائزة
وان كانت شهادة كل فريق للآخرين بوصية الف درهم لم تجز عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف لا تقبل الا بين الابنين وقال ابو حنيفة رح فيما ذكر
الخصاف رح وابي يوسف رح عن ابي يوسف مثل قول ابي حنيفة رح وجه القول الاول ان الدين يثبت في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا تكون تهمة وهذا توضيح الحكم بقضاء دين
وهما ليس بمحض حق المشاركة موجب الدين الدين بالموت يتعلق بالتركة اذا لا يثبت حق الوارث ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة لشاركه الآخر
فيه ما بقي شيء وردت حق المشاركة لتحقق التهمة بخلاف حال حياة المديون لانه في الذمة لبقائها في المال فلا يتحقق المشاركة قال
ولو شهد رجلان وهما لهذين الرجلين بمائة وشهد الآخران ان الميت اوصى لهذين بمائة جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا مشاركة فلا تهمة ولو شهدا
اوصى لهذين الرجلين وشهد الآخران انه اوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذا اذا شهدا لا ولان ان الميت اوصى لهذين
الرجلين بالعبد وشهد المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة متهمة لمشاركة

شهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي وكم من شيء يكون حجة من وجه ولا يكون حجة في الاثبات كالاستصحاب فيجوز ان يكون شهادة المتهم ايضا
كذلك فيترتب عليها اثر الدفع ولقد فتح حقه صاحب الغاية هنا حيث قال وجه الاستحسان ان القاضي ملك نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروفا
فلا يثبت للقاضي بهذه الشهادة ولاية لم تكن وانما استفاد طاعة مؤنة التعيين عنه ومثاله ان القرعة ليست بحجة ويجوز استعمالها في تعيين الانصباء لدفع التهمة عن القاسم
فصلحت دافعة لا موجبة فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين انتهى **قوله** وكذلك الابنان قال الشراح قوله وكذلك الابنان معطوف على المستثنى
وهو قوله فالشهادة باطلة انتهى اقول تفسير لمعنى قوله وكذلك الابنان بقوله معناه اذا شهد ان الميت اوصى الى رجل وهو منكر يقتضي ايضا بظاهره ان
يكون قوله وكذلك الابنان معطوفا على قوله فالشهادة باطلة لان الحكم في صورة الانكار بطلان الشهادة لا غير لكن لم يظهر لي ما ادجاهم الى جعل قوله وكذلك
الابنان معطوفا على المستثنى منه فقط دون مجموع المستثنى والمستثنى منه مع صحة المعنى في الثاني ايضا وزيادة الافادة اذ يصير المعنى اذ ذاك وكذلك حكم شهادة
الابنين في صورة ان ينكر المشهود عليه ما شهدا به وفي صورة ان يدعيه فان شهادتهما تقبل في الصورة الاولى وتقبل في الصورة الثانية استحسانا وهذا جيد جدا
فان جواب مسئلة شهادة الابنين كجواب مسئلة شهادة الوصيين في الصورتين معا كما صرح به في عبارة الكتب واما اذا جعل قوله فكذلك الابنان معطوفا على
المستثنى من لفظ يلزم ان يكون احدى صورتي مسئلة شهادة الابنين متروكة البيان في الكتاب بالكلية من غير ضرورة ولا يخفى ما فيه فالحق عندي انه معطوف
على المجموع لا محالة بخلاف شهادة ما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت اقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها اقول لقائل ان يقول بذا التعليل يقتضي
ان يجوز شهادتهما لوارث صغير ايضا في غير تركة الميت عند ابي حنيفة رح لجريانه بعينه هناك ايضا مع ان عدم جواز شهادتهما لوارث صغير شيء من تركة الميت وغيرها
متعلق برجلين على ميت الخ الفصل عليه كما مر في الكتاب انفا فليتامل في الدفع **قوله** واذا شهد رجلان لرجلين على ميت الى آخر الفصل قال في العناية جنس
هذه المسائل اربعة الاول ما اختلفوا فيه وهو شهادة بالدين والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة
بالف مرسلة او سكت الحال والثالث ما اتفقوه على جوازه وهو ان يشهد الرجلين بجارية وشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد والرابع هو المذكور في الكتاب
الآخر هو ان يشهد رجلين لعينه وشهد المشهود اليهما للشاهدين بالف مرسلة او شيء الاول وبنى ذلك على تهمة الشركة فما ثبت فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني
والرابع ما لم يثبت فيه التهمة قبلت كما في الثالث على ما ذكر في الكتاب اما الوجه الاول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك ايضا انتهى اقول تقسيم صاحب العناية
وتقريره هنا لك مختل لانه اراد بالاوجه الاقسام الكلية فهي ثلثة لا غير احدها ما اتفقوا على جوازه وثانيها ما اتفقوا على عدم جوازه وثالثها ما اختلفوا فيه واحد وجها
والعاد داخلا في القسم الثاني لا محالة وان اراد بها الامثلة فهي خمسة لا اربعة كما يدل عليه عبارة الكتاب فلا وجه لجعل الاثنين وجها واحدا على انه قوله الاول ما اختلفوا والثاني
ما اتفقوا على عدم جوازه والثالث ما اتفقوا على جوازه لا يساعد كون مراده بالاوجه هو الامثلة بل يقتضي كون مراده بها هو الاقسام الكلية المذكورة كما لا يخفى ثم ان
صاحبي النهاية والكفاية وان ذهبا ايضا الى كون الاوجه في جنس هذه المسائل اربعة الا ان تقريرهما في كون المراد بالاوجه هو الامثلة والمسائل دون الاقسام
الكلية والاصول لا ينافيه تقرير صاحب العناية فانهما قالا جنس هذه المسائل على اربعة اقسام في الوجه الاول تقبل الشهادة بالاجماع وهو ان يشهد الرجلين لرجلين
عين رجلين كالعبد وشهد الموصى لهما للذين الشاهدين بوصية عين اخرى كالجارية لانه لا شركة للمشهود فيه فلا تكون التهمة وفي الوجه الثاني لا تقبل بالاجماع وهو ان
يشهد الرجلان بالوصية بجزء شائع كالوصية بثلث ماله وشهد المشهود لهما للشاهدين بالف مرسلة ايضا وفي الوجه الثالث لا تقبل وهو ان يشهد الرجلان ان الميت

كتاب الخنثى

فصل في بيانه قال [illegible]

[illegible]

ولو اوصى لمعينين الرجلين بعين كالعبد وشهد المشهود له ان الميت للشاهدين الاولين ثبتت ماله لان الشهادة مثبتة للشركة وفي الوجه الرابع اختلفوا فيه وجه الشهادة بالدين اقتضى تدبر تفهم ثم ان الحق ان ثبتت القسمة هنا كما فعله الفقيه ابو الليث في كتاب نكتة الوصايا حيث قال واذا شهد اربعة نفر شهد اثنان لهذين على الميت فان هذا على ثلاثة اوجه في وجه تقبل شهادتهما بالاتفاق وفي وجه لا تقبل بالاتفاق وفي وجه اختلفوا فيه ثم فصل كل وجه بثلثة ودليله كما فصله شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد حيث قال وهنا ثلثة فصول احدها ما لا تقبل الشهادة فيه بالاتفاق والثاني ما تقبل الشهادة فيه بالاتفاق والثالث ما اختلفوا فيه وبين كل واحد منها

كتاب الخنثى

قال في النهاية لما فرغ من بيان احكام من له آلة واحدة في المثال من التي النساء والرجال شرع في بيان من له آلتان فيه وقد ذكر الاول كما ان الواحد قبل الاثنين اولان الاول هو الاعم والاغلب وهذا كالنادر فيه انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان ما ذكر في الكتب السابقة من الاحكام ليس بمخصوص من له آلة واحدة بل يعم من له آلة واحدة ومن له آلتان الا يرى ان احكام المارة في كتاب الوصايا مثل جارية باشرها في حق الخنثى ايضا وكذلك الحال من احكام سائر الكتب المتقدمة كلها او جلها فما معنى قوله لما فرغ من بيان احكام من له آلة واحدة شرع في بيان احكام من له آلتان واما ثانيا فلان قوله شرع في بيان احكام من له آلتان ليس بتام اذ جعل المص كتاب الخنثى فصلين ووضع الفصل الاول لبيانه والفصل الثاني لاحكامه حيث قال فصل في بيانه وفصل في احكامه فهو في هذا الكتاب انما شرع حقيقة في بيان من له آلتان لا في بيان احكامه وانما ذكر احكامه في الفصل الثاني بعد ان ذكر بيان نفسه في الفصل الاول وان صح ان يقال شرع في احكامه ايضا بتاويل ما فما معنى تخصيص الشروع في الثاني في قوله شرع في بيان احكام من له آلتان ويمكن التوجيه بعناية فتامل وقال في العناية لما فرغ من بيان احكام من غلب وجوده ذكر احكام من هو نادر الوجود انتهى اقول تجب عليه ايضا ما ذكرنا انفا من البحث الاول بل بعض البحث الثاني ايضا فتامل وقال في غاية البيان آخر كتاب الخنثى لوقوعه نادرا لان الاصل ان يكون لكل شخص آلة واحدة اما آلة الرجل واما آلة الانثى واجتماع الآلتين في شخص واحد في غاية الندرة ولكن قد يقع ذلك فيحتاج الى بيان حكمه فلاجل هذا ذكره وآخره عن سائر الكتب لندرته وقلة الاحتياج الى بيانه انتهى اقول هذا جيد لا قوله وقلة الاحتياج الى بيانه فانه ما يكون نادر الوقوع وخلاف المعتاد يكون احوج الى البيان لكونه بعيدا عن الاذهان موقوفا حاله على امر خفي وعن هذا قال في العناية ومن محاسن احكام الخنثى ترك الاهمال في البيان وان ندر وجوده في الازمان **قوله** فصل في بيانه قال صاحب العناية فان قيل الفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما وههنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل قلت كلامه في قوة ان يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في احكامه وما ذكرت فانما هو في وقوعه في التفصيل لا في الاجمال وقال بعض المتاخرين بعد نقل هذا السوال والجواب ولك ان تقول انفصال طائفة من المسائل عن اخرى منها يستلزم انفصال الاخرى عن الاولى فاذا عنونت الثانية بالفصل كما هو المعتاد وكان ذلك في قوة يعنون الاولى به ايضا وان لم يصرح به في العنوان ولكن صرح به ههنا اشارة في اول الوهلة الى ان ههنا فصلا آخر يذكر بعيده وهو ما ذكر بقوله فصل في احكامه فتامل انتهى اقول هذا كلام خارج عن سنن السداد اما اولا فلان الفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر تقدم عليه القطع من شيء آخر مطلقا وقد اشار اليه صاحب العناية بقوله ههنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل فاستلزام انفصال طائفة من المسائل عن الاخرى منها انفصال الاخرى عن الاولى انما يقتضي تحقق معنى الانفصال مطلقا في الاولى لا تحقق الانفصال مما تقدم

فصل في احكامه الاصل في الخنثى المشكل ان يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته

قال واذا وقف خلف الامام قام بين صفي الرجال والنساء احتمالا انه امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا تفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلوتهن وان قام في صف الرجال فصلوته تامة ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره والذي خلفه عن يمينه احتياطا لاحتمال انه امرأة **قال** واحب الينا ان يعيد الذي خلفه لانه يحتمل انه امرأة وعلى في صلوته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى بغير قناع امرأة ان يعيد لاحتمال انه امرأة وهو على الاستحباب ان لم يعد اجزاه وتتباع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة قال صاحب الكافي وامرأة ويكره ان يختنه رجل لانه عساه اثنى وتختنه امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا وان لم يكن له مال اتباع له الامام من بيت المال لانه اعد من نوائب المسلمين فاذا ختنته باعها ودفع ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها

من الاولى ايضا كما لا يخفى والفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر تقدم عليه فلا يتم التقريب واما ثانيا فلانه كيف يحصل بالتصريح بالفصل ههنا الاشارة في اول الوهلة الى ان ههنا فصلا آخر يذكر بعده وذكر فصل لا يقتضي ذكر فصل آخر لا في اللغة ولا في العرف والالزم ان يقتضي ذكر فصل في احكامه ذكر فصل آخر بعيده ولم يذكر به فصل آخر قطعا ونحن بمدابرا هم يذكرون في كثير من المواضع فصلا واحدا ولا يذكرون بعده فصل آخر اصلا

فصل في احكام الخنثى وهو الذي لم تظهر فيه احدى العلامات وتعارضت العلامات لان غير المشكل اما ان يكون رجلا او امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم فيما مضى من الكتب على وجه التفصيل واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا يفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلوتهن اقول في تحرير هذا التعليل نوع خلل لان قوله ولا النساء عطف على الرجال في قوله فلا يتخلل الرجال وقوله فلا يتخلل الرجال متفرع على قوله لاحتمال انه امرأة لانه معطوف فيلزم ان قوله يكون ولا النساء متفرعا ايضا على قوله لاحتمال انه امرأة لان المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله فيصير الحاصل لاحتمال انه امرأة اذ لا تاثير لاحتمال انه رجل وكان صاحب الكافي ذاق هذه الساعة بصير تحرير المصنف في التعليل حيث قال وان وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء فلا يتخلل الرجال ولا يفسد صلوتها باستعمال انه امرأة ولا يتخلل النساء حتى تفسد صلوتهن لاحتمال انه رجل انتهى **قوله** فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل هذا لفظ محمد رح في الاصل قال جمهور الشراح انما قال باستحباب اعادة الصلوة دون الوجوب والاخذ بالاحتياط في باب العبادات واجب لان السقط وهو الاداء معلوم والفسد وهو مجاوزة الرجل والمرأة في صلوة مشتركة موهوم فليتوهم اجب له ان يعيد الصلوة انتهى عزاه في النهاية والكفاية الى المبسوط اقول فيه نظر اذ لا يذهب على ذي فطانة ان كون المفسد موهوما لا يرفع وجوب اعادة الصلوة عند تعذر كون الاخذ بالاحتياط واجبا في باب العبادات كما صرحوا به فان الاحتياط يقتضي الاحتراز عن الموهوم ايضا فالظاهر عندي ما ذكر في الذخيرة ونقله الشراح ههنا حتما هو ان قوله فاحب الي ان يعيد صلوته فيما اذا كان الخنثى المشكل مراهقا فان الاعادة مستحبة في حقه محلفا واعتيادا واما اذا كان بالغا فالاعادة واجبة لانه ان كان ذكرا كان بعدم الاعادة وان كان انثى لم يلزم الاعادة فيجب الاعادة احتياطا على ما هو الحكم في باب العبادات **قوله** ويجلس في صلوته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن اقول في هذا التعليل كلام وهو انه ان اراد بقوله وهو جائز في الجملة انه جائز بلا عذر فهو ممنوع بل هو مكروه وان اراد به انه جائز بعذر كما صرح به في الكافي حيث قال وهو جائز في الجملة عندنا بعذر وكما صرح به في المبسوط والذخيرة وبين وجه العذر هناك حيث قال لان الرجل يجلس كذلك عند العذر واشتباه الحال من ابين الاعذار انتهى فهو مسلم لكن يرد عليه حينئذ على قوله وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها ان يقال ارتكاب المكروه ايضا جائز عند العذر واشتباه الحال من ابين الاعذار فالوجهان في جلوسه جلوس المرأة قال **قوله** وتتباع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة قال صاحب النهاية هذا التعليل وان كان صحيحا في حق الرجل ولكن هو فاسد في حق المرأة لان الامة لا يباح لها النظر الى موضع العورة من سيدتها مطلقا لانه ذكر في استحباب المبسوط ان للامة ان تنظر الى مولاتها كالاجنبيات فعلم بهذا انه لا تاثير للملك في اباحة النظر الى سيدتها والاولى في التعليل ههنا ما ذكره في المبسوط والذخيرة فقال لانه متى اشترى الولي جارية الخنثى فان يملكها الخنثى ثم ان كان الخنثى ذكرا فهذا نظر المملوك الى مالكها وان كان الخنثى انثى فانه نظر الجنس الى الجنس وانه مباح حال العذر فعلم بهذا ان مس الجارية له على تقدير ان يكون الخنثى انثى باعتبار ان نظر الجنس الى الجنس اخف من نظره الى خلاف الجنس لان يكون للملك تاثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب العناية هذا نقل اعتراض

ويكره له في حيوته لبس الحلي والحرير وان ينكشف قدام الرجال وقدام النساء وان يتخذ به غير محرم من رجل او امرأة او يسافر بغير محرم من الرجل تورعا
عن احتمال التحريم وان احرم وقد اتحد قال ابو يوسف لا اعلم في لباسه ان كان ذكرا كراهة لبس الخيط وان كان انثى فيكره له تركه وقال محمد
يلبس لباس المرأة لان قوله ليس بخيط وهي امرأة اتحد من لبسه فهو رجل لا شيء عليه لو بلغ ومن حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلده غلاما فولدت خنثى
لم يقع حتى يستبين امر الخنثى لان الحنث لا يثبت بالشك وكذا قال كل عبد لي حر وقال ان كان متاع امرأة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره
وان قال نوقين جميعا عتق للتيقن بالحنث لو صفين لانه ليس بمحتمل ان قال الخنثى انا رجل وانا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى خلاف
قضية الدليل فان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امرأة لان حل الغسل
غير ثابت بين الرجال والنساء لاحتمال الحرمة ويتيمم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضران كان مراهقا غسله رجل ولا امرأة لاحتمال انه ذكر
وانثى وان تيمم تيمم فهو اعجب لانه ان كان انثى تقديرا اجبار ان كان ذكرا فالتيمم لا يقضيه وادامات مصلي عليه على رجل وامرأة وضع الرجل مما
يلي الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيقوم عن الرجل احتمال انه امرأة ويقدم على المرأة لاحتمال انه رجل ولو دفن مع رجل في قبر واحد من
عند رجل الخنثى خلف الرجل لاحتمال انه امرأة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال انه رجل وان كان
يجعل على السرير لتغسل المرأة فهو اولى به لاحتمال انه عورة ويكفن كما يكفن ابجاريته وهو احب في يعني يكفن في ثوب واحد اذا كان انثى فقط
قيمته ستة وان كان ذكرا فثلاثة زاد في اعلى ثلاثة ولا باس بان يلف وليات ابوه وخلفا فالمال بينهما عند ابي حنيفة ثلاثا للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده والميراث
الا ان يثبت خنثى للابن فلا للخنثى نصف ما ذكر نصف ميراث انثى وهو قول الشعبي والخنثى في قياس له قال محمد المال بينهما على اثنى عشر سهما للابن ستة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف المال
بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلاثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى ثلاثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هنا يضرب بثلاثة وثلاثة
يضرب باربعة فيكون سبعة ولمحمد ان الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين وان كان انثى يكون المال بينهما اثلاثا احتجنا الى حال الخنثى فيكون حال المال بين
بينهما نصفين لكل واحد منهما ثلاثة وفي حال الانوثة للخنثى سهمان وللابن اربعة فيكون للخنثى ثلاثة ثلاثان بيقين وقع الشك في السهم الزائد فينصف فيكون له سهمان ونصف للذكر
فاضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثنى عشر للخنثى ستة وللابن سبعة ولابي حنيفة ان الحاجة هنا الى اثبات المال ابتداء ولا يثبت وجوب المال الا بالمتيقن به فما زاد عليه ثبت
فايشا متيقن به نص عليه لان المال لا يجب بالشك وصار كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب اخر فانه يؤخذ فيه بالمتيقن به كذا هذا

صاحب النهاية تعليل على المص ره لا اليه نظر لان ذلك في حال الاختيار لا في حالة العذر ولهذا لو اصاب المرأة قرح او جرح لا يحل النظر اليه لانه المرأة وكذا النظر
القابلة الى فرج المرأة وقت الولادة يحل فاذا جاز النظر بالعذر فاقامة البينة ايضا عذر جاز لها ان تنظر الى فرجها انتهى اقول نظره ساقطا اذ يشترط في جواز النظر
بالعذر الى موضع العورة من المرأة الامة والحرة والمملوكة وغير المملوكة فلم يكن للملك تاثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها اصلا وتعليل المص ره بقوله لانه يباح
لمملوكة النظر اليه رجلا كان او امرأة يشعر لا محالة بتاثير الملك في اباحة النظر الى سيدتها كتاثيره في اباحة النظر الى سيدتها فيرد عليه ما قال صاحب النهاية
من ان هذا صحيح في حق الرجل فاسد في حق المرأة وعن هذا يتعرضون جماعة عن الشراح منهم صاحب العناية وصاحب الكافي في التعليل لانه يباح لمملوكة النظر الى ذكره
ان كان رجلا **قوله** ويكره له في حيوته لبس الحلي والحرير قال صاحب النهاية وليس في قيد قوله في حيوته زيادة لان الحيوة تستفاد من ذكر اللبس ومن ذكر اختصاص
الكراهة لما ان بعد الموت لو وجد ذاك اللباس لا لبس والكراهة بعد الموت للملبس للميت وقد اقتفى اثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وقصد صاحب النهاية
رد ذلك فقال بعد نقله وهو منا قشة سهلة لانه ليس كل ما يذكر في التراكيب يكون قيدا للاخراج يجوز ان يكون بعضها بيانا للواقع انتهى اقول ليس هذا الشجي
لان حاصل ذلك قول صاحب النهاية ان قوله في حيوته مستدركة لا فائدة في ذكره اذا كان الواقع مساعدة فالوجه في الاعتذار عن ذكره ما ذكره هؤلاء الشراح
انفسهم حيث قالوا الا ان المص ره اتبع في ذلك المبسوط ذلك لانه ذكر هذه المسئلة بعد ذكر تكفين الخنثى اذا مات فكان ذكر الحيوة هناك لتبيين المقابلة لا
للقيد انتهى **قوله** وان ينكشف قدام الرجل وقدام النساء قال جمهور الشراح وهذه المسئلة يدل على ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى الرجل فجاز للخنثى
التكشف للنساء فانه ليس المراد من التكشف ابدا موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى ايضا ولكن المراد ان يكون في ازار واحد انتهى وهكذا ذكر شمس الائمة
السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد كما نقله صاحب العناية اقول ليس هذا تمام عندي اذ على تقدير كون نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى الرجل على ما هو الاصح من الروايتين
كما نص عليه المص ره في كتاب الكراهة يصح الحكم على الخنثى المشكل بعدم جواز ان ينكشف للنساء ايضا بناء على رواية كون نظر المرأة الى الرجل كنظر الرجل الى ذوات
محارمه كما ذكره المصنف ره في كتاب الكراهة نقلا عن كتاب الخنثى عن الاصل اذ على هذه الرواية لا يجوز له التكشف للنساء لاحتمال كونه رجلا كما لا يجوز له التكشف
للرجال لاحتمال كون امرأة فلم يكن في هذه المسئلة دلالة على ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لجواز ان يكون بناء
كون نظر المرأة الى الرجل كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه كما زعموا تبصر **قوله** وان لم يكن مشكلا
ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره قال صاحب العناية وفي هذا التعليل نظر لانه انما يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بانه ذكر
او انثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك انتهى اقول مدار هذا النظر على عدم فهم مراد المص ره فان مراده بقوله وان لم يكن فيه مشكلا واحد ان لم يعلم انه مشكل لا انه
علم انه ليس بمشكل لان معنى قوله فيما قبل اذا كان مشكلا اذا كان قد علم انه مشكل كما صرح به الشارح المذكور نقلا عن الحاكم الشهيد ويدل ايضا قول المص ره في تعليل ذلك
لانه دعوى تخالف قضية دليل فان مخالفته دعواه قضية الدليل انما يتصور فيما اذا كان مشكلا اذا كان قد علم انه مشكل يكون معنى قوله هنا وان لم يكن مشكلا

الا ان يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو ان يكون الوضع زوجا واما واختا لاب لو هي
خنثى او امرأة وابنين لام واختا لاب وام هي خنثى فعند ثاني الاولى للزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمرأة الربع وللاخرين للام الثلث واما في الخنثى
اقل النصيبين فيهما والله اعلم بالصواب مسائل شتى قال واذا اقرى على الاخرس كتاب وصية فقيل له اشهد عليك بما في هذا الكتاب فاومى برأسه اي
نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي رح يجوز في الوجهين لانه العجز الماهر العجز وقد حصل
الفصلين ولا فرق بين الاصلي والعارضي كالوجيز والمتوحش من الاصلي في حق الذكوة والفرق لاصحابنا رحمهم الله ان الاشارة انما تعتبر اذا صارت
معهودة وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة قالوا فهو بمنزلة الاخرس لان التفريط جاء من قبله حيث
اخر الوصية الى هذا الوقت اما الاخرس فلا تفريط منه ولان العارض على شرف الزوال دون الاصلي فلا يتقاسان وفي الكافي عرضا بالنصه قال
واذا كان الاخرس يكتب كتابا ويومي ايماء يعرف به فانه يجوز كالاخرس وطلاقه وعتاقه وبيوعه واقراره ويقضى له ويقضى به ولا يجوز ولا يجعل له اما الكتابة
فلانها من ناحية بمنزلة الخطاب ممن دنا الا ترى ان النبي عليه السلام ادى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب الحوزي حق الغائب الغير وهو
في الاخرس الظهر والزم ثم الكتابة على ثلث مراتب مستبينين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب الحاضر على ما قالوا ومستبينين غير مرسوم كالكتابة على الجدران
لا بها ويتوى فيه لانه بمنزلة صريح الكتابة فيقلا بد من النية وغير مستبينين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم واما الاشارة
فجعلت حجة في حق الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد ثبت بدون اللفظ والقصاص
حق العبد ايضا ولا حاجة الى الجحود لانها في حق الله تعالى لا تثبت بالشبهات ولعله كان مصدقا والقاذف فلا يجد للشبهة ولا يجد ايضا بالاشارة
في القذف لا نعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص ان الحد لا يثبت بالشبهة فيه
الا ترى لو شهد واباه الوصي الحرام اذا اقرا بالوصي الحرام لا يجب الحد ولو شهدا بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل يجب القصاص حتى لو لم يوجد لفظ التعمد

ان لم يعلم انه مشكل ان يعلم انه ليس بمشكل حتى يحكم بانه ذكر او انثى بلا حاجة الى قوله نفسه بل يجوز وان لم يعلم انه مشكل ام لا بان لا يعلم ظهور احدى العلامات ولا عدم ظهوره فح
تحقق الحاجة الى قوله نفسه وهو مسئلة الكتاب هنا وعلى التعليل لقوله لانه اعلم بحاله من غيره فلا غبار فيه والعجب منه انه بعد ان حيث معنى المقام ما تنبه عليه نظره كيف اورد
النظر على التعليل دون نفس المسئلة وهي احق بورودها عليها على مدافعة معنى المقام بان يقال لا معنى بهذه المسئلة لانه انما لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى
العلامات فبعد ظهورها يحكم بانه ذكر او انثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك فما معنى قول المص ره وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله **قوله** الا ان يكون نصيبه الاقل لو قدرناه
ذكرا قال في العناية وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به يعني اوجبنا للخنثى ميراثا لانثى للمتيقن وما تجاوزنا عنه الى نصيب الذكر لان المال ابتداء لا يجب
بالشك الا ان نصيب الخنثى اقل من نصيب الانثى ان قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به انتهى اقول فيه نوع اختلال
لان تفسيره مراد المص ره بقوله يعني اوجبنا للخنثى ميراثا الانثى للمتيقن الخ يقتضي ان يكون قول المص ره الا ان نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا استثناء من قوله فاوجبنا
المتيقن به فصار اقصر اعليه كما هو ظاهر والمصرح به في غاية البيان فتخالف هنا في قوله في اول كلامه وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به تدبر
مسائل شتى قد كانت عادة المصنفين ان يذكروا في آخر الكتاب ما ذكر في الابواب السابقة من المسائل استدراكا للغاية ويترجمون تلك المسائل
بمسائل شتى او بمسائل متفرقة او بمسائل منثورة فعل المص ره هنا ايضا كذلك جريا على عادتهم **قوله** واذا اقرى على الاخرس كتاب وصية فقيل له اشهد عليك
بما في هذا الكتاب فاومى برأسه اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز قال الشراح وانما قيد بقوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار
لان ما يجيء من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين احدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل ان يحرك راسه عرضا والثاني ما يكون ذلك منه دلالة الاقرار
بان يحرك راسه طولا اذا كان معهودا منه في نعم انتهى اقول فيه نظر لانه لما فسر الايماء براسه في تقرير المسئلة بقوله اي نعم تعين وصفها فيما جاء منه دلالة الاقرار
فلم يبق حاجة في تقرير جوابها الى قوله فاذا جاء من ذلك يعرف انه اقرار بل كان يكفي قوله جائز كما لا يخفى **قوله** ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا
الوقت اما الاخرس فلا تفريط منه اقول لا يذهب عليك ان هذا التعليل يقتضي ان لا يجوز اشارة معتقل اللسان ولو امتد اعتقاله لان تاخير الوصية قد جاء
من قبله هناك ايضا مع انهم قالوا ان هذا بمنزلة الاخرس في الحكم كما صرح به المص ره فيما قبل آنفا لعل صاحب الكافي تفطن له حيث طرح هذا التعليل
من البين **قوله** اما الكتابة فلانها من ناحية بمنزلة الخطاب ممن دنا الى آخره اقول فيه شيء وهو ان هذا يدل على بعض المدعى ولا يدل على بعضه الآخر بل يدل
على خلافه قال المدعي ان كتاب الاخرس حجة فيما سوى الحدود واذ لا فارق بينه وبين الحدود وهذا الدليل المذكور لا يدل على عدم كونها حجة في الحدود ايضا
اذا كانت مستبينة مرسومة باقتضاء قوله وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا فانه اذا كان بمنزلة النطق في حق الحاضر ايضا لم تكن حجة ضرورية حينئذ فينبغي
ان يكون حجة في الحدود ايضا كما كان النطق فيها حجة ايضا فليتامل في الخلص **قوله** واما الاشارة فجعلت حجة في حق الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى
ذلك لانها من حقوق العباد اقول لقائل ان يقول من هذه الاحكام الطلاق على ما صرح به في موضع المسئلة وهو من حقوق الله تعالى لان فيه تحريم الفرج
وهو حق الله تعالى ولهذا لم يشترط الدعوى في الشهادة عليه بالاتفاق كما لم يشترط في الشهادة على عتق الامة ايضا بالاتفاق بناء على ذلك كما صرحوا به فاطبة
وصرح في الكتاب ايضا في باب عتق احد العبدين من كتاب العتاق فان قلت ليس الطلاق من حقوق الله تعالى المفرقة بل فيه حق العبد ايضا لتعلق

وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود الخالصة لله تعالى
شرعت زواجر لا جوابر فمعنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص عجز عليه
ويحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيهما روايتان وعن هذا ان يكون مفارقا لذلك لانه يمكن الوصول الى نطق الغائب في الجملة لقيام اهلية
النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق لآفة الخلقة ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة عوض
ما توهم بعض اصحابنا رحمهم الله لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع ههنا بينهما فقال اشار او كتب
وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية في الكتابة وزيادة بيان لم يوجد في الاشارة زيادة امر لم يوجد في الكتابة انما اقرب
الى النطق من اثار الاقلام فاستويا وكذلك الذي صمت يوما او يومين بعارض لما بين في المعتقل لسانه ان آلة النطق قائمة وقيل هذا تفسير معتقل اللسان

حق الزوجين الا ان يكون مدار قول المص ره ولانها من حقوق على العباد ذلك قلت مجرد تحقق العبد في شئ لا يكفي في كون اشارة الاخرس حجة فيه الا يرى ان اشارته
لا يكون حجة في حق حد القذف مع ان فيه وقع العار عن المقذوف كما ان حق الله تعالى بل لا بد في كون اشارته حجة من ان يكون الحكم في حقوق العباد فقط
او مما غلب فيه حق العبد على حقوق الله تعالى كالقصاص لا مما غلب فيه حق الله تعالى على حق العبد كحد القذف عندنا على موضعه وكون اطلاق
مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى فهو ممنوع كيف ولو كان كذلك لما قبلت الشهادة عليه بدون الدعوى فان الدعوى شرط في قبول الشهادة في
حقوق العباد حتى ان مطالبة القذف شرط في ثبوت حد القذف وان كان الغالب فيه حق الله تعالى عندنا ولهذا لا يصح عفو المقذوف ولا يجوز الاعتياض
عنه ولا يجوز ان الارث فيه عندنا كما مر في الحدود فما ظنك بعدم اشتراط الدعوى في ثبوت الطلاق لو كان حق العبد فيه غالبا على حق الله تعالى تفكر **قوله**

وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه لما شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر
وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة اقول فيه بحث اما اولا فلان ما ذكره ههنا من جواز ثبوت القصاص مع الشبهة خلاف المصرح به
فيما مر في عدة مواضع منها كتاب الكفالة فانه قال فيه ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة رح لان معنى الكلام على الدرء فلا تجب
فيه الاسباق ومنها كتاب الشهادات فانه قال فيه ولا تقبل في الحدود والقصاص شهادة النساء لان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال
فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ثم قال فيه في باب الشهادة على الشهادة جائزة عندنا في كل حق يسقط بالشبهة ولا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص
ومنها كتاب الوكالة فانه قال فيه وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق وكذا باستيفائها واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائهما
مع غيبة الموكل عن المجلس لانهما تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة قال في غيبته ومنها كتاب الدعوى فانه قال فيه في باب اليمين من ادعى قصاصا على غيره
فجحد استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس يحبس حتى يحلف او يقر وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف
ومحمد رح يلزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة فلا يثبت به القصاص ويثبت المال ومنها كتاب الجنايات فانه صرح فيه في مواضع كثيرة منه بعدم ثبوت
القصاص بالشبهة بل جعلها اصلا موثرا في ثبوت القصاص وفرع عليه كثيرا من مسائل سقوط القصاص بتحقق نوع من الشبهة في كل واحد منها كما لا يخفى
على الناظر في تمام ذلك الكتاب واما ثانيا فلان قيد الخالصة في قوله اما الحدود الخالصة لله تعالى فثبوت زواجر مستدرك بل مخل ههنا فان حد القذف
غير خالص لله تعالى بل فيه حق الله تع وحق العبد كما صرحوا به مع انه ايضا زواجر لا يثبت بالشبهات ولا يكون اشارة الاخرس حجة فيه ايضا كما صرح به فيما
انفا فلا يتم التقريب بالنظر اليه على التقييد المزبور **قوله** ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة لانه جمع بينهما فقال اشار
او كتب قال صاحب العناية ولنا في دعوة الجمع بينهما نظر لانه قال في جامع الصغير واذا كان الاخرس يكتب او يومي وكلمة او لاحد الشيئين لا الجمع على انا نقول قال
في الاصل وان كان الاخرس لا يكتب وكانت له اشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وشرائه وبيعه فهو جائز فيها من اشارة رواية الاصل ان الاشارة من
الاخرس لا يعتبر مع القدرة على الكتابة لانه بين حكم اشارة الاخرس بشرط ان يكتب فافهم الى هنا لفظه اقول نظره ساقط جدا اذ ليس مراد المص ره بالجمع بينهما في
كل مادة من مواد اعلام الاخرس مراده بل الجمع بينهما في جواز اعلام الاخرس من مراده باي واحد منهما ولا شك في كلمة دلالة او على هذا المعنى لانها احد
الامرين بالتعيين فاذا اتى الاخرس باي واحد منهما على انفراده يتحقق الاتيان باحد الامرين ويجوز ذلك بحسب الشرع اي تقبل ويعمل بموجب قول محمد ره
في جواز هذه المسئلة فهو جائز واما حد ديته التي ذكرها بقوله على انا نقول الخ فليست بشئ ايضا لان مراد المص ره دلالة مسئلة الجامع الصغير على استواء الاشارة

قال اذا كان الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم تؤكل هذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة تحل له في حالة الضرورة فالتي تحتمل ان تكون ذكية اولى بل انه تحرى لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة لشافعي رح لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة لان الحالة حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا ترى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمغصوب مع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع عنه فسقط اعتباره كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت الميتة اغلب لندرة فيه والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

والكتابة من الاخرس ومعنى قوله لانه جمع ههنا بينهما انه جمع في الجامع الصغير كلاهما كما صرح بالمذكور حيث قال في شرح قوله لانه جمع ههنا بينهما اي جمع في الجامع الصغير بين الاشارة والكتابة ولا ريب ان هذا لا ينافي اشارة مسئلة الاصل اشارة الاخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة غاية الامر ان يكون في المسئلة روايتان ومثل ذلك كثير فان قلت فعلى هذا يكون تتميم قول المص ره بخلاف بعض اصحابنا انه لا تعتبر الاشارة الا مع القدرة على الكتابة فان ما ذهب اليه ذلك البعض من اصحابنا يكون حينئذ مبنيا على رواية الاصل فما معنى توهم المص بالنظر الى الدراية دون الرواية تامل **قوله** واذا كان الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها وكل وان كانت الميتة نصفين لم تؤكل قال في العناية اخذا من النهاية طولب بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان احدهما نجس والآخر طاهر ولا ماء وليس معه ثوب غيرهما فانه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه انه طاهر فقد تجوز التحري هناك فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي الذكية لم تجز واجيب بان وجه الفرق هو ان حكم الثياب اخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة ان يصلي في بعضها ثم لا يعيد صلوته لانه مضطر صلوة فيها بخلاف ما نحن فيه من غنم ويومئذ ان الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب فان كان ثلثة ارباعه نجسا وربعه طاهرا يصلي فيه ولا يصلي عريانا بالاجماع جازت صلوته فيه وهو نجس متعين فلا يجوز بالتحري حالة الاشتباه انتهى اقول لا الشبهة شيء ولا الجواب عندي اما الاول فلان تجويز التحري فيما اذا كان النجس والطاهر نصفين انما هو في حالة الاضطرار ان لا يكون معه ثوب غيرهما كما صرح به وعدم تجويزه فيما اذا كانت الميتة والذكية نصفين انما هو في الاختيار كما صرح به في شرح الجامع الصغير وصرح به المص ره هنا بقوله وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك فاين المطابقة بالفرق بين المسئلتين راسا لظهور اختلاف حكمي حالتي الاختيار والاضطرار قطعا واما ما ذكر فيه لا يقتضي كون حكم الثياب اخف من حكم لان جواز الصلوة في بعض الثياب عند كون كلها نجسة وعدم لزوم الثياب اذ ذاك انما هو في حالة الاضطرار كما افصح عنه المجيب بقوله لاضطرار الى الصلوة فيها وكون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك انما هو في حالة الاختيار كما تحققته فمن اين ثبت كون حكم الثياب يكون ملزما مطقا حتى يصلح ان يجعل مدار الفرق بين تينك المسئلتين هذا

آخر ما تيسر لنا من شرح الهداية بتوفيق من الله تعالى وهدايته الفته مع توزع الخواطر وتشتت البال من تراكم الهموم وكثرة البلبال وسميته **نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار** لاشتماله على ثلثة آلاف من الآي التي لم يستبق اليها احد من الثقات ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء فله الحمد والمنة وله الكبرياء ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار ربنا فاغفر لنا ذنوبنا وكفر عنا سيئاتنا وتوفنا مع الابرار

خاتمة الطبع

الحمد لله على ما انعم بنهاية الكاملة ووقاية الوافية وحماية الكافية بخلاصة آثاره ومراماته وانعم علينا بنعمة الشافية ورحمته الباقية اقصى مقاصدنا ومرامنا ونصلي ونسلم على رسوله
الذي هو اول الانبياء وآخرهم وبه ختم النبوة وابتدأ الابداء جدنا اما قال بعض بلغاء في شانه الجليل ومرامه النبيل التي لا يمكن ان يكون فيه شريك او شركاء لنظم
بدء بابدي المنيمن سبره ولا اجله الابداء والايداء قد خصه الباري باوصاف علي لم يعطها الاحداث والقدماء وعلى آله النجباء الكرماء واصحابه النقباء العظماء
وبعد فيقول عبده اقل العباد محمد اعظم حسين الصديقي الخيرابادي لازال مصونا بفضل الله الكريم من البلاء والبلاء وارزق شفاعة نبيه خير الشفاء واوخذني
زمرة عباده الصلحاء لما وجدت هذا الشرح جليل الشان فاتح ابواب المنفعة على البرهان حاويا لمسائل الدين المتين ماحيا لمصنفات الفقهاء المتقدمين
متمسكا ومستند العلماء المتاخرين واحسنها نظما ونسقا واعجبها رتقا وفتقا طارية في الاقطار كالامطار مشتهرا بين شروح الهداية غاية الاشتهار كالشمس
في نصف النهار الذي جمع فيها مصنفه العلام امام العلماء سيد فقهاء الكرام قدوة المفسرين سلطان المحدثين شيخ الاسلام كمال الملة والدين المعروف
بابن الهمام المتوفي سنة ٨٦١ احدى وستين وثمان مائة روح الله روحه ونور ضريحه واعلى درجته في دار السلام مسائل الفقه الحنفية مجيبا لايرادات
العلماء الشافعية والمالكية والحنبلية وبذل جهده البالغ في تخريج الاحاديث الشريفة وتحقيقاته الانيقة وتطبيقاتها على طرق هذه الملة النامية وتصحيحها باسناد
صحيحة ورواة ثقات عدول كلهم عن الخلل والاضطراب خالية لاسيما بكتابه الجيوبة المطلوبة للعلماء الاخيار الشهيرة بمفاتيح الاسرار في كشف الرموز والاسرار
للفاضل المقدام والحبر الهمام زين الدين الافندي عسكر الروم وفقيه المتوفي سنة تسعمائة وثلاث عشر مكملا لهذا الشرح من كتاب الوكالة الى آخر الكتاب جامعة للادلة النقلية والتعليلية متضمنة
لثلاثة الف ايرادات على شرح الهداية التي لم يسبق اليها سوى مصنفها احد من الثقات لما بين لبنة المباحث العلمية وكان معزولا مختفيا غاية الخفاء وشموس افاضته عارية عن الغبار والطالبين
في طلبه اعيا الى الله بالصباح والمساء والمشتاقون الى لقائه متمنيا بغاية التمنا بحيث من تيسر له جزء امنه فكانه اعطي دراية ومن وجد منه الكل فانه فوز عظيما
فاردت ان اكسيه بكسوة الانطباع والاعلان واميزه من وجوه مخدراته نقاب الفقدان فشوقت الى طبعه ملك التجار ذو الفضل والافتخار ممتاز اسمه الرحمانية
وغرائمه المتعالية بين اعيان الزمان في الامصار سني المراتب والمناقب كثير الجود والمواهب المنشي نول كشور مالكا للمطبعة الجليلة الشهيرة باودة اخبار
لازال ممتازا بين مطابع الدهور بالمجد والاعتبار فتلقى كلامي بالقبول وعزم بانجاح المرام والايصال الى ما هو المسئول وامرني بتفحص نسخة الصحاح عن العلماء
الكبار فتوجهت الى تجسسها ووصلت الى المطلوب بعد الجد والطلب البليغ بعناية الله العزيز الغفار ووجدت اربع نسخ كاملة مقروة على العلماء الاخيار
منها نسخة صحيحة كاملة مملوكة لحضرة استاذي العلام استاذ علماء الانام مستند فضلاء الكرام البحر الذاخر في المعقول والمنقول معدل ميزان الفروع والاصول
بالغرر الجد الاحق مولانا وسيلة الانام محمد عبد الحق لازال بافضاله ملاذا لعلماء الدهر ومناصا لفضلاء العصر ومنها نسخة صحيحة غاية التصحيح
عديم النظير في حسن خطه وكتابته مقروة على الامام الهمام سلطان العلماء قدوة المجتهدين نقبة الفقهاء والمحدثين منقح اغصان الفروع والاصول كاشف اسرار
المعقول والمنقول بحر العلوم امام العلماء مولانا ابو العياش عبد العلي محمد تغمده الله بغفرانه واسكنه بعنايته بحبوحة جنانه مملوكة لاعلم علماء الزمان افضل
فضلاء الدوران وحيد عصره فريد دهره الحافظ الحاج مولانا ابو الاحياء محمد نعيم لازال مقرونا بعناية الله الكريم ومنها نسخة تامة صحيحة مقروة على الفاضل المتعاطي بتحرير
المؤيد بلطف الله المتين المولانا محمد مبين اعلى الله درجته في اعلى عليين ومنها نسخة تكملة الصحيحة التامة المملوكة لاعلم العلماء استاذ الفضلاء كامل الكرام اصاحب الدراية المؤيد بتائيد الله مولانا
المفتي الحافظ الحاج المولوي محمد سعيد الله اجزى الله تعالى معاليه على صفائح الانام وربط اطناب فضله باوتاد الدوام ومنها نسخة مملوكة لجناب استاذ الفاضل
الاديب ذي المجد والمفاخر المولوي محمد عبد العزيز خان بهادر صدر الصدور السابق لازال مقرونا بعناية الله العزيز القادر وان لم يتفق الاستفادة منها جل
هذه النسخ الاربع الصحاح المنور للبصائر وبعد تيسير باشرني استنساخه وفوض الي مراتب تصحيحه واتمامه فصححته بمقابلة النسخ المقروة ارتجاء الاوسع لاغاية التصحيح بحسب الفاضل
الاديب الكامل الاريب وحيد الدوران صاحب التصنيف والتاليف ابو سليمان ظهير الدين احمد المعروف بمولوي محمد اشرف علي اللكنوي ايده الله بلطفه الخفي والجلي
فالحمد لله على اختتامه واشكره على حسن اتمامه وبشرى للطالبين بطلوع كواكبه عن افق الجلال وطلوع صبح افضاله عن سماء الكمال عمم نوره الابصار وزال ابتهاج
البصيرة والضوائر وتسبب قوامه في مصر لكهنؤ في شهر شوال المكرم سنة ١٢٩٢ الف ومائتين واثنين وتسعين من السنين الهجرية على هاجرها الف الف سلام وتحية
المطابق لشهر نومبر سنة ١٨٧٥ خمس وسبعين من الف وثمان مائة من السنين المسيحية على صاحبها الصلوة وعلى نبينا اشرف البرية تمت